

SONDERDRUCK AUS  
FESTSCHRIFT FÜR  
**ANDREAS HELDRICH**

ZUM 70. GEBURTSTAG

HERAUSGEGEBEN  
VON

STEPHAN LORENZ  
ALEXANDER TRUNK  
HORST EIDENMÜLLER  
CHRISTIANE WENDEHORST  
JOHANNES ADOLFF



VERLAG C. H. BECK MÜNCHEN 2005

## Umfangreich analysiert und abgewogen ins Nichts

### *I. Gespräche des Jubilars über das Netz*

Der Jubilar hat in seinem unnachahmlichen Stil preisgegeben, wie er die wissenschaftlichen Bemühungen des Verfassers erlebt. Im Vorwort zu einer Festschrift würdigt er die Bemühungen des Verfassers um eine Lehre zur Bedeutung der pluralistischen Wirklichkeit für das Recht:

„... Die Möglichkeiten einer Verbesserung der Rechtspraxis auszuloten, ist ihm Herzenssache. Der Gedanke daran verlässt ihn nie. Nicht einmal auf dem Tennisplatz, wo er mir in unzähligen Gesprächen über das Netz seine Grundnorm erläutern hat. Für mich eine willkommene Unterbrechung der sinnlosen Jagd nach dem Ball in sengender Hitze, für ihn die Gelegenheit zu missionarischen Bemühungen gegenüber einem verstockten Rechtspositivisten...“<sup>1</sup>

Nicht nur für diese Aufmerksamkeit in der sengenden Hitze von 23 Grad Celsius möchte sich der Verfasser dem Jubilar dankbar erweisen. Ohne Prof. Murad Ferid und ohne den Jubilar stünde der Verfasser nicht im akademischen Leben.

Wer den Jubilar kennt, versteht, dass er sich vergnüglich daran erinnert, wie er den Verfasser erstmals getestet und von Anfang an klare Verhältnisse geschaffen hat. Prof. Ferid hatte vor nun 44 Jahren einem eingebildeten, überheblichen Studenten empfohlen, seinem Assistenten *Andreas Heldrich* vorzutragen, warum Rechtsprechung und Schrifttum allesamt das Gesetzesmerkmal „abhanden gekommen“ falsch auslegen. Der Assistent empfing den Bittsteller und konzentrierte sich tief, indem er vom Fenster aus das studentische Treiben beobachtete. Nach einer flammenden Studentenrede von 40 Sekunden wandte sich der Jubilar huldvoll um und stellte – auf seine Ohren deutend – fest: „Wissen sie, das geht da rein und da raus...“. Der Verfasser hat dem Jubilar daraufhin, was sich damals gut vertreten ließ, *handschriftlich* die Idee auf zehn Seiten vorgestellt. Der Jubilar zog von nun an das Gespräch vor; – am besten über das Netz.

### *II. Das bislang unfragliche argumentum ad absurdum: Das Gericht ist nicht der Sachverhalt*

Einig waren und sind sich der Jubilar und der Verfasser bislang zur Bedeutung der pluralistischen Wirklichkeit für das Recht stets darin, dass es nach der klassischen Me-

---

<sup>1</sup> *Heldrich* (Hrsg.), *Medien zwischen Spruch und Informationsinteresse*, FS Robert Schweizer, 1999, S. 12.

thodenlehre<sup>2</sup> absurd wäre, zur Irreführung<sup>3</sup> allein auf die Auffassung eines einzelnen Richters oder des Richterkollegiums<sup>4</sup> abzustellen.<sup>5</sup> Dieses argumentum ad absurdum bildet für eine Reihe von Argumentationen des Verfassers die Grundlage.

### III. Muss dieses Argument nun aufgrund gewichtiger neuer Arbeiten aufgegeben werden?

Dieses argumentum ad absurdum zur Irreführung wird spätestens<sup>6</sup> seit den von Lettl<sup>7</sup> vorgelegten Arbeiten in Frage gestellt. Dass Lettl incidenter diesem in Ziff. II beschriebenen argumentum ad absurdum widerspricht, hat umso mehr Bedeutung, als sich Lettl in seinen Arbeiten fachmännisch, tief greifend und umfassend mit der Irreführung befasst, von der vom BGH vertretenen „Ist-Verkehrsauffassung“ ausgeht und sich verdienstvoll der Mühe unterzieht, den Begriff der Irreführung im Rahmen seiner Themen möglichst klar und vollständig zu definieren. Der Verfasser meint, dass Lettls Arbeiten zusätzlich gewinnen, wenn sie rechtssoziologisch zur Eigenfeststellung des Sachverhalts ergänzt werden.

Vorab interessiert, dass nach Lettl „der Irreführungsbegriff im Einzelfall nur auf Grund einer umfangreichen Güter- und Interessenabwägung konkretisiert werden kann, sodass auch außerhalb nationaler Besonderheiten stets ein Beurteilungsspielraum für die nationalen Gerichte verbleibt“.<sup>8</sup> Schließlich definiert Lettl, soweit es hier interessiert:

„... Eine Werbung, die objektiv unrichtige Angaben enthält, ist stets irreführend. Im Übrigen kommt es darauf an, wie ein Werbeadressat, der durchschnittlich informiert, aufmerksam, verständig, lernfähig und kritisch ist, die Werbung verstehen darf. Dabei sind alle Umstände des Einzelfalls zu

<sup>2</sup> Andere Methoden könnten letztlich, was die hier vorgetragene Problematik betrifft, zu keinem anderen Ergebnis führen. Vgl. zur Methodenlehre für den Gewerblichen Rechtsschutz als neueste Publikation: Hacker, GRUR 2004, 537.

<sup>3</sup> Jedenfalls im Sinne des § 3 UWG, nach der ab 7.7.2004 geltenden Novellierung: § 5. Die Kommentare und Lehrbücher zum novellierten UWG sind bei Abschluss dieser Arbeit noch nicht erschienen.

<sup>4</sup> Worüber auch immer.

<sup>5</sup> Heldrich, AcP 186 (1986), 75, 85, 87, 88 f., 107 ff.; Verf., GRUR 2000, 923, 928 f.; Verf., Die Entdeckung der pluralistischen Wirklichkeit, 3. Aufl., 2000, S. 40 ff. sowie Verf. in Schütze (Hrsg.), Einheit und Vielfalt des Rechts, FS für Reinhold Geimer zum 65. Geburtstag, 2002, S. 1073 ff. und in Coester/Martiny/Prinz von Sachsen Gessaphe, Privatrecht in Europa – Vielfalt, Kollision, Kooperation, FS für Hans Jürgen Sonnenberger zum 70. Geburtstag, 2004, S. 885, 894 f.

<sup>6</sup> Zu einigen früheren Äußerungen – bis hin zur Freirechtsschule und zu von Savigny – siehe Verf. a.a.O., Fußn. 5, „Entdeckung“, S. XLV f., LIV ff. et pass.

<sup>7</sup> Lettl, Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa – Habilitationsschrift, 2004; GRURInt 2004, 85 ff. – Die Abhandlung zur Verkehrsauffassung im Markenrecht im NJW-Sonderheft 100 Jahre Markenverband, S. 44 ff., muss zur Irreführung in diesem Zusammenhang noch nicht unbedingt herangezogen werden. Lettl untersucht auf Basis der Irreführungsrichtlinie (84/450/EWG), ob und wie nach den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben ein angeglichenes Schutzniveau für den Bereich des lauterkeitsrechtlichen Schutzes vor irreführender Werbung geschaffen werden kann; so ausdrücklich a.a.O., Habilitationsschrift, S. 40 und GRURInt 2004, 85 f., 96.

<sup>8</sup> GRURInt a.a.O., Fn. 7, S. 92 re.Sp. Der Verf. wendet sich nicht dagegen, dass abgewogen wird. Selbstverständlich muss im Spannungsfeld mehrerer Güter stets abgewogen werden. Die Frage ist vielmehr, wie abzuwägen und der Begriff „Irreführung“ zu definieren ist.

berücksichtigen, insbesondere . . . Ob eine irreführende Werbung vorliegt, entscheidet das Gericht oder die Verwaltungsbehörde nach eigener Sachkunde ohne Beweiserhebung darüber, ob eine bestimmte Anzahl von Personen tatsächlich irreführt werden kann.“<sup>9</sup>

Zu dem hervorgehobenen Satz gelangt Lettl, weil er annimmt, dass es – anders als früher – heute auf „die Probleme bei der empirischen und soziologischen Feststellung der Verkehrsauffassung nicht mehr ankommt.“<sup>10</sup> Geändert hat sich die Sach- und Rechtslage nach Lettl dadurch, dass nun auf den durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher abgestellt werde.

Ausführlicher beschrieben, argumentiert Lettl:<sup>11</sup>

a) Früher durfte im deutschen Recht der einzelne Richter nicht grundsätzlich allein auf seine Auffassung abstellen, wenn er der Auffassung war, die Werbung führe nicht irre.

b) Mit dieser Annahme stimmt Lettl grundsätzlich mit der absolut herrschenden Meinung überein. Insbesondere urteilt der Bundesgerichtshof, wie erwähnt, grundsätzlich in diesem Sinne. Den Grund legt Lettl a.a.O.<sup>12</sup> ausdrücklich dar: *Solange es auf die Auffassung sämtlicher von der Werbung angesprochenen Verkehrskreise ankommt und diese Verkehrsauffassung uneinheitlich ist, weil<sup>13</sup> sie davon abhängt, wie aufmerksam, informiert und verständig die einzelnen Verbraucher sind,<sup>14</sup> lässt sich nicht von der Auffassung des einzelnen Richters darauf schließen, nicht einmal eine relevante Minderheit werde irreführt.*

c) In einem solchen Falle muss, jedenfalls im Prinzip, Beweis erhoben werden.

<sup>9</sup> GRUR.Int a.a.O., S. 94 li. Sp.; Hervorhebung vom Verf., nicht von Lettl.

<sup>10</sup> A. a. O. (Fn. 7, Habilitationsschrift), führt Lettl auf S. 274 im Rahmen des Berichts über den Schutzstandard in Österreich aus: „Wo hingegen dem Richter die erforderliche Erfahrung fehlte, war zur Beurteilung der Frage nach der Wirkung einer Werbeaussage auf die angesprochenen Verkehrskreise Beweis aufzunehmen. Mit dem Abstellen auf den durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher dürften sich freilich auch in Österreich wie in Deutschland die Probleme bei der empirischen und soziologischen Feststellung der Verkehrsauffassung erledigt haben, da es hierauf nicht mehr ankommt.“ Nur abwägungsrelevante Tatsachen sollen den Beweis zugänglich sein; siehe a.a.O. GRUR 2004, 96 li. Sp. et pass.

<sup>11</sup> Der Verf. stützt sich vor allem auf die Ausführungen Seiten 187 und 188 der Habilitationsschrift (Fn. 7).

<sup>12</sup> S. 187.

<sup>13</sup> Es gibt noch mehr Gründe, die dazu führen, dass Adressaten unterschiedlich auffassen. Lettl hat wörtlich so formuliert wie der BGH in dem von Lettl herangezogenen BGH-Urteil „Elternbrief“ vom 18.10.2001 (I ZR 193/99). In diesem „weil“-Satz kann die abweichende Ansicht Lettels gründen. Nämlich: Auch wenn alle Adressaten aufmerksam, informiert und verständig auffassen, fasst der eine so auf, ein anderer anders und ein Dritter wiederum anders. So zum Beispiel, wenn untersucht wird, ob „Lübecker Marzipan“ entweder als Herkunfts- oder als Gattungsbezeichnung aufgefasst wird oder sogar sowohl als Herkunfts- als auch als Gattungsbezeichnung. Vgl. Verf. a.a.O. (Fn. 5), „Entdeckung“, S. 13, 29 ff., 40 ff.; GRUR 2000, 923, 926, 931 f.; FS Sonnenberger, S. 891 f.; noch ausführlicher hat der Verf. die Problematik der unterschiedlichen Auffassungen beschrieben in: *Schweizer/Schulz/Heller/Adelt*, Medien 2000 – Gesellschaftlicher Auftrag oder Auftrag der Gesellschafter, Beiträge vom 13. Journalistentag Mainz 1999 (Hrsg. Industriegewerkschaft Medien-Druck und Papier, Publizistik und Kunst), S. 6, 12 (dort Fn. 17), 17 f. et pass. Das Urteil „Lübecker Marzipan“ des BGH ist ja bekannt (GRUR 1981, 71 ff.). Urteile dieser Art werden ständig gefällt. Siehe auch unten Ziff. VI die unterschiedlichen Auffassungen der Münchener und der Frankfurter Gerichte zu einer Aussage.

<sup>14</sup> Hervorhebung durch den Verf.

d) Dies geschieht, wie es *Lettl* a.a.O.<sup>15</sup> formuliert, „durch Sachverständigen- oder Umfragegutachten von Meinungsforschungsinstituten. Demoskopische Gutachten wurden in aller Regel herangezogen, wenn es auf die Verkehrsauffassung sehr großer Adressatenkreise wie beispielsweise der Autokäufer ankam, da nur dadurch das vielfältige Auffassungsspektrum repräsentativ ermittelt werden konnte.“

Bis hierhin kann der Argumentation, soweit es hier interessiert, gefolgt werden.<sup>16</sup> *Lettl* zeichnet sich, wie erwähnt, insbesondere auch dadurch aus, dass er nicht in die so genannte normative Verkehrsauffassung heutiger Prägung verfällt. Er verbleibt bei der vom BGH und der im Schrifttum vertretenen h. M.<sup>17</sup>

#### *IV. Der Absprung ins Nichts: Vor allem Werbungtreibende müssten hellsehen können*

Nun aber, so *Lettl* weiter, hat der BGH seinen Kurs so korrigiert, dass nicht mehr die Auffassungen vieler erheblich seien, sondern nur noch die Auffassung eines bestimmten Adressaten.<sup>18</sup>

Um *Lettl* richtig zu verstehen, wird man gegenüberstellen müssen, was oben bei lit. b (bei Fn. 12) und was in Fn. 17 jeweils vom Verfasser hervorgehoben worden ist.

*Lettl* folgert, – dieser Satz steht im Focus dieses Beitrages: Ob der „situationsadäquat aufmerksame Durchschnittsverbraucher“ im Einzelfall irreführt wird, „entscheidet das Gericht oder die Verwaltungsbehörde nach eigener Sachkunde ohne Beweiserhebung darüber, ob eine bestimmte Anzahl von Personen tatsächlich irreführt wird oder irreführt werden kann“.<sup>19</sup>

Niemand auf dieser Welt kann aber für sich in Anspruch nehmen, er wisse im Einzelfall, wie der „situationsadäquat aufmerksame Durchschnittsverbraucher“ auffasst; – also nicht mehrere,<sup>20</sup> sondern schlechthin der „situationsadäquate aufmerksame

<sup>15</sup> S. 187.

<sup>16</sup> Es sei denn, dass das in Fn. 13 als möglich beschriebene Missverständnis entstanden ist.

<sup>17</sup> Zu dieser Problematik eingehend *Verf.* a.a.O. (Fn. 5), GRUR 2000, 923 ff. Inwieweit *Lettl* im Folgenden von der sog. Ist-Auffassung abweicht, ist ein anderes Thema. Vgl. nachfolgend.

<sup>18</sup> A.a.O., S. 187 unten, 188 oben, weitgehend wortgleich mit der BGH-Entscheidung „Elternbriefe“ vom 18. 10. 2001: „In seiner Entscheidung vom 18. 10. 2001 hat der BGH nunmehr eine wichtige Kurskorrektur bei der richterlichen Feststellung der maßgeblichen Auffassung kraft eigener Sachkunde und Lebenserfahrung vorgenommen. Er nimmt nämlich an, dass es wegen der Maßgeblichkeit der Vorstellung eines ‚situationsadäquat aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers‘ nicht auf die möglicherweise hiervon abweichenden Anschauungen einer Minderheit von Verbrauchern ankomme und es daher unerheblich sei, ob der Tatrichter seine Sachkunde und Lebenserfahrung zur Bejahung oder Verneinung einer Irreführungsgefahr einsetzen möchte.“ Hervorhebung durch den Verf. In GRUR 2004, 85, 89, formuliert *Lettl*: Der „Begriff des ‚durchschnittlich informierten aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers‘ zielt auf das Verständnis eines bestimmten Verbrauchers ab.“ Hervorhebung auch hier vom Verf.

*Lettl* argumentiert also nicht mit Gründen der Zweckmäßigkeit oder mit ähnlichen Überlegungen. Denkbar wäre ja, entgegen dem hier vertretenen argumentum ad absurdum doch die Ansicht zu vertreten: Auch dann, wenn die „Ist-Verkehrsauffassung akzeptiert wird, muss aus Gründen der Zweckmäßigkeit vereinfachend festgelegt werden: Es entscheidet der zuständige Richter, und zwar auch auf die Gefahr hin, dass das Urteil der Bedeutung der Wirklichkeit für das Recht nicht gerecht wird.

<sup>19</sup> So *Lettl* in seiner bei Fn. 9 zitierten Definition.

<sup>20</sup> Sonst müsste ja wiederum Beweis erhoben werden, weil es dann eine rechtserhebliche Minderheit geben kann.

Durchschnittsverbraucher“. Der eine „situationsadäquat aufmerksame Durchschnittsverbraucher“ fasst so auf, der andere anders.<sup>21</sup> Das Gericht kann nicht wissen, wie sich die einzelnen Auffassungen verteilen. Fassen 30 %<sup>22</sup> der „situationsadäquat aufmerksamen Durchschnittsverbraucher“ eine Angabe, um im Beispiel Fn. 13 zu bleiben, als Gattungsbezeichnung auf, 40 %<sup>22</sup> als Herkunftsbezeichnung, 20 %<sup>22</sup> sowohl als Gattungs- als auch als Herkunftsbezeichnung, und haben 10 %<sup>22</sup> keine Meinung? Und wie fasst dann schlechthin „der“ situationsadäquat aufmerksame Durchschnittsverbraucher auf? Dies kann eben der einzelne Richter nicht allein von sich aus wissen.

*Lettl* erklärt nicht, der BGH habe bei seiner Kurskorrektur gleich auch noch die „Ist-Verkehrsauffassung“ aufgegeben. Maßgeblich bleibt demnach, wie (empirisch) tatsächlich aufgefasst wird.<sup>23</sup> Wie *der* „situationsadäquat aufmerksame Durchschnittsverbraucher“ im Einzelfall auffasst, kann jedoch – wie ausgeführt – niemand mit der zum Vollbeweis erforderlichen Gewissheit von sich aus – ohne Beweisaufnahme – feststellen.

Die Ungewissheiten würden noch gesteigert, wenn – wie erwähnt, nach *Lettl* „der Irreführungsbegriff im Einzelfall nur aufgrund einer umfangreichen Güter- und Interessenabwägung konkretisiert werden kann“.<sup>24</sup>

Das heißt mit anderen Worten:

Entscheidet der Richter oder das Richterkollegium stets allein nach seiner eigenen Auffassung, sind die Werbungtreibenden und ihre Berater dem richterlichen Dezisionismus hilflos ausgesetzt.<sup>25</sup> Oft könnte der Werbungstreibende nicht vorhersehen, ob seine Aktion rechtmäßig oder rechtswidrig ist. Werbeaktionen haben häufig hohe Vorlaufkosten. Bei der Einführung einer Zeitschrift beispielsweise kommen schnell fünf Millionen Euro zusammen. Der Werbungstreibende könnte sich nicht dadurch einigermmaßen absichern, dass er, ehe er investiert, den für die Frage einer Irreführung rechtserheblichen Sachverhalt ermittelt und bei einer Beweisaufnahme die Studie vorlegt.

Die Ungewissheit wird noch dadurch gesteigert, dass es nicht nur auf „den durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Werbeadressaten“ ankommen soll. Der Werbeadressat soll auch noch „lernfähig und kritisch“ sein.<sup>26</sup>

Wenn das Gericht oder die Verwaltungsbehörde zudem danach urteilen soll, wie der Werbeadressat, der durchschnittlich informiert, aufmerksam, verständig, lernfähig

<sup>21</sup> Siehe Fn. 13 mit dem Beispiel „Lübecker Marzipan“.

<sup>22</sup> Zahlen nur beliebig gewählt. Sie sollen nur als Beispiel das Problem aufzeigen.

<sup>23</sup> Die „normative Verkehrsauffassung“ könnte auch zu keinem anderen Ergebnis führen. Nach ihr müsste der Werbungstreibende erst recht hellsehen können, wenn er feststellen soll, ob die Werbung nun irreführt oder nicht. Der Verf. hat vielfach dargelegt: Selbstverständlich kann der Sinn und Zweck einer Norm verlangen, dass normativ zu korrigieren ist. Aber auch normative Korrekturen können nichts daran ändern, dass Sachverhalt rechtserheblich und dieser Sachverhalt in aller Regel pluralistisch ist. Siehe nur die in Fn. 5 aufgeführten Abhandlungen des Verf., dort bei „Entdeckung“ Seiten 27 ff.; in GRUR 2000, 923, 924 f., 926 f., 933; in FS Sonnenberger, S. 885, 891 f., 894 f., FS Geimer S. 1087 ff. – Vgl. dazu vor allem noch grundsätzlich unten Ziff. VII Entwicklung, dort Nr. 3.

<sup>24</sup> A. a. O. (Fn. 7), GRURInt, S. 92 re. Sp.

<sup>25</sup> Dass ein derartiges Ergebnis unerwünscht und bei der Auslegung des Begriffes „Irreführung“ als argumentum ad absurdum zu beachten ist, hat der Verf. bislang eben angenommen, und er nimmt an, dass selbst die wichtigen und weithin förderlichen Arbeiten Lettels daran nichts ändern. .

<sup>26</sup> Oben bei Fn. 9.

und kritisch ist, *die Werbung verstehen darf*,<sup>27</sup> kann erst recht in vielen Fällen niemand das Ergebnis prognostizieren.

Eine Norm mit derartiger Ungewissheit wäre jedoch sogar verfassungswidrig.<sup>28</sup>

## V. Keine Stellungnahme

Der Verfasser hat in den Arbeiten Lettls keine Stelle finden können, in der sich Lettl mit den Auswirkungen seiner Auffassung auf Werbungtreibende auseinandersetzt.

Es wird nur darauf hingewiesen, gegen die normative Verkehrsauffassung werde eingewandt, sie verwehre den Beteiligten begrifflich, mit einem Parteigutachten die Verbraucherauffassungen zu belegen und vorsorgend durch Studien zu verhindern, dass fehlinvestiert werde.<sup>29</sup>

Genauso wird von Lettl darauf hingewiesen, dass die Verwirklichung des Binnenmarktes einen funktionsfähigen Wettbewerb voraussetzt.<sup>30</sup> Auch wird beschrieben, dass „die Zugrundelegung eines bestimmten Verbraucherleitbildes stets nur eine unsichere Prognose eines bestimmten Ergebnisses zulässt“.<sup>31</sup>

Aber unauffindbar waren für den Verfasser dennoch Ausführungen dazu, wie etwa Werbungtreibende damit zurecht kommen sollen, dass das Gericht stets allein von sich aus ermittelt, wie ein Werbeadressat, der durchschnittlich informiert, aufmerksam, verständig, lernfähig und kritisch ist,<sup>32</sup> nach umfassender Analyse und Abwägung<sup>33</sup>

<sup>27</sup> Oben bei Fn. 9. Vgl. zur Einordnung des „darf“ auch unten VII. Entwicklung Nr. 3, dort lit. c.

<sup>28</sup> Am nächsten liegen die Ausführungen von *Hoffmann-Riem*, ZUM 1996, 1, 5 ff. – Zur Rechtsmethode: Dem Verf. geht es in diesem Beitrag, wie mehrfach erwähnt, um die Eigenfeststellung zum Sachverhalt. Unfraglich muss das Gericht, um entscheiden zu können, den Sachverhalt feststellen. Fraglich kann deshalb nur sein, wie weitgehend das Beweismaß reduziert werden darf. Reduzieren lässt sich das Beweismaß jedoch nur sehr eingeschränkt; vgl. für alle z. B. *Zölzler/Greger*, ZPO, 24. Aufl., 2004, vor § 284 Rn. 28. Schon von daher lässt sich die Rechtsmethodik nicht für eine Eigenfeststellung des (pluralistischen) Sachverhalts gewinnen. Nachfolgend werden noch einige Fundstellen aufgeführt, aus denen argumentum a maiore ad minus geschlossen werden kann, dass kein Weg zu einer Eigenfeststellung des Sachverhalts durch das Gericht mit völliger Unsicherheit der vom Recht Betroffenen führt: *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 1. Aufl. 1995 (2. Aufl. unv.), S. 397 ff., 415 f., 452, 479, 489 f.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 133 f., 155; *Zippelius*, Rechtsphilosophie, 4. Aufl., 2003, S. 167 f. Zur Einordnung in Fikentschers Fallnorm; *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Band IV, 1977, S. 216, 400 et pass. Es wird „eigentlich“ auch schon ein Blick in den Palandt reichen, 63. Aufl., 2004, Einleitung Rn. 56. Selbst bei Modellen wie Wilburgs Modellvorstellungen soll die unkontrollierbare Billigkeitsentscheidung ausgeschlossen sein; vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 306. Der notwendige „Beurteilungsspielraum“ darf nicht unnötig dadurch noch vergrößert werden, dass die Bedeutung der pluralistischen Wirklichkeit für das Recht negiert und dem Entscheider ein unkontrollierbares, völlig unvorhersehbares, dezisionistisches Urteil zum Sachverhalt eingeräumt wird. Siehe auch *Canaris*, Richtigkeit und Eigenwertung in der richterlichen Rechtsfindung. Grazer Universitätsreden, 1993, S. 25 f.; *Müller*, Juristische Methodik, 3. Aufl., S. 191. Jüngste Publikation: *Röthel*, Normenkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 152 ff.

<sup>29</sup> So in der Habilitationsschrift (Fn. 5) auf Seite 111.

<sup>30</sup> A.a.O. GRURInt 2004, 87 li. Sp.

<sup>31</sup> A.a.O. GRURInt 2004, 92 re. Sp.

<sup>32</sup> A.a.O. GRURInt 2004, 94 li. Sp.

<sup>33</sup> A.a.O. GRURInt 2004, 95 re. Sp. in Nr. 5.

die Werbung verstehen darf,<sup>34</sup> wobei nach *Lettl* insbesondere an inhaltliche sowie personen-, verhaltens-, rechtsgüter-, produkt-, aufwendungs-, gestaltungs-, vertriebs- oder folgenbezogene Unterscheidungen anzuknüpfen sein kann.<sup>35</sup>

## VI. Die Treffsicherheit bei Einschätzung der pluralistischen Wirklichkeit

An dieser Stelle muss sich der Verfasser weitgehend darauf beschränken, sich auf frühere Abhandlungen zu beziehen, aus denen sich ergibt:<sup>36</sup>

Aus verständlichen Gründen kann der Einzelne sehr oft nicht alleine von sich aus wissen, wie sich die unterschiedlichen Auffassungen verteilen (oben im Beispiel Ziff. IV nach Fn. 21: 30 %, 40 %, 20 % und 10 %). Das Problem lässt sich nicht dadurch lösen, dass auf den durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnitt oder sonst wie eingeschränkt wird. Solange, wie auch immer eingeschränkt oder erweitert, darauf abgestellt wird, wie es sich verhält, täuschen sich die Juristen mit richterlichem Sachverhalts-Dezisionismus nur selbst.

Noch ein neues interessantes Beispiel: Welcher Jurist hätte es für möglich gehalten, dass einerseits das LG und das OLG Frankfurt a. M. und andererseits das LG München I und das OLG München in Kenntnis der gegenseitigen Feststellungen ein und denselben Satz genau gegenteilig auffassen? Den Soziologen überrascht diese Tatsache nicht. Er weiß, dass, wie beschrieben, ein Teil der relevanten Personen so, ein anderer anders und ein dritter Teil wiederum anders auffasst oder keine Meinung hat. Es geht nicht darum, ob eine Auffassung richtig oder falsch ist. Die Konsequenz unterschiedlicher Auffassungen als Sachverhalt ist nur, dass nicht auf einen Adressaten allein abgestellt werden darf und nicht einmal allein auf einen Adressaten abgestellt werden kann.

Für den hier zu führenden Beweis handelt es sich insofern um einen Glücksfall, als aufgrund der unterschiedlichen Bestimmungen zum Gerichtsstand die Forderung auf Veröffentlichung einer Gegendarstellung in München und die Unterlassungsforderung zu demselben Artikel in Frankfurt a. M. zu entscheiden war. Strittig war als Sachverhalt, wie der Satz aufgefasst wird:

„Das Hamburger Landgericht hat dem Öko-Test-Verlag am vergangenen Mittwoch die Verbreitung seines neuen Ratgebers, Rente, Geld, Versicherungen' per einstweiliger Verfügung verboten.“

Die Frankfurter Gerichte nahmen an: Bei diesem Satz (in Verbindung mit dem gesamten Artikel) „kommt niemand auf den Gedanken, der Ratgeber sei wegen eines

---

<sup>34</sup> A.a.O. GRUR.Int 2004, 94 li. Sp.

<sup>35</sup> A.a.O. GRUR.Int 2004, 96 li. Sp. oben.

<sup>36</sup> Viele Beispiele und Grundlagen sind aufgeführt in den in Fn. 5 aufgeführten Arbeiten des Verf.; so in „Entdeckung“, S. V ff. sowie S. 29 ff., 40 ff.; in FS Geimer, S. 1078: Verneinung der Verwechslungsgefahr durch die Gerichte nach „normativer Verkehrsauffassung“, ohne zu respektieren, dass in Wirklichkeit 48,6 % verwechseln. Das Schrifttum greift den vom OLG München am 19.6.1997 entschiedenen Fall auf; veröffentlicht in AfP 1997, 930 f. mit einer Anmerkung des Verfassers: Die erste Instanz hatte eine Irreführungsgefahr klar bejaht. Nach einem für das Berufungsverfahren eingeholten Parteigutachten konnte nicht mehr von einer Irreführung ausgegangen werden.



insgesamt unzulässigen Inhalts verboten worden und dürfe überhaupt nicht mehr erscheinen“. Die Münchener Gerichte fassten genau gegenteilig auf.

Der Unterschied geht darauf zurück, dass – wie immer wieder erwähnt – die Wirklichkeit pluralistisch ist. Die Frankfurter haben das so aufgefasst, die Münchener anders. Zu lösen ist diese Tatsache nicht dadurch, dass schlechthin entschieden wird, die eine oder andere Auffassung sei „richtig“. Vielmehr muss sich der Jurist zum Sachverhalt bewusst werden, dass unterschiedlich aufgefasst wird, und dass nun eben rechtsmethodisch zu klären ist, wie diese pluralistische Wirklichkeit am besten respektiert werden kann. Der BGH ist im Laufe der Rechtsentwicklung fortschrittlich zu dem Ergebnis gelangt, dass zur Irrführung maßgeblich ist, ob ein erheblicher Teil der rechtsrelevanten Personen in der jeweiligen Situation im Sinne der Norm auffasst,<sup>37</sup> also zum Beispiel im Sinne des Irreführungsverbots.

Hier – vollständig – der kurze Artikel, um den gestritten wurde:

*Irreführung durch*

**Das Hamburger Landgericht hat dem Öko-Test-Verlag am vergangenen Mittwoch die Weiterverbreitung seines neuen Ratgebers „Rente, Geld, Versicherungen“ per einstweiliger Verfügung verboten. Kaum verändert ist darin ein Krankenkassenvergleich aus dem Öko-Test-Septemberheft abgedruckt, dessen Bewertungskriterien laut Gericht „nicht ersichtlich“ sind. Die „ungewöhnlich schlampige“ Untersuchung, so Norbert Schnorbach vom Kläger, der Kasse Securvita, sei eine „wettbewerbswidrige Täuschung der Verbraucher“.**



**Fehlerhaft:**  
Das neue Öko-Test-Ratgeber „Rente, Geld, Versicherungen“ gedruckt, liegt so I zwei Wochen am Kiosk

<sup>37</sup> *Idem*, a.a.O., GRUR 2000, 932 und auch schon oben. Vgl. zur Irreführungsquote bei den neuesten Abhandlungen zum Beispiel *Sack*, GRUR 2004, 89, 90.

Das LG München I<sup>38</sup> erließ eine einstweilige Verfügung auf Veröffentlichung einer Gegendarstellung und das OLG München<sup>39</sup> verwarf die Berufung gegen das Urteil des LG München I:

### Endurteil:

1. Der Verfügungsbeklagten wird gemäß §§ 935 ff. ZPO geboten,

in der nächsten für den Druck noch nicht abgeschlossenen Ausgabe des Magazins [REDACTED] auf der gleichen Seite in der selben Schrift, in der der Artikel "schlampiger Test" in der Ausgabe des Magazins FOCUS vom 06.10.2003 Nr. 41 Seite 13 erschienen ist und ohne Einschaltungen und Weglassungen folgendes abzudrucken:

#### **Gegendarstellung**

In Heft 41 des [REDACTED] vom 06. Oktober 2003 veröffentlichten Sie unter der Überschrift "schlampiger Test" die Behauptung: Das Hamburger Landgericht hat dem Öko-Test Verlag am Mittwoch die Weiterverbreitung seines neuen Ratgebers "Rente, Geld, Versicherungen" per einstweiliger Verfügung verboten. Dies ist unrichtig. Richtig ist vielmehr: Das Landgericht Hamburg hat dem Öko-Test Verlag am Mittwoch die Verbreitung eines Tests von gesetzlichen Krankenkassen aus diesem Heft vorläufig verboten.

Ganz anders – wie erwähnt – die Frankfurter Gerichte. Das LG Frankfurt a. M. wies die Unterlassungsklage ab.<sup>40</sup> Anders als die Münchener Gerichte fasste das LG Frankfurt den Artikel „nur“ dahin auf, dass der neue Ratgeber eben lediglich wegen des einen Tests nicht mehr verbreitet werden darf und nicht schlechthin. Das OLG Frankfurt a. M. fasste den Artikel genauso auf wie die erste Instanz und gab – in Kenntnis des Münchener Streits – am 19. März 2004 dem die Unterlassung fordernden Verlag den nachfolgenden Hinweis nach § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO:<sup>41</sup>

<sup>38</sup> Az.: 9 O 19249/03.

<sup>39</sup> Az.: 18 U 5362/03.

<sup>40</sup> Az.: 2/03 O 403/03.

<sup>41</sup> Az.: 16 U 4/04. Die Berufung wurde aufgrund dieses Hinweises zurückgenommen. Der zitierte Hinweis vom 19. 3. 2004 geht in seiner Nr. 8 zwar noch auf das Münchener Gegendarstellungsverfahren ein. Aber diese kurze Bemerkung ändert nichts an den hier interessierenden unterschiedlichen Auffassungen. Die Münchener Richter nahmen als Sachverhalt an, die Leser des Artikels fassten die Aussage dahin auf, dieser Ratgeber dürfe überhaupt nicht mehr erscheinen; – also auch nicht ohne diesen Krankenkassenvergleich.

Diese Überzeugung beruht auf folgenden Erwägungen:

1. Der Senat teilt die Auffassung des Landgerichts.
2. Entscheidend für die Auslegung einer Äußerung ist nach feststehender Rechtsprechung über den objektiven Wortsinn hinaus der für die Deutung maßgebliche Horizont des verständigen Durchschnittslesers sowie der Sachzusammenhang, in dem die Äußerung gefallen ist (BVerfG 27.2.2003 – NJW 2003, 1855 [1835-1856]).
3. In diesem Sinne sieht auch der Senat in der beanstandeten Veröffentlichung der Verfügungsbeklagten nicht die Behauptung, das Landgericht Hamburg habe Ihrer Mandantin die Verbreitung ihres neuen Ratgebers schlechthin und insgesamt und ohne Einschränkung verboten. Schon nach dem objektiven Wortsinn wird wegen des ausgesprochenen Verbreitungsverbot es ausdrücklich Bezug genommen auf einen in der Broschüre befindlichen bestimmten Krankenkassenvergleich. Dass *dieser* Ratgeber mit *diesem* Krankenkassenvergleich nicht verbreitet werden darf, entspricht den Tatsachen.
4. Aus der Abbildung des Titelblattes des Ratgebers mit der nebenstehenden Schlagzeile „Fehlerhaft“ unter dem beanstandeten Text ergibt sich nichts anderes. Dass *dieses abgebildete* Ratgeberheft mit dem zuvor erwähnten Krankenkassenvergleich in seinem Inneren *fehlerhaft* ist, ist ebenfalls eine wahre Tatsache.
5. Bei dieser Sachlage kann nicht angenommen werden, dass auch nur ein flüchtiger Leser – auf den es noch nicht einmal ankommt – auf den Gedanken kommen werde, der Ratgeber Ihrer Mandantin sei wegen eines insgesamt unzulässigen Inhalts gerichtlich verboten worden und dürfe überhaupt nicht mehr erscheinen.

## VII. Entwicklung

### 1. EU-Verfassung

Bislang wurde in Rechtsprechung und Schrifttum zur Irreführung noch nicht erörtert, dass Artikel 38 der EU-Grundrechtscharta bestimmt:<sup>42</sup>

„Die Politiken der Union stellen ein hohes Verbraucherschutzniveau sicher.“

Man braucht kein Hellseher zu sein, um vorhersagen zu können, dass im Spannungsfeld der Interessen und Güter der Verbraucherschutz mit diesem verfassungsrechtlichen Gewicht nicht an Bedeutung verlieren wird. Zu diesem Schluss muss auch gelangen, wer – wie der Verfasser – annimmt, dass Rechtsetzung und die Rechtsanwendung den Wert und die Notwendigkeit der Werbung zu sehr vernachlässigen.

Kurzum: Es wird noch einfacher werden, erfolgreich zu argumentieren:

Wenn ein erheblicher Teil der Adressaten tatsächlich irreführt wird, dann wird im Sinne des Rechts irreführt.<sup>43</sup>

<sup>42</sup> Abschluss der Ausarbeitung 15.7.2004. Zu dieser Zeit jedenfalls war die Verfassung noch nicht verbindlich.

<sup>43</sup> Zu diesem Argument konnte der Verf. schon in der 1995 erschienenen 1. Aufl. seiner Schrift „Die Entdeckung der pluralistischen Wirklichkeit“ (Fn. 5) auf Rechtsprechung und Schrifttum hinweisen. Soweit ersichtlich, ist das Argument zuletzt besonders klar von Gloy herausgearbeitet worden, in: Ahrens/Bornkamm/Gloy/Starck/v. Ungern-Sternberg, FS für Willi Erdmann zum 65. Geburtstag, S. 811, 826. Zur Definition des Begriffes „Irreführung“ selbst, vgl. die in Fn. 5 aufgeführten Schriften

Folglich wird erst recht kein Weg zu der Auffassung führen können, der Richter habe allein von sich aus zu entscheiden, und es komme nicht darauf an, ob eine Beweisaufnahme ergibt, dass ein erheblicher Teil der Adressaten mit der Angabe eine unrichtige Vorstellung verbindet. Im Beispielsfall Ziff. VI: Es führt kein Weg zu dem Ergebnis, es sei unerheblich, ob ein erheblicher Teil der Leser den Artikel dahin auffasst, dieser Ratgeber dürfe auch ohne den Kassenvergleich nicht mehr erscheinen.

## 2. Zeitversetzte Unterschiede im rechtssoziologischen Verständnis

Dies gilt umso mehr, als bei wachsendem rechtssoziologischen Verständnis schließlich Allgemeingut sein wird:

- Wenn unterschiedlich die Rede ist von: „Der Verbraucher“, „Der Durchschnittsverbraucher“, „Der durchschnittlich informierte, verständige und aufmerksame Durchschnittsverbraucher“;<sup>44</sup> „Wie ein Werbeadressat, der durchschnittlich informiert, aufmerksam, verständig, lernfähig und kritisch ist, die Werbung verstehen darf“;<sup>45</sup> „Ein erheblicher Teil der Verbraucher“,
- dann handelt es sich nur um Entwicklungsstufen im Verständnis der Bedeutung der pluralistischen Wirklichkeit für das Recht. Es lässt sich sogar von Land zu Land verfolgen, wie sich zeitversetzt diese Entwicklung wiederholt.<sup>46</sup>

Wer sich dieser Entwicklungsstufen bewusst ist, erkennt, dass der BGH zur Irreführung weltweit mit am weitesten fortgeschritten war, gegenwärtig aufgrund der Rechtsprechung des EuGH etwas verliert und die Entwicklung gerade nicht rückwärts zum vollkommenen richterlichen Dezisionismus führt.<sup>47</sup>

## 3. Rechtssoziologisches Missverständnis zum Begriff „normative Verkehrsauffassung“

Auch wenn es heute niemand glauben wird: Der heute groß herausgestellte Gegensatz zwischen „Ist-Verkehrsauffassung“ und „normativer Verkehrsauffassung“ existiert so gar nicht, wie es heute allgemein angenommen wird. Selbstverständlich kann es der Sinn und Zweck einer Norm verlangen, normativ zu korrigieren. So ist durchaus vorstellbar, dass nach dem Sinn und Zweck einer Norm zur Irreführung schlechthin rechtserheblich ist, wie die Adressaten auffassen, wenn sie alle „aufmerksam“ sind (auch dann, wenn viele Adressaten die Angabe nur „flüchtig“ wahrnehmen). Diese normative Korrektur bedeutet jedoch noch nicht, wie die Vertreter der normativen Verkehrsauffassung erklären, es handele sich um einen Rechtsbegriff, der dem Beweis nicht zugänglich ist. Der Rechtsbegriff (zum Beispiel: „irreführt“) ist zu definieren. Nach der Definition ist im Beispiel erheblich, wie die Adressaten die Angabe auffassen, wenn sie alle aufmerksam sind. Nach dieser Definition ist als Sachverhalt zu ermitteln, wie die vielen Adressaten wirklich auffassen, wenn sie alle aufmerksam sind; der eine so, der andere anders und ein anderer hat keine Meinung. Ermittelt wird dann

---

des Verf., zum Beispiel in GRUR 2000, 923, 932: Rechtserheblich ist, ob ein erheblicher Teil der rechtsrelevanten Personen in der jeweiligen Situation im Sinne der Norm auffasst. Siehe dazu auch schon oben, beispielsweise bei Fn. 37.

<sup>44</sup> So das sog. Europäische Verbraucherleitbild.

<sup>45</sup> Oben bei Fn. 9.

<sup>46</sup> Verf., a.a.O. (Fn. 5), Entdeckung S. 17; GRUR 2000, 931 f.; FS Sonnenberger S. 896 f.

<sup>47</sup> Verf. a.a.O., GRUR 2000, 931 f.

immer noch, wie „es ist“: Dieser rechtserhebliche Ist-Sachverhalt kann oder muss genauso empirisch festgestellt werden wie der Sachverhalt aufgrund einer Definition, die nicht normativ korrigiert.<sup>48</sup>

Prinzipiell verändert wird erst, wenn konkretisiert wird, maßgeblich sei, „wie ein aufmerksamer Verbraucher *auffassen soll*“ oder (so *Lettl*, wie bei Fn. 9 zitiert): „wie ein Werbeadressat, der durchschnittlich informiert, aufmerksam, verständig, lernfähig und kritisch ist, *die Werbung verstehen darf*“.

Klarer kann argumentiert werden, wenn – besonders wichtig – gesehen und unterschieden wird:<sup>49</sup>

a) Ist-Verkehrsauffassung: Wie die Adressaten jeweils wirklich auffassen (zum Beispiel: der eine aufmerksam, der andere nicht)

b) Normative Ist-Verkehrsauffassung: Wie die Adressaten im Sinne der normativen Korrektur wirklich auffassen (zum Beispiel: alle aufmerksam)

c) Normative Soll-Verkehrsauffassung: Wie ein<sup>50</sup> aufmerksamer Adressat auffassen soll.

Wichtig für die Entwicklung ist: Das von *Lettl* herangezogene BGH-Urteil „Elternbriefe“ stellt nicht rückschrittlich darauf ab, wie der Verbraucher auffassen soll (Stufe c.).

#### 4. Die zutreffende Einordnung von Erfahrungsregeln

Eines Tages müsste schließlich auch Allgemeingut sein: Wenn auf Erfahrungsregeln abgestellt wird,<sup>51</sup> dann handelt es sich um Hilfsmittel.<sup>52</sup> Wenn diese Hilfsmittel aufgrund der Entwicklung nicht mehr benötigt werden, dann geht die bessere Methode vor.<sup>53</sup>

<sup>48</sup> *Verf.*, a.a.O. (Fn. 5), Entdeckung S. 95; GRUR 2000, 932; FS Geimer 1086 ff.; FS Sonnenberger S. 894 f.

<sup>49</sup> Soweit ersichtlich wurde bislang noch nicht in dieser Weise gegliedert. Vgl. aber die in Fn. 5 angegebenen Arbeiten des Verf. Diese so wichtige Trennung von b. und c. erfolgt bislang wohl noch nirgends. Sie gilt grundsätzlich für alle Rechtsbereiche. Der Verf. bleibt hier einmal bei den Schlagworten wie „Ist-Verkehrsauffassung“, obwohl die Problematik besser formuliert werden könnte.

<sup>50</sup> „Wie die aufmerksamen Adressaten auffassen sollen“ gehört auch in diese Gruppe. Diese Formulierung liest sich aber vielleicht schon unfair suggestiv. Wer will denn offen den aufmerksamen Adressaten, also allen aufmerksamen Adressaten, vorschreiben, wie sie – beispielsweise die Bezeichnung „Lübecker Marzipan“ – aufmerksam auffassen sollen?

<sup>51</sup> Gegenwärtig neueste Veröffentlichung: *Hacker*, a.a.O., GRUR 2004, 537, 544 ff.

<sup>52</sup> *Verf.*, a.a.O., FS Geimer, S. 1083 ff.

<sup>53</sup> Viele Leser werden annehmen, diese Überlegung sei doch derart selbstverständlich, dass sie in einer Aufzählung mit aufsteigendem Schwierigkeitsgrad nicht an den Schluss zu stellen sei. Aber: Die Rechtsprechung und das Schrifttum zur Verwechslungsgefahr zeigen, wie schwierig es ist, diesen Satz umzusetzen. Ausführlich dazu *Verf.*, a.a.O., FS Geimer, S. 1076 ff. Die Rechtsprechung und das Schrifttum zur Verwechslungsgefahr würden sich insgesamt über Nacht anders darstellen, wenn akzeptiert werden würde, dass das Hilfsmittel nicht zum Mittel umfunktioniert werden darf. Banal und vereinfacht formuliert: Wenn die Krücken überflüssig geworden sind, müssen sie nicht nach wie vor verwendet werden; es darf vielmehr frei gegangen werden. Gemeint ist: Obwohl die Verwechslungsgefahr heute direkt mit Umfragen ermittelt werden kann, werden Umfragen im Einzelfall mit der Begründung nicht berücksichtigt, aus den „Erfahrungsregeln“ (so z. B. BGH-Urteil „frei öl“) als Hilfsmittel (Krücken) ergebe sich etwas anderes als aus der Umfrage. – Es wird sogar mitunter argumentiert, die „Erfahrungsregel“ stimme gar nicht mit der Wirklichkeit überein und damit sei bewiesen, dass es sich bei der Verwechslungsgefahr um eine dem Beweis nicht zugängliche normative Verkehrsauffassung handle.

Ist erst einmal dieser Stand erreicht, dann versteht sich das argumentum ad absurdum von selbst: Der Begriff „Irreführung“ lässt sich – ob ohne oder mit normativer Korrektur – nicht so definieren, dass das Gericht grundsätzlich nur ohne Beweisaufnahme nach eigener Sachkunde entscheiden muss und darf.