

Zur Diskussion / A discuter

Das Recht auf den Markt tragen?

Ungenierte Anmerkungen eines Laien zur Konjunktur der «Verkehrskreise»

LUDWIG HASLER*

Die folgende Festrede wurde zu Ehren des siebzigsten Geburtstags von Dr. Lucas David gehalten, der anlässlich des von Ingres organisierten Workshops zum Thema «Die Verkehrskreise im Markenrecht» vom 15./16. September 2006 gefeiert wurde. Die Bemerkungen des Nicht-Juristen Ludwig Hasler zum Thema Verkehrskreise werden von der Herausgeberschaft in der Überzeugung veröffentlicht, dass es ab und zu wohltuend ist, von dritter Seite einen Spiegel vorgehalten zu bekommen.

Voici le discours qui a été tenu par M. Ludwig Hasler à l'occasion du 70e anniversaire de Lucas David, qui a été célébré au cours d'un atelier organisé par l'INGRES les 15 et 16 septembre 2006 sur les milieux concernés en droit des marques («Die Verkehrskreise im Markenrecht»). La direction de la publication publie les réflexions que Monsieur Hasler, un non juriste, a émises sur les milieux concernés, avec la conviction qu'il est parfois utile de voir son propre reflet dans un miroir tendu par autrui.

Es gibt manche Art, sich als Laie vor Fachleuten zu blamieren. Die billigste ist die Schmeicheltour. Nicht mein Fall, meine Spezialität ist eher die Betriebsstörung. Mein leicht frivoles Verhältnis zu Juristen reicht weit zurück. Vor Jahrzehnten hörte ich Hellmut Becker, dem grossen deutschen Rechtsgelehrten zu. Er erläuterte seine Lieblingsthese: Jurisprudenz sei mehr ein Hilfsmittel als eine Wissenschaft, mehr Anwendungskunst als Theorie. Und dann fiel der Satz, den ich bis heute nicht vergessen habe: «Ein guter Jurist kann nur werden, wer im richtigen Augenblick mit dem Denken aufhört.»

Das darf nicht wahr sein, dachte ich. Diese Juristenbranche spielt gesellschaftlich in der obersten Gewichtsklasse – und verdankt ihre Bonität dem rechtzeitigen Denkabbruch. *Cognitio interrupta* als Gütezeichen. Das war für mich – ich gehörte damals zur schwerelosen Zunft der Philosophen – eine bittere Realitätslektion. Meine *Maxime* hiess: Philosophie ist, wenn man trotzdem weiter denkt. Nun kapierte ich: Alles idealistischer Kram. Im wahren Leben regieren die Profis im Abbruch-Denken. Kurz denken, nachhaltig kassieren. So läuft die Welt.

Vom «Immaterialgüterrecht» kannte ich damals kaum den Begriff, vom «Kennzeichenrecht» hatte ich nie gehört. «Verkehrskreise» waren für mich stets klar – à la «Wirtschaftskreise» – definiert: TCS plus ACS versus VCS. Bis Magda Streuli mich auf diesen Workshop ansprach. Danach verstand ich bei «Verkehrskreisen» eine Zeitlang nicht einmal mehr Bahnhof.

Problemlos kapierte ich nur dies: Sie, meine Damen und Herren Spezialisten für Markenrecht, Sie wollen – im Sinne Beckers – entschieden gute Juristen sein, Sie hören mit dem Denken im allerrichtigsten Moment auf, nämlich gleich zu Beginn. Sie outsourcen das Denken, delegieren es an die famosen «Verkehrskreise», noch besser an die Demoskopen, die in den Verkehrskreisen herumstochern, bis sich herausstellt, was wir eh schon vermuteten.

So unabgefedert kann nur ein Laie reden. Obwohl er gleich selber relativieren muss: Manchmal denken die Gerichte auch selber. Zum Beispiel bei dem unsäglichen Streit um die Oberhoheit über die Marke «WM 2006». Die Fifa klagte gegen Würstchenbudenbetreiber, die ihre Ware mit der Kennzeichnung «WM-Weisswürste» noch schmackhafter machten. Sepp Blatter, unersättlich in seinem voralpinen Verarmungs-Tic, witterte «Schmarotzer-Marketing». Und natürlich Ärger mit den offiziellen Sponsoren, die ein Heidengeld bezahlt hatten, um vom globalen Fussballfieber zu profitieren. Der deutsche Bundesgerichtshof aber wies die Klage ab – ohne Rückgriff auf das tatsächliche Verständnis der «Verkehrskreise», also ohne empirische «Beweismittel». Er schickte keine Allensbach-Agenten

unter die deutschen Michel, um abzuklären, was im Hirn des unbekanntenen Durchschnittsverbrauchers faktisch abläuft, wie unheilvoll es Würstchen mit Fifa und umgekehrt verwechsle, womit sich der Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs ja erst hätte beweisen lassen. Stattdessen stellte das Gericht autokratisch klar: Fussball gehört allen.

Auch das klägerische Argument, Grossanlässe à la Fussball-WM liessen sich nur finanzieren, wenn das Zeichen «WM» kommerziell geschützt werde, beschieden die Richter rein rational. Sie argumentierten: Je mehr Bäckereien mit «WM-Weggen», umso populärer die WM, umso verbreiteter der Enthusiasmus, umso happiger die Aufmerksamkeitsgewinne der Sponsoren. Das überlegten sich die Richter nur in ihrem Kopf, keine Feldforschung, keine empirischen Studien. Nichts als Logik.

Damit war dann gleich wieder Schluss beim WM-Song «Köbi cool». Die Schweizer Reggae-Band «The Ganglords» polte den 70er-Jahre-Hit «Daddy Cool» auf «Köbi cool» um, produzierte eine unsäglich doofe «Hymne» auf Köbi Kuhn. Die darf bis heute nicht vertrieben werden; der Autor des Originals, Frank Farian, klagte, «Verkehrskreise» erkannten auf Ähnlichkeit. Na hoffentlich. Nur, was sagt das schon?

Ich bin nicht pauschal allergisch auf «Verkehrskreise». Ich behaupte nicht, juristischer Scharfsinn löse von alleine alle die vertrackten Fälle von Verwechslungsgefahr, Abkupferung, Irreführung. Auch mir ist ein empirisch gefütterter Scharfsinn plausibler, einer, der in Betracht zieht, was in den Köpfen der Leute abläuft, die mit der fraglichen Ware verkehren. Nur muss er, was diese Köpfe an Meinung ausspucken, kritisch einordnen – statt gleich als letzte Weisheit zu verehren. Einordnen heisst selber denken. Im Falle «Köbi cool» müsste ein Richter wissen, wie Musik, wie Kunst insgesamt heute funktioniert: als Dschungel von Zitaten, Anspielungen, Revivals, Persiflagen. Weshalb Ähnlichkeits-Diagnosen durch Verkehrskreise so erwartbar wie nichtssagend sind. Wer jedes «Zitieren» als unlauteren Wettbewerb ahndet, muss den gesamten Musik- und Kunstbetrieb der Gegenwart verbieten, rückwirkend gleich auch vier Fünftel sämtlicher Barockmusik.

Recht sprechen heisst urteilen. Urteilskraft kommt aus der Autonomie der Vernunft, nicht aus Umfragematerial. Die Voten beteiligter Verkehrskreise sind wetterabhängig – als Geschmacksäusserungen ohnehin. Als Jean Tinguelys «Heureka»-Ungetüm im Zürcher Seefeld aufgestellt wurde, verlangten die Anwohner ultimativ seine Beseitigung. Vier Jahre später, als die Plastik nach Basel zügelte, rebellierten die selben Leute ebenso apodiktisch: Tinguelys Maschine sei ein unersetzliches Stück ihrer Quartierheimat!

Das Beispiel hinkt ein bisschen. «Verkehrskreise» sind kein Quartierverein, sondern einschlägige Marktteilnehmer. Indem sich das Recht auf sie stützt, geht es auf den Markt der Meinungen. Oder soll ich sagen, es macht einen Schritt hin zu seiner «Demokratisierung»? Es läge damit voll im Trend. Seit der Versuch, die irdischen Güter zu «demokratisieren», gescheitert ist, «demokratisiert» man alles andere. Das TV-Publikum darf den «Superstar» wählen; seither grassiert das Motto «null Talent, gross präsent». Der Konsument ist am Drücker; der «Kassensturz» wird zum Mass aller Dinge. Dem Blogger gehört die Zukunft; was die Nestlé-Marketingchefin taugt, sagen jetzt ihre Angestellten im Web. Studenten qualifizieren und disqualifizieren ihre Professoren; die Webseite www.mein.prof.de etabliert sich als selbsternannter Volksgerichtshof, urteilt über Tops und Flops im Hörsaal.

Sie sehen, «Verkehrskreise» haben überall Konjunktur. Mal aus Quoten-Populismus (TV-Publikum), mal aus Unsicherheit über die Kriterien; da dient das Feedback der Beteiligten (Konsumenten, Studenten, Angestellte) als Korrektiv zur Sicht der Expertokraten. Beteiligte sehen die Dinge konkreter, nur halt auch entschieden befangen. Man kann nicht gleichzeitig im Wasser schwimmen und den Fluss vom Ufer aus betrachten.

Das Recht aber muss den Fluss der Dinge im Auge behalten. Was die Leute vom Schiff aus sehen, ist selbstverständlich relevant für die Rechtspflege (siehe Strafrecht), bloss nicht als Quelle der Wahrheit, eher als prinzipiell suspekter Befangtheit. Ändert sich das mit «Verkehrskreisen» als Referenz? Nicht zwingend. Doch faktisch? Wie soll ich zum Beispiel das «Smarties»-Urteil lesen? Falls ich richtig informiert bin, wurde da tatsächlich dieses ordinäre Röhrchen geschützt, nur weil es «Verkehrskreise» spontan an «Smarties» erinnert. Ein simpler Zylinder ohne Aufschrift, ohne Handschrift, eine geometrische Grundform wird privatisiert, dem weiteren Gebrauch der Menschheit entzogen. Da könnte Sepp Blatter glatt alles Runde für die Fifa monopolisieren. Christoph Blocher alles Quadratische für die SVP. Und was ist mit dem Halbmond? Und mit dem Kreuz? Gehört das dem Vatikan? Oder darf Madonna sich an ihm räkel?

Dass man – rechtens! – geometrische Grundmuster privatisieren, monopolisieren kann, jedenfalls für einen abgezielten Geschäftsradius, das schluckt mein common sense nicht. Ganz egal, welche «Verkehrskreise» sich dafür stark machten. Da erwarte ich, dass die Community der Markenrechtler selber denkt, einen Kriterienkatalog entwirft, worin wenigstens grosso modo unterschieden wird zwischen naturhaft vorgegeben Formen und kulturell gestalteten. Und dann sagt: Natur steht zur freien Verfügung, schützenswert ist einzig Kultur, Kreation, Erfindung.

Sie merken: Ich will Sie verführen, das Heft des Handelns wieder selber in die Hand zu nehmen. Sicher ist es verlässlicher, wenn Allensbach «Verkehrskreise» befragt, als wenn Richter sagten, sie hätten zuhause mal die Frau gefragt, ob sie finde, Martina Hingis bügelt definitiv nur noch für die Marke ZUG. Nur, ob Frau Richter oder Kreti & Pleti: Meinen bleibt meinen.

Die gesamte abendländische Kultur – von Plato bis Harald Schmidt – lebt vom Grundsatz: Was die Leute so meinen, ist nicht schon die Wahrheit. Oder noch nicht. Oder grad gar nicht. Denn dieses Meinen bleibt, wie das Wort es andeutet, nur mein, also subjektiv, perspektivisch, eine rein persönliche Ansicht – wobei es selbst mit dem Persönlichen so weit nicht her ist; im Meinen echot oft nur die Boulevard-Schlagzeile von vorgestern.

Was also bedeutet es, wenn irgendwelche Verkehrskreise meinen, eine geometrische Röhren-Form mit «Smarties» identifizieren zu müssen? Objektiv eigentlich gar nichts – ausser, dass «Smarties» im Fernsehen präsenter sind als, sagen wir mal, der Reagenzglas-Hersteller XY. Könnte es also sein, dass das Wundermittel «Verkehrskreise» stets die bekanntere Marke ins Recht setzt, also die mit dem dickeren Marketing-Budget? Und nie die unbekanntere, vielleicht aber findigere, erfinderischere, kreativere? Falls es so ist: Was wäre daran Recht? Es wäre die Sanktionierung des primitiven Rechts des Stärkeren.

Alexis de Tocqueville vermutete schon um 1830, die Demokratie entarte zur Diktatur der Mehrheiten. Genau das argwöhne ich mit Blick auf Ihr Tagungsthema. Wer definiert die massgebenden «Verkehrskreise»? Wer bestimmt, wann sie recht haben? Wie ist ihr Meinen legitimiert? Ist es falsch, wenn ich eine Parallele zum politischen Betrieb ziehe? Auch da macht das Meinen Karriere. Meinungsumfragen etablieren sich als Herrschaftsinstanz. Politiker sagen gar nichts mehr, bevor sie die täglichen Stimmungsbarometer konsultiert haben. Sie delegieren – wie gute Juristen, die sie meist ja auch mal waren – das Denken an das Demoskopie-Business mit seinem Durchschnitts- und Stichprobendenken. Politik als Handlungsgehilfin wechselnder Mehrheiten im permanenten Umfragetheater?

Und Markenrecht als Vollstrecker der eingemitteten Verkehrskreismeinung? Nichts gegen das Interesse an den tatsächlichen Verwechslungen in den Köpfen der Marktteilnehmer. Tatfrage statt pure Rechtsfrage. Aber sind Meinungen Tatbestände? Quasi Tatsachen? Wenn, sind sie seltsam untatsächliche Tatsachen. Aus mindestens drei Gründen. Erstens sind sie abgekoppelt von Kenntnissen; da ich zuhause arbeite, bin ich ein beliebter Umfrageadressat, und auch wenn ich von einer Sache rein gar nichts verstehe, z.B. von kalifornischen Weinen, die trinke ich prinzipiell nicht, doch das schützt mich nicht vor der Frage: «Können Sie mir trotzdem sagen, was Sie dazu meinen?» Zweitens verselbständigt sich das Meinen gegenüber sinnvollen Anwendungskontexten. Ich werde z.B. gefragt, mit welcher Bank ich geschäfte, ich sage, nur mit der UBS. Dann bittet man mich um eine Rangfolge meiner Sympathie zu Banken; ich antworte korrekt: 1. Raiffeisenbank, 2. Kantonalbank, 3. UBS. Warum bin ich Esel dann bei der UBS? Weil das die einzige Bank in meiner Gemeinde ist. Allein, das interessiert in dieser Umfrage grad gar nicht. Drittens bleiben Meinungen meistens inkonsistent; meinen können wir beliebig, nur handelnd tragen wie die Folgen, also meinen wir munter drauflos, stets unter dem Eindruck des Augenblicks und so, dass wir uns ins vermeintlich gute Licht rücken.

Läuft das mit Ihren Verkehrskreisen ganz anders? Ich gehöre von Fall zu Fall selber dazu. Also weiss ich, wie fahrlässig gemeint wird. Darum behaupte ich: Der Glaube, über Meinungen zu Tatsachen zu gelangen, ist wackelig.

Damit lässt sich vergnügt leben, solange es nur darum geht, welcher Auto-Liebhaber wie viel Sex hat (BMW-Fahrer am meisten, Porsche-Raser am wenigsten, VW-Lenker mittelprächtig). Geht es um Recht, hört der Spass auf. Erst recht, solange umstritten bleibt, welcher Meinungstyp im Verkehrskreis den Ausschlag geben soll – der informierte, differenziert wahrnehmende, verständige Kunde (EU) oder das Dummerchen mit perfekten Englischkenntnissen (CH). Klarheit in der Definition des relevanten Verkehrskreislers wäre die Mindestanforderung für Rechtsklarheit. Ohne sie bleiben «Verkehrskreise» als Rechtsmassstab willkürlich, ein Phantom.

Behaupte ich laienhaft. Vielleicht zapple ich auch nur in Ihrer Sprachfalle. Als Philosoph bin ich gewohnt, schwierige Texte zu lesen. Doch Heidegger lesen ist Kinderkram – verglichen mit Ihren Branchentexten, Fachaufsätzen und Bundesgerichtsurteilen, zum Beispiel im Streitfall «Yello» gegen «Yellow Access». Nicht zu fassen, welche verbalen Sumpflüthen so ein relativ einfacher Sachverhalt treiben kann – als hätte der Text den alleinigen Zweck, einem Laien verschlossen zu bleiben, also auch dem «verständigen» Verkehrskreisteilnehmer. Es herrscht da eine Verwehrlosung in der Dramaturgie, im Aufbau, eine hochtrabende Verumständlichung noch der simpelsten Aussage, eine perverse Vorliebe für Satzgirlanden und Wortmonster, insgesamt ein sprachliches Tohuwabohu – bis hinein in die Begrifflichkeit. Nicht einmal der Unterschied zwischen «Name» und «Begriff» ist klar, was sprachtheoretisch in die Lektion eins gehört: Namen (zum Beispiel Ovomaltine, Novartis) benennen das Einmalige, Konkrete; Begriffe (zum Beispiel die Farbe Yellow) bezeichnen die Gattung, die Spezies, also das Allgemeine. Eine kleine Nuance nur, doch vermutlich hilfreich, wenn entschieden werden will, welche Worte Privateigentum, welche Allgemeinbesitz sein sollen. Auch der aktuelle Streit um «googeln» liesse sich mit diesem Bisschen Sprachlogik im Handumdrehen entscheiden: «Google» ist ein Name, «suchen» ein Begriff.

An ihrer Sprache verrät sich der Geisteszustand jeder Branche. Bei der Fronarbeit, juristische Texte zu lesen, überlegte ich: Warum schreiben die Leute so schrecklich abweisend? Die Sache ist doch gar nicht so arg kompliziert? Ich fand heraus: Sie mühen sich ab an der Detailpräzision, Sie packen jede Nuance in den selben Satz, hängen Nebensatz an Nebensatz, wühlen sich in den verschachteltsten aller Schachtelsätze, häufen Substantiv auf Substantiv («Das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale...»), selbstverständlich alles, um jedes Missverständnis auszuschliessen. Aber was tun Sie fürs Verständnis? Sie verlieren sich in Detaildifferenzierungen – und büssen jede Distanz zur Sache ein.

Haben Sie Lucas David zugehört? Der Doyen spricht in lauter Hauptsätzen. Subjekt, Verb, Objekt. Wer macht was? So spricht ein Mensch. Anders wiehert der Amtsschimmel. Oder der Nebelwerfer-Experte.

Mein Vorschlag: Zertrümmern Sie die Fachsprache! Vielleicht löste sich der ganze Streit um Verkehrskreise in Luft auf, wäre bloss die babylonische Sprachverwirrung beendet.

Falls Sie mir jetzt sagen wollen, ich hätte mit meiner laienhaften Rede offene Türen eingerannt oder an der Sache vorbeigeredet – ich kann nichts dafür. Ich kenne die Sache nur aus Ihren Branchentexten.

* Dr. Ludwig Hasler arbeitete früher in Chefredaktionen (St. Galler Tagblatt, Weltwoche). Heute ist er Publizist, Hochschuldozent für Philosophie und Medientheorie, Kolumnist in Fachzeitschriften, Regierungsberater, Vortragstourist. Sein jüngstes Buch (Die Erotik der Tapete. Verführung zum Denken, Huber Verlag) enthält einen Strauss seiner Reden vor Managern, Anwälten, Politikern, Lehrern, Rotariern usw. lhasler @duebinet.ch.