

Anachronistisches Rechts- und Sachverhaltsverständnis im Wettbewerbs- und Presserecht

Kanzlei Prof. Schweizer, in: Der Syndikus, 9. Ausg. (September/Oktober 1999), S. 38-40

Was bedeutet die pluralistische Wirklichkeit für das Recht?

Hintergrund

"Ein Jurist kann alles." Mit dieser Einstellung sind die heute führenden Juristen groß geworden. Als sie studiert haben, wurde an der Universität nicht gelehrt, daß der einzelne Jurist den pluralistischen Sachverhalt meist gar nicht hinreichend kennen kann. Auf diesem veralteten Stand urteilen und formulieren noch heute auch beste und mächtige Juristen. Entsprechend "schief" geraten dann Gerichtsentscheidungen und juristische "Statements" aller Art, auch die ZAW-Richtlinien. Dabei sind der BGH und das BVerwG zur Bedeutung der Pluralität der Wirklichkeit wohl weltweit am weitesten fortgeschritten. Es gilt nun, die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung gewonnenen Erkenntnisse umzusetzen, fortzubilden und das Rechts- und Sachverhaltsverständnis insgesamt auf eine neue Ebene zu heben.

Ein neues Urteil des OLG Hamburg als Musterbeispiel

Ein neues - noch nicht rechtskräftiges - Urteil des OLG Hamburg^[1] dokumentiert das anachronistische Rechts- und Sachverhaltsverständnis sowie den Modernisierungsbedarf im Wettbewerbs- und Presserecht.

Worüber wurde in Hamburg gestritten?

Eine Presse- und Werbeagentur hatte gegen den Verlag der Süddeutschen Zeitung wegen einer ganzseitigen Anzeige auf Unterlassung geklagt. Umstritten war, ob die Anzeige deutlich genug gekennzeichnet war. § 10 bzw. § 9 oder § 11 der Landespressegesetze sowie §§ 3 und 1 UWG verlangen eine deutliche Kennzeichnung^[2].

Fragen über Fragen zum Leitsatz

Die Redaktion der K&R formulierte a.a.O. als Leitsatz für diese Entscheidung des OLG Hamburg:

Mit dem Hinweis "Anzeige" und einer Unterstreichung über die gesamte Seite entsteht für den flüchtigen Durchschnittsleser der Gesamteindruck, daß es sich um eine redaktionell aufgemachte, entgeltliche Anzeigenwerbung und nicht um Schleichwerbung im redaktionellen Teil handelt.

Um die Modernisierungsprobleme zu offenbaren, braucht man zu diesem Leitsatz nur zu fragen: Wer ist der "Durchschnittsleser"? Angenommen, die Ehefrau des Richters hat einen anderen Eindruck als ihr juristischer Ehemann: Verkörpert nun die Ehefrau den "Durchschnittsleser" oder der Ehemann? Weiß der Ehemann besser Bescheid, weil er der Richter ist? Nebenbei: Warum wird nirgendwo formuliert:

"Durchschnittsleserin und Durchschnittsleser"? Sonst wird die "-in" doch auch nicht ausgelassen. Wird deshalb nur "Durchschnittsleser" formuliert, weil man ahnt, daß es dann ein Problem mit unterschiedlichen Eindrücken geben könnte? Was ist der Durchschnitt, wenn "die Durchschnittsleserin" diesen und "der Durchschnittsleser" den gegenteiligen Eindruck hat?

Daß hier etwas nicht stimmt, wird zusätzlich klar, wenn man die gesamte Urteilsbegründung auf den "Durchschnittsleser" hin durchliest. Im gleichen Sinne, wie auf den Durchschnittsleser, stellt das Urteil widersprüchlich genauso ab auf: "den Leser", "das angesprochene Publikum - abgesehen von einem nicht beachtlichen Rest -" und "den maßgeblichen Verbraucher".

Und woher weiß der Richter, wie der "flüchtige" Durchschnittsleser auffaßt? Wenn der Richter entscheidet, hat er das Blatt schon so etwas wie hundertmal studiert. Ist der Richter dennoch in der Lage, nach dem Eindruck zu entscheiden, den er bei erster Durchsicht gewonnen hat? Kann er überhaupt den flüchtigen Eindruck simulieren? Erinnert er sich an seinen ersten Blick? Hat der Richter damals wirklich nur flüchtig hingesehen? Und wie will der Richter auf den "flüchtigen Durchschnittsleser" rückschließen?

Dabei reicht nach den bekannten Beweisgrundsätzen nicht irgendeine Wahrscheinlichkeit aus. Im Hauptsacheverfahren ist nach deutschem Recht die zum Vollbeweis erforderliche Gewißheit gefragt.

Oder soll es in Wirklichkeit gar nicht auf den "Durchschnittsleser" ankommen? Soll rechtserheblich sein, was der **Richter** denkt, wie die Leserinnen und Leser auffassen? Eine solche Rechtsauslegung wagt heute aber niemand mehr.

Leitsatz unstimmig

Wie der Jurist im einzelnen über diese Themen auch denken mag, er wird auf jeden Fall erkennen müssen: Stimmig ist das Ganze nicht. Da es sich bei dem Urteil des OLG Hamburg um ein für die meisten Urteile typisches Beispiel handelt und sich die Schriftsätze bestenfalls genauso lesen wie das Urteil des OLG Hamburg, darf sich der Unternehmensjurist mit dem im Urteil dokumentierten Stand offenkundig nicht zufrieden geben.

ZAW-Richtlinien als modernisierungsbedürftiges Vorbild

Das OLG Hamburg legte dar: Die vom Zentralverband der Deutschen Werbewirtschaft (ZAW) im Jahre 1961 verabschiedeten und 1991 neu gefaßten Richtlinien für redaktionell gestaltete Anzeigen sind relevant. Die Ziffern 4 und 5 dieser Richtlinien sind gewahrt. Deshalb hat der beklagte Verlag nicht gegen § 1 UWG verstoßen.

Das Gericht übernahm bedenkenlos diese Ziffern 4 und 5 der Richtlinien. Das OLG Hamburg verhielt sich damit genauso wie die gesamte Rechtsprechung und das Schrifttum. Obwohl das Gericht auf die einzelnen Sätze dieser Ziffern in der Urteilsbegründung verhältnismäßig umfangreich einging, fiel dem Gericht offenbar nicht auf, daß sich diese Richtlinien mehrfach widersprechen. Der Grund auch hier:

Was die pluralistische Wirklichkeit für das Recht bedeutet, wird nicht ganz richtig gesehen. Das eine Mal wird so gedacht und formuliert, wie es dem Erkenntnisstand bis vor 40 oder 50 Jahren entspricht. So, wenn auf "den Durchschnittsleser" oder "den Leser" abgestellt wird. Das andere Mal wird aber doch - im gleichen Atemzug -

teilweise "modern", richtig formuliert. So, wenn nach der Auffassung eines wesentlichen Teils (der Leserinnen und Leser) gefragt wird.

Die Richtlinien im Wortlaut

Ziffer 4 dieser Richtlinien für redaktionell gestaltete Anzeigen formuliert:

Beurteilung der Gestaltung, Anordnung und Text einer Anzeige durch den flüchtigen Durchschnittsleser.

Die Frage, wann Anordnung, Gestaltung und Text einer Anzeige die Pflicht zu ihrer zusätzlichen Kennzeichnung begründet, beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalls. Maßgebend ist hierbei der Eindruck, den ein nicht völlig unbeachtlicher Teil der Leser, an die sich die Druckschrift richtet, bei ungezwungener Auffassung gewinnt. Ferner ist die Verwechslungsfähigkeit vom Standpunkt eines flüchtigen Lesers aus zu beurteilen. An die Aufmerksamkeit des Lesers, seine Erfahrung und Sachkunde ist ein Durchschnittsmaßstab anzulegen. Insgesamt ist daher der Gesamteindruck entscheidend, den die Anzeige bei ungezwungener Gesamtwürdigung durch den flüchtigen Durchschnittsleser macht. Dabei sind die Einzelelemente der Gestaltung, der Anordnung und des Textes der Anzeige zu berücksichtigen.

Ziffer 5 erklärt:

Beurteilung des Hinweises "Anzeige" durch den flüchtigen Durchschnittsleser.

Eine deutliche Kennzeichnung liegt dann vor, wenn der Hinweis "Anzeige" - gemessen an dem Gesamt-Erscheinungsbild der Anzeige - durch Platzierung, Schriftart, -grad und -stärke den Durchschnittsleser bereits bei flüchtiger Betrachtung auf den Anzeigencharakter der Veröffentlichung aufmerksam macht.

Ob im Einzelfall eine redaktionell gestaltete Anzeige, die nach den vorgenannten Grundsätzen der Kennzeichnungspflicht unterliegt, in ausreichender Weise durch die Hinzufügung des Wortes "Anzeige" bezeichnet ist, beurteilt sich nach der ungezwungenen Gesamtwürdigung eines flüchtigen Durchschnittslesers.

Widersprüche und Anachronismen

Inwiefern widersprechen sich diese Aussagen? Inwiefern sind diese Richtlinien anachronistisch? Das wichtigste Beispiel:

Einerseits stellen diese Ziffern 4 und 5 immer wieder auf den "Durchschnittsleser" ab. Andererseits erklärt Ziffer 4 ausdrücklich, maßgebend sei "der Eindruck, den ein nicht völlig unbeachtlicher Teil der Leser, an die sich die Druckschrift richtet, bei ungezwungener Auffassung gewinnt". Aber:

- "Durchschnittsleser" einerseits und
- "ein nicht völlig unbeachtlicher Teil der Leser" andererseits

sind zwei verschiedene Welten. Der Begriff "Durchschnittsleser" stammt aus einer Zeit, in welcher man nur grob in Leitbildern dachte und sich der Pluralität der

Auffassungen und den sich aus der Pluralität ergebenden Konsequenzen nicht wirklich bewußt war. Die Juristen gingen guten Gewissens davon aus, daß Sie wissen, wie "der Durchschnittsleser" auffaßt. Heute ist bekannt, daß und wie repräsentativ ermittelt werden kann, weiche Auffassungen es gibt, und wie sie sich verteilen. Heute kann (und muß) auf einen erheblichen Teil der Leser abgestellt werden^[3].

Der Jurist als Hellseher

Wer sich der soziologischen Problematik bewußt wird und die Ziffern 4 und 5 kritisch durchliest, dem wird es wie Schuppen von den Augen fallen.

Niemand auf dieser Welt ist so genial, daß er mit der zum Vollbeweis erforderlichen Gewißheit weiß, was er nach den Ziffern 4 und 5 wissen müßte: Wie fassen "die Leser" "ungezwungen" und "flüchtig" auf, wenn

- ein "Durchschnittsmaßstab" an "Erfahrung und Sachkunde angelegt" wird (wo doch jeder so seine ganz unterschiedlichen Erfahrungen hat, die Sachkunde der Leserinnen und Leser von der Sachkunde des Richters unter Umständen weit abweichen kann und "der Durchschnitt", was immer das ist, "weiß Gott wo" liegt),
- "der Eindruck, den ein nicht völlig unbeachtlicher Teil der Leser gewinnt, maßgebend" ist (wo doch in den umstrittenen Fällen ein Teil so auffaßt, der andere Teil gerade anders, und es diese Fälle nach den Richtlinien aber gar nicht gibt), und
- die "Gesamtwürdigung eines Durchschnittslesers" rechtserheblich sein soll? (Wo doch sogar selbst der eine Richter den Sachverhalt so, der andere Richter den Sachverhalt jedoch gerade anders sieht und von dieser Basis aus niemand wissen kann, wie der "Durchschnittsleser" insgesamt "würdigt".)

Das ist die Quadratur des Kreises. Diese Frage kann auch kein Hellseher beantworten - nicht einmal eine Juristin oder ein Jurist.

*RA Prof. Dr. Robert Schweizer,
Marktforscher BVM (am Verfahren nicht beteiligt)*

-
- [1] Urt. v. 25.03.1999 - 3 U 110/98; *Kommunikation & Recht* 1999, 328 ff.
- [2] Ausführlich zur Kennzeichnung und zur demoskopischen Überprüfung von Anzeigen: OLG München, Urt. v. 19.6.1997, AfP 1997, 431 ff. mit Anm. Schweizer
- [3] Eingehend zu allen Fragen um die Bedeutung der pluralistischen Wirklichkeit für das Recht: Schweizer, *Die Entdeckung der pluralistischen Wirklichkeit*, ". Aufl. 1998