

## **Die beste Auskunft bei Anfragen: Zur Irreführungsgefahr und zu den "guten Sitten"**

Kanzlei Prof. Schweizer, in: Der Syndikus, 1. Ausg. (Mai/Juni 1998), S. 32-35

### **"Richtige" Auskünfte der Unternehmensjuristen**

Kann der Unternehmensjurist in der Regel klipp und klar mit "ja" oder "nein" antworten, wenn er gefragt wird, ob im konkreten Fall irreführt oder gegen die guten Sitten verstoßen wird? Nein. Reicht es, um mit ja" oder "nein" antworten zu können, nicht doch in der Regel aus, Rechtsprechung und Schrifttum genau zu studieren? Nein. Was macht alles so schwierig und unsicher? Es geht doch um Fragen, die der Unternehmensjurist meist täglich mehrfach beantworten muß? Das Problem besteht darin, daß pluralistischer Sachverhalt rechtserheblich ist und der Einzelne den pluralistischen Sachverhalt nicht von sich aus mit der zum Vollbeweis erforderlichen Gewißheit kennen kann. Wird Marzipan als "Lübecker Marzipan" bezeichnet, meint der eine Verbraucher, es komme aus Lübeck; der andere nimmt an, "Lübecker Marzipan" bezeichne eine Gattung; ein Dritter unterstellt: Sowohl als auch. Ein Vierter ist unentschieden. Wie sollte der Richter wissen können, was - wieviele oder "nicht unerhebliche Teile" - annehmen?

Nachfolgend werden zunächst die Grundlagen geschildert, die bekannt sein müssen, wenn der Unternehmensjurist bestmöglich zur pluralistischen Wirklichkeit antworten möchte. Auch der ganz besonders versierte Unternehmensjurist wird vermutlich Neues finden. Es wird nämlich erst damit begonnen, umfassend zu erforschen und zu lehren, was die pluralistische Wirklichkeit für das Recht bedeutet, und wie die pluralistische Wirklichkeit zu Rechtsthemen zu ermitteln ist.

Wer sich damit befaßt, was die pluralistische Wirklichkeit für das Recht bedeutet, erkennt, daß sich dem Unternehmensjuristen neue Möglichkeiten eröffnen.

Nachdem die Grundlagen skizziert worden sind, wird im 2. Heft vorgeschlagen, wie Anfragen im Hinblick auf die pluralistische Wirklichkeit beantwortet werden sollten. Ziel der Vorschläge ist, den Unternehmensjuristen weder als Zauderer noch als Hasardeur erscheinen zu lassen, sondern als souveränen Mitstreiter.

### **Die Irreführungsgefahr Die angesprochenen Verkehrskreise**

Der erfahrene Unternehmensjurist weiß:

Wenn nach § 3 UWG entschieden wird, ist erheblich, wie die angesprochenen Verkehrskreise auffassen. Nach dem traditionellen Ansatz führt eine Angabe im Sinne des § 3 dann irre, wenn und soweit sie geeignet ist, bei einem nicht unerheblichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise anlockend wirkende Vorstellungen hervorzurufen, die nicht der Realität entsprechen.<sup>[1]</sup> Folglich interessiert "an sich" nicht, wie der einzelne Richter oder sonst ein einzelner Jurist auffaßt.<sup>[2]</sup>

### **Keine zum Vollbeweis erforderliche Gewißheit**

Der einzelne Jurist weiß in der Regel nicht mit der zum Vollbeweis erforderlichen Gewißheit, wie die angesprochenen Verkehrskreise auffassen. Vor allem kann er nicht beurteilen, wieviel Prozent der angesprochenen Verkehrskreise so auffassen, wieviel Prozent gerade anders und wieviel Prozent unentschieden sind oder keine Meinung haben.

Der Jurist gibt sich aber meist anders. Selbstverständlich, so meint er oft, kann er beurteilen, ob eine Angabe irreführt oder nicht. Mit diesem Gefühl beantwortet er dann auch Anfragen.

Aber: Daß der Einzelne allein von sich aus die pluralistische Wirklichkeit meist nicht mit der zum Vollbeweis erforderlichen Gewißheit kennt, läßt sich ohne weiteres belegen. Man braucht nur an die vielen Prozesse zu denken, bei denen die Gerichte erster und zweiter Instanz unterschiedlich unterstellt haben, wie die beteiligten Verkehrskreise auffassen.

Der Beweis wurde auch schon mit repräsentativen Studien geführt. Die zwei jüngsten Beispiele:

Das Landgericht München I hatte geurteilt, für den flüchtigen Durchschnittsleser sei der Anzeigencharakter im konkreten Fall nicht ohne längere und genauere Beschäftigung mit dem Inhalt der (Anzeigen-)Seite erkennbar". Die Kammer fügte selbstbewußt hinzu, ihre Mitglieder gehörten zu den angesprochenen Verkehrskreisen und könnten deshalb diese Sachverhaltsfrage selbst beurteilen.

Der unterlegene Verlag ließ diese Sachverhaltsunterstellung demoskopisch überprüfen. Das Ergebnis: 92 Prozent erkannten - ganz anders als es das Landgericht unterstellte - auf den ersten Blick den Anzeigencharakter. 1 Prozent wollte sich nicht entscheiden. Bei den restlichen 7 Prozent ließ sich nicht ausschließen, daß sie in ihren Antworten teilweise nur äußern wollten, die Form sei für Anzeigen unüblich.

Das OLG München hob aufgrund dieser Umfrageergebnisse (und einer eigenen Überlegung zum Sachverhalt) am 19. Juni 1997 das erstinstanzliche Urteil auf.[\[3\]](#)

Dieses Münchener Beispiel frappiert schon genug. Im zweiten Beispiel müssen die erstinstanzlichen Richter noch mehr überrascht gewesen sein als sie erfuhren, wie sich ihr Verfahren entwickelte. Das Landgericht Hamburg hatte geurteilt:

"Im Streitfall sieht die Kammer keine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, daß die angesprochenen Verkehrskreise erkennen, daß hier eine neue Zeitschrift auf den Markt eingeführt wird."

Wieder ließ der unterlegene Verlag die Sachverhaltsunterstellung überprüfen. Die Überraschung für das Gericht erster Instanz: Was das Gericht als überwiegend wahrscheinlich unterstellte, stimmte für 95-97 Prozent der Adressaten nicht! Das Hans. OLG meinte in seinem - aufhebenden - Urteil gar nur lakonisch, für den Senat bestünden "keine Zweifel" daran, daß die angesprochenen Verkehrskreise anders auffaßten als es das Landgericht unterstellt hatte. Auf die Umfrage ging das Hans. OLG in seiner Urteilsbegründung nicht einmal mehr ausdrücklich ein.[\[4\]](#)

### **Marktforschung im Zivilverfahren - Möglichkeiten für Unternehmensjuristen**

Welcher Unternehmensjurist war nicht schon am Verzweifeln: Wie er sich auch mühte, das Gericht war nicht davon zu überzeugen, daß der Verkehr so auffaßt, wie er es annahm. Das Münchener und das Hamburger Urteil decken auf, wo für den Unternehmensjuristen in solchen Fällen das Problem liegt. Das Gericht faßt eine Angabe so, der Unternehmensjurist gerade anders auf. Der Unternehmensjurist kann argumentieren, so lange er will, wenn das Gericht anders auffaßt, versagt jede Argumentationskunst. Wie die Verkehrskreise - mit weicher Verteilung - auffassen, läßt sich zuverlässig nur mit einer repräsentativen Umfrage beantworten.

Damit ist klar, wie sich der Unternehmensjurist wehren kann: Notfalls, wenn das Gericht kein Gutachten einholt, mit einem Parteigutachten. Die Kosten für dieses Parteigutachten muß unter Umständen sogar nach § 91 ZPO der Gegner tragen. Im geschilderten Münchener Rechtsstreit werden die Kosten zur Zeit in diesem Sinne festgesetzt. Also: Marktforschung auf Kosten der Konkurrenz.

Nebenbei wird zudem klar, wie der Unternehmensjurist bei Aktionen mit großen Investitionen sein Unternehmen und sich vorbeugend besser absichern sollte. Nämlich: Ermittlung des rechtserheblichen pluralistischen Sachverhalts mit einer Umfrage, ehe "groß" investiert wird. Der Unternehmensjurist kann dann die Studie mit Schutzschriften vorlegen, wenn er dies taktisch für richtig hält.

### **Der Begriff "Irreführung" und pluralistischer Sachverhalt**

Zum oben beschriebenen traditionellen Ansatz gibt es Wenn und Aber. Die Anhänger einer sogenannten normativen Verkehrsauffassung versuchen, den empirischen durch einen normativen Maßstab zu ersetzen. Viele plädieren für ein "europäisches Verbraucherleitbild"; zum Beispiel für den "verständigen, kritischen und wachen Rechtsgenossen".[\[5\]](#)

Aber alle diese Definitionen können nicht verhindern, daß es doch auf pluralistischen Sachverhalt ankommt. Damit ist auch nach diesen Definitionen Sachverhalt erheblich, den der einzelne Jurist oben meist nicht mit der zum Vollbeweis erforderlichen Gewißheit kennen kann.

Es kann in diesem Zusammenhang folglich dahinstehen, ob einer dieser Definitionen zu folgen ist oder nicht. Bis jetzt nehmen die Vertreter solcher Definitionen allerdings an, nach ihrer Definition könne der einzelne Richter den rechtserheblichen Sachverhalt methodengerecht und zuverlässig von sich aus feststellen. Diese Vertreter übersehen aber (noch), daß auch "verständige, kritische und wache Rechtsgenossen" unterschiedlich auffassen. So ist Richter A verständig, kritisch, wach und Rechtsanwalt B genauso; trotzdem können sie beide ganz unterschiedlich auffassen. Das heißt, man kann definieren, wie man will: Rechtserheblich ist letztlich stets pluralistischer Sachverhalt; und der einzelne Jurist kann diesen pluralistischen Sachverhalt nicht mit der zum Vollbeweis erforderlichen Gewißheit kennen.

Es hilft auch nicht zu argumentieren, bei der Irreführung handele es sich um einen Rechtsbegriff, der dem Beweise nicht zugänglich sei. Genausowenig führt an der Rechtserheblichkeit pluralistischen

Sachverhalts das Argument vorbei, der Begriff "Irreführung" sei ein "Kunstbegriff" oder ein "symbolischer" Begriff. Wie man auch dreht und wendet:

Ohne Sachverhalt läßt sich nicht entscheiden. Rechtserheblicher Sachverhalt ist aber sicher nicht, wie der jeweils zuständige Richter auffaßt. Rechtserheblich sind vielmehr die Auffassungen mehrerer. Am Ende läßt sich folglich stets nur feststellen, ohne pluralistischen Sachverhalt geht's nicht.

### **Eigene Sachkunde des Gerichts**

An dieser Gesamtsituation, daß pluralistischer Sachverhalt rechtserheblich ist und der Einzelne diesen Sachverhalt nicht zuverlässig kennt, ändern die Rechtsprechung und die Literatur zur eigenen Sachkunde des Gerichts nichts. Vor allem ändern sie nichts für das hier abgehandelte Thema, wie Auskünfte erteilt werden sollen.

Vollständige Hinweise zu dieser Rechtsprechung und Literatur würden eine umfangreiche Abhandlung füllen. Besonders bekannt ist die Formel: "Zählt der Richter zum angesprochenen Verkehr oder zu einem der angesprochenen Verkehrskreise, kann er die Irreführungseignung der zu beurteilenden werblichen Äußerung ohne Beweiserhebung bejahen, wenn er - bei Simulierung der Situation unbefangenen Bewußtwerdens - für seine Person eine Irreführung konstatiert"[\[6\]](#). Begründet wird diese Meinung damit, die eigene Irreführung erlaube, auf die Irreführung eines nicht unerheblichen Teils rückzuschließen.

Gegen diese Rechtsprechung und Literatur spricht: Der einzelne Richter kann, wie das Münchener und das Hamburger Beispiel zeigen, grundsätzlich eben nicht mit der zum Vollbeweis erforderlichen Gewißheit darauf rückschließen, wie ein nicht unerheblicher Teil der maßgeblichen Verkehrskreise auffaßt.

Rechtfertigen läßt sich die heutige Rechtsprechung jedoch mit der Begründung, daß das Recht behutsam, wirklichkeitsgerecht entwickelt werden muß. Wir können nur nach und nach auf Umfragen umstellen. Wir müssen Schritt für Schritt vorgehen; abgestimmt mit der technischen Entwicklung, die zu erheblich preisgünstigeren und schnelleren Verfahren führen wird. Wir dürfen uns deshalb mit Zwischenschritten behelfen. Der Gegenbeweis mit einem Parteigutachten ist jedoch zulässig.

### **Die "guten Sitten"**

Was das Thema betrifft - die Auskunftsertellung - verhält es sich mit dem Begriff der "guten Sitten" genauso wie mit dem Begriff der Irreführung. So sehr auch das "Schutzzweckdenken" bevorzugt wird und Fallgruppen gebildet werden und so selten die Gerichte bis jetzt repräsentative Umfragen zum Begriff der guten Sitten beachten: Gegen das sogenannte Anstandsgefühl der beteiligten Verkehrskreise und der Allgemeinheit darf nicht entschieden werden.[\[7\]](#)

Das heißt, letztlich ist auch dann, wenn nach § 1 UWG entschieden wird, pluralistischer Sachverhalt erheblich. Rechtserheblich ist somit Sachverhalt, den der einzelne Jurist nicht mit der zum Vollbeweis erforderlichen Gewißheit kennen kann.

Es wiederholt sich im Prinzip auch sonst alles, was oben zum Begriff: "Irreführung" ausgeführt wurde. Diese Wiederholung kann jedenfalls dann nicht verwundern, wenn die Frage nach dem Grund vertieft wird. Wer rechtstheoretisch vertieft, wird feststellen, daß auch zu Wertfragen grundsätzlich die Wertvorstellungen der Allgemeinheit und der beteiligten Verkehrskreise berücksichtigt werden müssen; zumindest als Basis.

## **Die beste Auskunft bei Anfragen: Zur Irreführungsgefahr und zu den "guten Sitten" (Teil 2)**

Kanzlei Prof. Schweizer, in: Der Syndikus, 2. Ausg. (Juli/August 1998), S. 30-32

### **Anmerkungen zu einem unbestimmten Rechtsbegriff**

Bei der näheren Betrachtung des Begriffes der "guten Sitten" stellt der Betrachter fest, daß hier ähnliche Probleme auftreten, wie bei dem Begriff der Irreführung: Gegen das sogenannte Anstandsgefühl der beteiligten Verkehrskreise und der Allgemeinheit darf nicht entschieden werden. Selten greifen aber Gerichte bis jetzt auf repräsentative Umfragen zum Begriff der guten Sitten zurück.

Wer die Problematik vertieft, wird weiter feststellen, daß sie sich zu vielen Rechtsbegriffen und in allen Rechtsgebieten - im Inland wie im Ausland - wiederholt.

Die wichtigsten Beispiele:

Alle Begriffe, die auf den Durchschnitt abstellen, wie:

- Durchschnittsleser,
- Durchschnittsverbraucher,
- Durchschnittsgewerbetreibender,
- Durchschnittsbürger,
- Durchschnittsempfänger,
- Durchschnittshörer,
- Durchschnittskonsument,
- Durchschnittspublikum und
- EG-Durchschnittsbürger.

Darüber hinaus schlechthin alle Begriffe, nach deren Definition auf die Verkehrsauffassung abzustellen ist - von der Verkehrsgeltung bis hin zum "relevanten Markt" im Kartellrecht und zu Begriffen im Handelsrecht, im Arbeitsrecht, im Bilanz- und im Steuerrecht sowie im Wirtschafts-Strafrecht.

Die Problematik reicht sogar noch viel weiter. Letztlich entscheiden die Richter zu allen unbestimmten Rechtsbegriffen im Rahmen gewisser Grenzen ungerechtfertigt dezisionistisch nach ihren eigenen Wertvorstellungen, statt auf den Wertvorstellungen der Allgemeinheit und der beteiligten Verkehrskreise aufzubauen<sup>[8]</sup>.

### **Die Konsequenzen für die Auskünfte**

Wenn zu einem Thema die Rechtsprechung nicht gefestigt ist, wäre es in der Regel falsch, klipp und klar eine Frage nach der Irreführungsgefahr zu beantworten: "Ja, es besteht eine Irreführungsgefahr" oder: "Nein, keine Irreführungsgefahr". Genauso wäre es in der Regel falsch zu antworten: "Damit verstoßen Sie gegen die guten Sitten im Wettbewerb".

Aber läuft der Unternehmensjurist, wenn er anders antwortet, nicht Gefahr, ganz schnell in ein schlechtes Licht zu geraten: "Typisch Jurist. Wozu habe ich einen Juristen, wenn ich doch keine klare Antwort erhalte? Die Juristen sind Rechtsverhinderer. Sie bremsen nur, statt zu steuern."

So schlecht angesehen werden die Unternehmensjuristen dann, wenn sie antworten: "Das ist gefährlich. Es besteht nur eine mittelmäßige Chance. Einigermaßen sicher kann ich Ihnen das nicht sagen." Solche Antworten überzeugen nicht so recht.

Der Unternehmensjurist muß vielmehr methodengerecht antworten.

### **Muster einer Auskunft zur Irreführung**

Methodengerecht kann der Unternehmensjurist zur Irreführung antworten:

"Juristisch kommt es darauf an, ob dieser Werbeslogan bei einem nicht unerheblichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise anlockend wirkende Vorstellungen hervorruft, die nicht der Realität entsprechen. So definieren Rechtsprechung und Schrifttum. Wie die angesprochenen Verkehrskreise diesen Werbeslogan auffassen, läßt sich hinreichend sicher nur mit einer demoskopischen Umfrage feststellen. Solange keine repräsentativen Ergebnisse vorliegen, wird das Gericht nach seinen eigenen Vorstellungen urteilen.

Niemand auf dieser Welt kann Ihnen sicher vorhersagen, wie die entscheidenden Richter diesen Werbeslogan auffassen. Nach der bis jetzt vorliegenden Rechtsprechung und meinen eigenen Vorstellungen und Erfahrungen traue ich mir zu, im Ernstfall für Sie ein günstiges Urteil erstreiten zu können. Sie können sicher sein, daß ich mich so gut bemühen werde, wie ich nur kann.

Wenn Sie aber noch sicherer gehen wollen oder müssen, dann müssen wir schnell ein demoskopisches Gutachten einholen. Sofern wir (methodisch) telefonisch befragen können, liegen erste Ergebnisse innerhalb von 24 Stunden vor. Wir sind Gott sei Dank mit Instituten so erfahren, daß alles wie am Schnürchen läuft. Wenn es Ihnen recht ist, schalte ich gerne die Marktforschungsabteilung mit ein.

Durchgeführt werden solche demoskopischen Umfragen von Marktforschungsinstituten. Es gibt einige Institute, die fortlaufend für Rechtsfragen den rechtserheblichen Sachverhalt repräsentativ ermitteln. Wenn wir unsere Fragen in einer Mehrthemen-Umfrage unterbringen können, wird die Studie so etwas wie 20.000 DM kosten. Den Preis kann ich Ihnen schon deshalb nicht genau sagen, weil ich mich zu ihrem Werbeslogan erst noch mit dem Institut dazu abstimmen müßte, wie wir in diesem Falle am besten befragen. Wenn wir den Sachverhalt in einer Mehrthemen-Umfrage ermitteln, hängt der Preis wesentlich mit davon ab, wieviele Fragen wir stellen müssen. Der Preis hängt auch davon ab, ob wir telefonisch befragen können oder ob face to face befragt werden muß.

### **Muster einer Auskunft zu den guten Sitten**

Wie möchten Sie vorgehen? Ich schlage folgendes vor..."

Bei einem Rechtsproblem, das nach § 1 UWG zu entscheiden ist, könnte der Unternehmensjurist gut antworten:

"Es gibt für diesen Fall keine gefestigte Rechtsprechung. Es verhält sich also anders als zum Beispiel bei der Frage, ob Haushalte zu Verkaufszwecken angerufen werden dürfen. Es gibt für Ihren Fall kaum Rechtsprechung und Literatur. Diese Rechtsprechung und Literatur läßt sich nicht so klar auf Ihren Fall anwenden, daß irgend jemand Ihnen sicher vorhersagen kann, wie die Gerichte entscheiden werden."

Eine Entscheidung ist deshalb so schwierig, weil berücksichtigt werden muß, ob Ihre Aktion dem Anstandsgefühl der beteiligten Verkehrskreise widerspricht oder von der Allgemeinheit mißbilligt und für untragbar angesehen wird. Niemand kann von sich aus sicher beurteilen, wie die beteiligten Verkehrskreise und die Allgemeinheit diese Aktion beurteilen. Eigentlich müßte erst einmal demoskopisch ermittelt werden, wie die Allgemeinheit und die beteiligten Verkehrskreise Ihre Aktion sehen. In der Praxis werden solche Umfragen zu § 1 UWG, der hier rechtserheblich ist, aber noch so gut wie überhaupt nicht durchgeführt. Die Gerichte entscheiden nach ihren eigenen Wertvorstellungen. Sie und ich und alle anderen können nicht sicher vorhersagen, wie das Gericht diesen Fall einschätzt.

Wenn ich Ihnen klipp und klar "ja" oder "nein" antwortete, würde ich Sie täuschen. Aus dem, was ich Ihnen gesagt habe, ergibt sich, daß niemand klar sagen sollte. Aber, ich meine, daß wir uns durchsetzen können.

Das finanzielle Risiko beträgt in diesem Falle: ... (zum finanziellen Risiko gehören neben den Gerichts- und Anwaltskosten vor allem Investitionen, die verloren gehen können). Welcher geschäftspolitische Schaden kann entstehen? Wollen Sie dieses Risiko eingehen? Ich schlage folgendes vor ..."

Selbstverständlich muß im Einzelfall noch besser auf den einzelnen Adressaten und auf den einzelnen Fall hin formuliert werden. Meist wird adressaten-gerecht sein, sich kürzer zu fassen.

- 
- [1] So zum Beispiel Großkomm./Lindacher § 3 UWG Rn. 98; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht 19. Aufl., München 1996, § UWG Rn. 23, 27
- [2] Schweizer, Die Entdeckung der pluralistischen Wirklichkeit - Durchschnittsleser, Presserecht, Verständiger Verbraucher, Wettbewerbsrecht, Wertvorstellungen, Grundnorm 2. Aufl. Berlin 1998, Seiten 27 ff.
- [3] OLG München Az.: 29 U 5606/96, AfP 1997, 390 f.
- [4] Hans. OLG Urteil vom 4.9.1997 - Az. 3 U 124/96, soweit ersichtlich nicht veröffentlicht
- [5] Zum Beispiel haben zuletzt einen umfassenden Überblick gegeben: Doepner, Verbraucherleitbilder zur Auslegung des wettbewerbsrechtlichen Irreführungsverbots, in: WRP 1997, 999 ff. sowie Sack, Das Verbraucherleitbild und das Unternehmensleitbild im europäischen und deutschen Wettbewerbsrecht, in: WRP 1998, 264 ff.
- [6] Großkomm./Lindacher § 3 UWG Rn. 987
- [7] Großkomm./Schünemann Einl. D 10 ff. Schweizer a.a.O. (Fußn. 2) Seiten 31, 53 f., 65 mit zahlreichen Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur
- [8] Schweizer, a.a.O. FN 2 Seiten 53 ff.