

Teilprüfung im Grundlagenfach „Angewandte Rechtssoziologie“ Wintersemester 2002/2003

- Lösungsskizze -

1. Vorbemerkung zur gesamten Arbeit

Die Prüfer beachten, dass Sie die Arbeit zügig verfassen mussten und sich nicht stets mit Muße jedem Detail widmen konnten. Andererseits muss verlangt werden, dass Sie die Grundlagen beherrschen und präsent haben, und dass Sie auch mit den in der Vorlesung ausführlich besprochenen Einzelheiten vertraut sind. In der Benotung werden ganz besonders Ausführungen gewürdigt, mit denen Sie belegen, dass Sie begabt auch schwierige Aufgabenstellungen angehen können. Eine solche Begabung kann unter Umständen allein schon in einem Satz zum Ausdruck gelangen.

2. Zu Nr. 1 der Aufgabe

2.1 Äußerungen der Verfügungsbeklagten

Die Verfügungsbeklagte beachtet bei Ihrer Behauptung nicht, dass Adressaten in aller Regel unterschiedlich auffassen.

Methodengerecht hätte die Verfügungsbeklagte sinngemäß einwenden müssen:

Der Verfügungskläger kann nicht nachweisen, dass ein erheblicher Teil der Werbeadressaten den Werbeslogan so auffasst, dass der Werbeslogan nicht mit den wirklichen Verhältnissen in Einklang steht; vgl. die insoweit verwertbare Definition Anlage 3 der Prüfungsunterlagen. Der Verfügungskläger hat insbesondere nicht nachgewiesen, dass ein erheblicher Teil der Adressaten den Slogan dahin auffasst, die Küchen würden europaweit vertrieben.

Alle erheblichen Teile der Werbeadressaten verstehen vielmehr bei dem Slogan „Europas Nr. 1“ das, was wirklich zutrifft, nämlich: Die Verfügungsbeklagte ist der größte Granit-Küchenhersteller, und zwar europaweit. Die Verfügungsbeklagte muss diesen Beweis aber gar nicht führen. Vielmehr müsste umgekehrt der Verfügungskläger die Irreführung beweisen.

Auch wenn - wie für eine einstweilige Verfügung - die Irreführung nur glaubhaft gemacht werden muss, hat der Verfügungskläger seine Irreführungsbehauptung mit einer repräsentativen Umfrage belegen. Anmerkung für die Bearbeiter: Vgl. dazu schon Schweizer, Rechtstatsachenermittlung durch Befragen, Band I: Die Definitionsphase, Seite 24 Fußn. 13 sowie: Die Entdeckung der pluralistischen Wirklichkeit Seiten 40, 84 (Anmerkung 121).

Zur Argumentation des Verfügungsbeklagten ist für Sie als Bearbeiter insbesondere wesentlich: Sie dürfen nicht als Gericht argumentieren. Sie müssen versuchen, mit Ihrer Argumentation das Gericht für sich zu gewinnen.

Den Unterschied im Beweismaß bei Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung einerseits (Glaubhaftmachung) und in Hauptsacheverfahren (Vollbeweis) haben wir in der Vorlesung zwar angesprochen. Wenn Sie auf diesen Unterschied nicht eingegangen sind, wird dies jedoch an keiner Stelle der Arbeit nicht negativ bewertet. Nach Sinn und Zweck der Klausur war dieser Unterschied unwesentlich.

2.2 Äußerungen des Gerichts

Das Gericht hat - bedenklich - so formuliert, als würden alle Adressaten gleich auffassen; und das Gericht hat sich darüber hinaus so ausgedrückt, als sei es ganz selbstverständlich, dass das Gericht weiß, wie alle Adressaten auffassen.

Methodengerecht hätte das Gericht sinngemäß argumentieren müssen:

Das Gericht vertritt mit der allgemeinen Meinung in der Rechtsprechung zu § 3 UWG die Ist-Verkehrsauffassung, nicht die sogenannte normative Verkehrsauffassung.

Die Ist-Verkehrsauffassung lässt sich zwar am besten mit einer repräsentativen Umfrage feststellen. Das Gericht kann aber im konkreten Fall dennoch ohne Umfrageergebnisse eine Irreführung bejahen. Es kann nämlich aufgrund eigener Sachkunde feststellen, dass der Sachvortrag des Verfügungsklägers glaubhaft ist. Die von der weitgehend allgemeinen Meinung als ausreichend angesehenen Voraussetzungen für eine Sachverhaltsfeststellung aufgrund eigener Sachkunde sind erfüllt. Zur weitgehend allgemeinen Meinung: Vgl. Köhler/Pieper, 3. Aufl., § 3 Rn. 136 ff. (Anlage 3 zur Examensklausur). Im Einzelnen zu diesen Voraussetzungen:

Die erkennenden Richter gehören dem Verkehrskreis an, an den sich die Werbung richtet (Küchenkäufer). Küchen, auf die sich die Werbung bezieht, sind Gegenstände des allgemeinen Bedarfs. Es ist naheliegend, dass der Slogan von einem erheblichen Teil der Werbeadressaten dahin verstanden wird: Die Küchen werden europaweit, jedenfalls nicht ausschließlich in Deutschland, vertrieben. Es gibt keine Zweifel an dem vom Gericht angenommenen Verkehrsverständnis, dass ein erheblicher Teil der Werbeadressaten annimmt, die Küchen würden nicht ausschließlich auf dem deutschen Markt vertrieben.

Bei den letzten beiden Annahmen (naheliegenderes Verständnis und keine Zweifel) handelt es sich nur um die persönliche Meinung der erkennenden Richter. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die vom Gericht angenommene Auffassung jedenfalls für einen erheblichen Teil der Adressaten doch nicht naheliegend und unzweifelhaft ist. Aber diese Unsicherheit muss hinge-

nommen werden, weil nicht zu nahezu jedem Irreführungsprozess Umfragen durchgeführt werden können. Die Gerichte stellen deshalb insoweit immer auf ihre eigene Auffassung ab, ohne dies ausdrücklich zu erklären. (Im Übrigen handelt es sich, wie erwähnt, hier erst um das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, bei dem der Sachverhalt ohnehin nur glaubhaft gemacht werden muss. - Nochmals Anmerkung für die Teilnehmer an der Klausur: Auf den Beweis-Unterschied zwischen dem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung und dem Hauptsacheverfahren mussten Sie nicht eingehen.)

Soweit die methodengerechte Argumentation des Gerichts. Die Arbeit ist nicht (insoweit) mangelhaft, wenn in ihr die im voranstehenden Absatz („Bei den letzten beiden Annahmen ...“) vorgetragene Hinweise zu einer methodengerechten Argumentation fehlen. Ausführungen dieser Art gehören vielmehr - nach dem gegenwärtigen Stand von Rechtsprechung Literatur, wie er in der Vorlesung auch besprochen wurde - zu den Ansätzen, die auf eine besondere Begabung des Verfassers hindeuten.

3. Zu Nr. 2

3.1 Vorbemerkung:

Die in Anlage 16 aufgeführten Entwicklungsstufen wurden in der Vorlesung anhand eines Schaubildes dargestellt und besprochen. Besprochen wurde zu diesen Stufen insbesondere auch, dass es Zwischenstufen gibt, und dass die eine oder andere Formulierung nur mit Schwierigkeiten in die einzelnen Stufen eingeordnet werden kann. Sinn und Zweck des Schaubildes Anlage 16 war und ist nur, so haben wir es besprochen, Entwicklungen zu veranschaulichen. Veröffentlicht und näher erläutert ist Anlage 16 in GRUR 2000 auf den Seiten 931 und 932.

Anlage 16 war dementsprechend nur ein Hilfsmittel. Deshalb war in der Aufgabe auch nur angegeben, dass Sie zur Beurteilung Anlage 16 verwenden **können**.

Folglich hat es für die Lösung ausgereicht, sich an Anlage 16 nur zu orientieren. Es war nicht einmal ein Nachteil, Anlage 16 überhaupt nicht ausdrücklich zu verwenden.

Berücksichtigt wurde zugunsten der Bearbeiter selbstverständlich, dass immer wieder vertreten wird, bei Formulierungen wie „der Durchschnittsverbraucher“ handele es sich nur um Kunstfiguren.

3.2 Anlage 5

Einordnung bei Entwicklungsstufe e) mit dem Vorbehalt, wie er in GRUR 2000, 923 ff. (931 li. Sp.) gemacht wird. Das heißt: Die einfachsten Stufen sind überwunden. Die Pluralität der Wirklichkeit ist erkennbar. Die Definition muss jedoch weiter konkretisiert werden. Es ist noch unklar, welcher Sachverhalt rechtserheblich sein soll. Was ist gemeint mit „alle billig und gerecht Denkenden“? Es müsste überprüft werden, ob im Sinne der Entwicklungsstufe m) der Anlage 16 zu definieren ist, und was bei der Anwendung des § 228 StGB (Anlage 6) unter einem „erheblichen Teil“ zu verstehen ist. Wie zu definieren, d.h. auszulegen ist, ergibt sich aus den allgemeinen Rechtsauslegungsgrundsätzen, - insbesondere aus dem Sinn und Zweck der anzuwendenden Norm.

Es ist nicht mangelhaft, wenn Sie nach keiner besseren Definition gesucht haben. Gefragt war nur, diese Definition zu beurteilen.

3.3 Anlage 7

Positiv an der Formulierung des Bundesverwaltungsgerichts ist, dass die **Pluralität der** Wirklichkeit teilweise erkannt wird.

Die einzelnen Teile der Formulierung zeigen jedoch, dass sich das Gericht nur teilweise widersprüchlich - einer Definition nähert, die der Pluralität der Wirklichkeit gerecht wird:

- Zunächst wird auf „das Empfinden jedes (sic!) für ästhetische Eindrücke offenen Betrachters“ abgestellt.

- Dann wird dieser „jeder (sic!) für ästhetische Eindrücke offene Betrachter“ zwischen zwei Gruppen eingeordnet (einerseits „ästhetisch besonders empfindsamer und geschulter“ Personenkreis, andererseits „gegenüber ästhetischen Eindrücken gleichgültiger“ Personenkreis).
- Diese mittlere Gruppe wird als „gebildeter Durchschnittsmensch“ bezeichnet.

Für denjenigen, der sich mit der Behauptung der pluralistischen Wirklichkeit für das Recht befasst hat: Ein heilloses Durcheinander: Es werden - wie in der Vorlesung besprochen - ungerechtfertigt und auch nur unzureichend Randgruppen ausgesondert. Vgl. dazu auch das Buch Schweizer „Die Entdeckung der pluralistischen Wirklichkeit“, 3. Auflage, Seiten 47 und 48.

Das Bundesverwaltungsgericht wird insbesondere nicht der Tatsache gerecht, dass eine solche „mittlere Gruppe“ nur uneinheitlich auffasst und empfindet. Diejenigen, die dieser (ohnehin unzulänglich bezeichneten) Gruppe angehören, fassen nicht alle gleich auf, und sie empfinden nicht einheitlich. Der eine „für ästhetische Eindrücke offene Betrachter“ empfindet im Einzelfall so und der andere wiederum zu demselben Einzelfall anders. Das Bundesverwaltungsgericht formuliert sogar ausdrücklich so, als würde „jeder“ (für ästhetische Eindrücke offene Betrachter) gleich empfinden.

Wir haben uns über dieses Thema in jeder Vorlesungsstunde unterhalten. In dem Ihnen immer wieder empfohlenen Schrifttum wird diese Problematik an vielen Stellen beschrieben; am ausführlichsten von Schweizer in GRUR 2000, 923 ff. (926) sowie in Festschrift Geimer 1073 ff. (1090 f.).

Wenn man in die Entwicklungsstufen Anlage 16 einordnen möchte, liegen die einzelnen Formulierungsteile zwischen f) und i). Für die Lösung ist - siehe dazu auch schon oben - nicht wichtig, in welche dieser einzelnen Gruppen Sie eingeordnet haben.

Gut ist, wenn in der Arbeit festgestellt wird, dass das Bundesverwaltungsgericht mit seiner Formulierung noch verhältnismäßig weit von der Entwicklungsstufe m) entfernt liegt.

3.4 Anlage 9

Die Pluralität der Wirklichkeit kommt insoweit zum Ausdruck als von „herrschenden“ Wertvorstellungen die Rede ist. Das heißt insbesondere, es wird erkannt, dass es auch „nicht herrschende“ sozialetische Wertvorstellungen gibt, also eine Pluralität der Wirklichkeit.

Wenn man versuchen möchte, in die bei Anlage 16 aufgeführten Entwicklungsstufen einzuordnen, lässt sich an die Stufe e) denken, auch an f). Wer ganz wohlwollend einordnet, kann vertreten, dass der Definierende andeutungsweise schon an Stufe l) oder m) denkt.

3.5 Anlage 11

Diese Definition ist verhältnismäßig weit davon entfernt, die Pluralität der Wirklichkeit zu erkennen. Es wird nur schlechthin formuliert: „vom gesunden Rechtsempfinden gebilligt“. Es wird nicht darauf eingegangen, dass der eine dieses „gesunde Rechtsempfinden“ hat und der andere ein anderes. Wohlwollend kann man diese Formulierung bei Entwicklungsstufe e) einordnen.

3.6 Anlage 13 (während der Prüfung wurde klargestellt, dass Anlage 13 und Anlage 15 ausgewechselt werden müssen; also Anlage 15 als Anlage 13 zu verstehen ist)

Im Hinblick auf das Sekretariatsversehen wird es nicht negativ gewertet, wenn zu den Anlagen 13 und 15 ein Fehler unterlaufen ist. Anlage 13 (bzw. Anlage 15) bringt keine besondere Neuigkeit. Die Definition von „widerrechtlich“ dahin, dass „das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ erheblich ist, wiederholt sich nur. Die Einordnung bei e) ist klar.

3.7 Anlage 14

Die Pluralität der Wirklichkeit kommt nur schwach, aber - wenn man wohlwollend urteilt - immerhin andeutungsweise zum Ausdruck. Es handelt sich um die gleiche Problematik, wie sie oben in Nr. 3.3 zur Anlage 7 beschrieben wurde. Beachten Sie auch die in Nr. 3.3 aufgeführte Literatur. Genauso lässt sich „der verständige Arbeitgeber“ jedoch auch als bloße Leerformel kritisieren.

Der Begriff „verständiger Arbeitgeber“ ist nicht in die ersten Stufe a) einzuordnen. Die Einschränkung „verständlich“ macht immerhin deutlich, dass es unterschiedliche Arbeitgeber gibt. Aber, wichtig: Die Bezeichnung „der verständige Arbeitgeber“ unterstellt unzutreffend, alle „verständigen Arbeitgeber“ würden in allen Fällen gleich denken und handeln. Die Definition „Der verständige Arbeitgeber“ erreicht nicht die Stufe f), sondern allenfalls Stufe d) oder e).

4. Zu Nr. 3

Die Auffassung, die in Anlage 17 vertreten wird, wird „normative Verkehrsauffassung“ genannt.

Die Problematik zur „normativen Verkehrsauffassung“ wird genau beschrieben in den, den Vorlesungsteilnehmern bekannten Abhandlungen GRUR 2000, 923 ff., insbesondere auf Seite 923 in Nr. 1 sowie in Nr. 6 auf den Seiten 926 re. Sp., 927 und in Nr. 7, Seiten 928, 929.

Besonders wichtig war, zur Lösung herauszustellen:

Rechtsbegriffe sind zu definieren. Ganz in diesem Sinne definiert Gloy in Anlage 19 den Begriff der unmittelbaren Verwechslungsgefahr (im engeren Sinn). Von dieser Definition führt kein Weg zu einer Definition, nach welcher Sachverhalt erheblich wäre, der dem Beweise nicht zugänglich ist. Insbesondere lässt sich nicht definieren: Rechtserheblich ist als Sachverhalt, was sich das einzelne

Gericht vorstellt. Dieser Gedanke ist ganz besonders wichtig. Er wurde in nahezu jeder Vorlesungsstunde besprochen. Er steht im Mittelpunkt der Auseinandersetzung um die sogenannte normative Verkehrsauffassung. Wer ihn erkannt hat, gehört zu denen, die - zumindest an dieser Stelle - die Problematik um die Bedeutung der Wirklichkeit für das Recht voll erfasst haben. Anmerkung für die Bearbeiter: Vgl. zu dieser Thematik detailliert die erwähnten Abhandlungen GRUR 2000, 923 ff., insbesondere auf Seite 929 li. Sp. und Festschrift Geimer, S. 1073 ff. (1087 Fußn. 38).

Es ist nicht ersichtlich, wie Gloy trotz der von ihm vertretenen Definition (Anlage 19) zu der Aussage gelangen kann, dass die Einholung eines demoskopischen Gutachtens nicht in Betracht kommt. Richtig ist zwar, dass der Begriff „Verwechslungen“ in § 14 II Nr. 2 MarkenG (Anlage 18) ein Rechtsbegriff ist. Richtig ist auch, dass Rechtsbegriffe von den Juristen nach den Methoden der Rechtsauslegungslehre auszulegen sind. Aber: Die Auslegung des Rechtsbegriffes „Verwechslungen“ führt dazu, dass Sachverhalt rechtserheblich ist (im konkreten Fall: pluralistischer Sachverhalt). Sachverhalt ist jedoch stets dem Beweise zugänglich. Bei pluralistischem Sachverhalt kommt demnach die Einholung eines demoskopischen Gutachtens in Betracht. Folglich widersprechen sich die beiden Aussagen von Gloy, wie Sie in den Anlagen 17 und 19 aufgeführt sind. Anmerkung für die Bearbeiter: Diese Problematik wurde in der Vorlesung vielfach - auch mit den Schaubildern 17 und 19 - besprochen, und sie ist beispielsweise auch in der Ihnen empfohlenen Literatur Festschrift Geimer auf den Seiten 1094 f. in Fußn. 59 aufgeführt.

5. Zu Nr. 4

Die Lösung wird detailliert in den Abhandlungen beschrieben, auf die Sie in der Vorlesung hingewiesen worden sind, und die Sie im Internet auf der Ihnen bekannten Homepage einsehen konnten und nach wie vor einsehen können. Siehe: Bibliothek/Content/Markt- und Sozialforschung für das Recht, insbesondere

Befragungs- und Formulierungstechnik, dort die Abhandlungen Schweizer aus „Der Syndikus“.

Zum zweiten Absatz der Aufgabe Nr. 4 ist entscheidend, darauf hinzuweisen, dass der Sinn und Zweck einer Befragung verlangen kann, befragungstechnisch einen „Fehler“ zu verwenden. So kann interessieren, wie der Befragte reagiert, wenn er zuvor etwas lernt. Ein anderes Beispiel: Ein halo-effect interessiert, wenn die Ausstrahlung getestet werden soll. Beispiele waren jedoch nicht verlangt. Wichtig und verdienstvoll ist, darauf hinzuweisen: Der Sinn und Zweck der Befragung ist wesentlich dafür, ob es sich um einen Fehler handelt oder nicht. Der Sinn und Zweck kann verlangen, ihn „einzubauen“.

6. Zu Nr. 5

a) Die beiden Verfahren unterscheiden sich dadurch:

Bei Random-Verfahren werden die Befragten im mathematischen Sinn des Wortes zufällig ausgewählt. Im Prinzip muss jeder Angehörige der Bevölkerungsgruppe, deren Meinung oder Verhalten erkundet werden soll, die gleiche Chance haben für die Stichprobe ausgewählt zu werden. Dabei hat die Zufallsstreuung die Aufgabe, jedes subjektive Moment bei der Auswahl auszuschneiden.

Bei den Quotenverfahren wird dagegen „die repräsentative Stichprobe auf der Basis vorangegangener Totalerhebungen und der aus ihnen gewonnenen Kenntnis der Struktur der Grundgesamtheit festgelegt. Dem Interviewer wurden in der Quotenanweisung lediglich die demographischen Merkmale der von ihm zu befragenden Personen vorgegeben.

Quoteneffekt: Weniger auskunftsbereite Personen werden weniger befragt, freundliche, kontaktbereite Personen sind folglich überrepräsentiert. Nach Quoten ausgewählte Befragungspersonen sind in der Regel etwas intelligenter als der Bevöl-

kerungsdurchschnitt. Dieser „Bildungs-Bias“ wirkt sich vor allem bei vielen Wissens-Fragen aus.

- b) Bei gegabelten Befragungen wird die Gesamtstichprobe in mehrere - in sich ebenfalls repräsentative - Teilstichproben untergliedert. So kann man zum Beispiel eine 2000er-Stichprobe so anlegen, dass darin für bestimmte Fragestellungen 2 x 1000 Fälle oder 4 x 500 Fälle als Sub-Stichproben definiert sind.
- c) Als offene Frage gelten Formulierungen, die keine Antwortmöglichkeiten vorgeben. Offene Fragen fordern also die Befragten dazu auf, sich mit Worten zu äußern, die sie sich selbst überlegt haben. Es gibt zum einen völlig freie und zum anderen zielgerichtete offene Fragen. Beispiel für eine völlig freie offene Frage: „Woran denken Sie bei dieser Packung?“ Bei einer entsprechenden zielgerichteten offenen Frage wird gefragt: „Welche Zusammensetzung erwarten Sie bei einem Produkt in dieser Packung?“ (Diese Beispiele wurden in der Vorlesung besprochen.)

Als „geschlossen“ werden Fragen bezeichnet, die die Antwortmöglichkeiten bereits enthalten. Beispiele siehe Vorlesungsunterlagen.

Die halboffene Frage gibt nur einige, meist die gängigsten Antwortmöglichkeiten vor; bis dahin ist die Frage geschlossen. Es wird jedoch ausdrücklich nachgefragt, ob der Befragte sonst noch etwas zu der Frage weiß.