

richtshofs auf den ersten Blick den Anschein hat. Die Ablehnung einer Vorlage an den Europäischen Gerichtshof gemäß Art. 234 Abs. 3 EGV war im Ergebnis zwar korrekt, da der EG-Vertrag im konkreten Fall mangels eines grenzüberschreitenden Sachverhalts keine Geltung beanspruchen konnte, doch hat der Bundesgerichtshof diesen Grund offenbar nicht erkannt. In Zukunft wird man jedenfalls damit rechnen müssen, daß auch der Europäische Gerichtshof Einfluß auf die Lösung dieses Interessenkonflikts haben wird. Schon heute dagegen verdienen die Grundrechte der EMRK verstärkte Beachtung auch vor dem Bundesgerichtshof. Es ist im Augenblick allerdings noch nicht absehbar, ob dies – ggf. nach einem Verfahren vor dem EGMR – zu einer Änderung der Rechtsprechung führen wird.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Der Bundesgerichtshof hat in der vorliegenden Entscheidung im Ergebnis zutreffend der für die Beklagten streitenden Pressefreiheit den Vorrang vor dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Klägers eingeräumt. Auch wenn sich dies im Ergebnis nicht ausgewirkt hat, so ist seiner neuerlichen Differenzierung nach der angeblichen Qualität der Publikation entschieden zu widersprechen. Sie ist zur Lösung des Interessenkonflikts nicht nur ungeeignet, sondern auch überflüssig. Der Konflikt zwischen Pressefreiheit und Allgemeinem Persönlichkeitsrecht

läßt sich anhand der übrigen, auch vom Gericht herangezogenen Kriterien, insbesondere des Grads der Beeinträchtigung des Betroffenen in seinem Persönlichkeitsrecht zufriedenstellend lösen. Im Hinblick auf die europarechtlichen Aspekte des Falls zeigt sich erneut, daß das Gericht dem Europarecht gegenüber entweder ausgeprägten Widerwillen hegt oder noch nicht genügend Sensibilität für dessen Relevanz entwickelt hat. Es liegt keineswegs auf der Hand, daß der Konflikt zwischen Pressefreiheit und Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der gleichen Weise wie nach deutschem Recht zu lösen ist, wenn man die Grundfreiheiten des EG-Vertrags und die Grundrechte der EMRK in die Betrachtung einbezieht.

Es steht zu hoffen, daß der in der Vergangenheit, wenngleich nicht im vorliegenden Urteil, auch durch die Gerichte unnötig moralisch aufgeladene Konflikt zwischen Presse und Prominenten etwas nüchterner beurteilt wird. Beide Parteien könnten übrigens zu einer gewissen Deeskalation durchaus beitragen: die einen durch zurückhaltendere Berichterstattung mit einem möglichst hohen Wahrheitsgehalt, die anderen dadurch, nicht jede noch so geringe angebliche Grenzüberschreitung vor den Kadi zu zerren. Nicht selten dient dies niemandem außer den beteiligten Anwälten. Einen leichteren Zugang deutscher Gerichte zum vermeintlich undurchsichtigen Europarecht würde man sich ebenfalls wünschen.

Anzeigenblätter und Lesezeitungen zwischen Wettbewerbsrecht und Pressefreiheit

Zugleich eine Besprechung der Entscheidung OLG Karlsruhe, AfP 1998, 235 – Kostenlose Sonntagszeitung

Rechtsanwalt Dr. Sascha Berst, Freiburg i. Br.

1. Einleitung

In Freiburg i. Br. erscheint seit etwas mehr als einem Jahr eine neuartige Zeitschrift. Lesezeitung und kostenloses Anzeigenblatt zugleich, verfügt sie über rund 36 Seiten, von denen über die Hälfte redaktionell gestaltet sind, und wird gleichwohl Woche für Woche jeweils sonntags unentgeltlich an die Haushalte verteilt. Wirtschaftlich ist das Unternehmen augenscheinlich erfolgreich, was nicht zuletzt mit dem erfreulich hohen redaktionellen Niveau und der ansprechenden Gestaltung des Blattes zu tun haben dürfte. Zwar ist eine zwischenzeitlich erfolgte Expansion nach Karlsruhe und Heilbronn wieder aufgegeben, dafür wurden Pläne bekannt, die Zeitung in Form eines Abendblattes nun an mehreren Tagen in der Woche zu vertreiben.

Das neuartige Konzept mußte den Versuch von Konkurrenten provozieren, die Sonntagszeitung wettbewerbsrechtlich zu bekämpfen und ihr Erscheinen zu verhindern, zumindest in ihrer oben beschriebenen Gestalt als Lesezeitung. Das OLG Karlsruhe hat einen entsprechenden Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung jedoch abgelehnt – im Ergebnis zu Recht.¹ Es stellte sich also einmal mehr das Problem der wettbewerbs- und letztlich verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der unentgeltlichen Abgabe von Zeitungen. Ein Problem, das von Rechtsprechung und Literatur bisher noch nicht einheitlich und überzeugend gelöst worden ist, obwohl es in den siebziger und Anfang der achtziger Jahre intensiv diskutiert wurde² und jetzt erneut erörtert

wird.³ Insbesondere die höchst schwierige Frage, ob Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG eine Institutsgarantie zugunsten der Presse enthalte und das Grundrecht in seiner objektiven Dimension in erster Linie Verleger entgeltlicher Presseerzeugnisse schützt, erscheint dabei noch nicht hinreichend geklärt und die Antwort hierauf für die wettbewerbsrechtliche Diskussion über die kostenlose Verteilung von Prozesserzeugnissen fruchtbar gemacht.

2. Die Entwicklung der Rechtsprechung

Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Zulässigkeit ausschließlich anzeigenfinanzierter Zeitschriften vollzog sich in drei Phasen und wird heute durch das Nebeneinander zweier höchst widersprüchlicher „Leading-cases“ bestimmt.

a. Wettbewerbsrechtliche Argumentation: Kostenlose Abgabe von Presseprodukten als Verschenken von Originalware

Die erste Entscheidung zu diesem Problemkreis ist in ihrer Argumentation noch im wesentlichen wettbewerbsrechtlich geprägt und knüpft an

sauer Anzeigenblätter und ihre Auswirkungen im Wettbewerb – Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Aussagen zur kostenlosen Verteilung von Anzeigenblättern mit redaktionellem Textteil, 1976; Schmitt-Glaeser, Anzeigenblatt und Pressefreiheit, NJW 1971, 2012; Assmann und Brinkmann, Die Gratisverteilung anzeigenfinanzierter Fachzeitschriften, NJW 1982, 312; Kull, Anmerkung zu der Entscheidung Stuttgarter Wochenblatt I, JZ 69, 796.

3. Köhler, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Fragen der Verteilung unentgeltlicher Zeitungen, WRP 1998, 455; Ahrens, „Kostenloser“ Vertrieb meinungsbildender Tagespresse, WRP 1999, 123; Teplitzky, Zur Frage der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit des (ständigen) Gratisvertriebes einer ausschließlich durch Anzeigen finanzierten Zeitung, GRUR 1999, 108; Gloy, Neuere Rechtsprechung zu unlauteren Vertriebsmethoden auf dem Pressemarkt, GRUR 1996, 585.

1. OLG Karlsruhe, AfP 1998, 235 – Kostenlose Sonntagszeitung. Der Rechtsstreit ist allerdings noch nicht abgeschlossen. Wie man Presseberichten entnehmen kann, ist das Hauptsacheverfahren eingeleitet.
2. Vgl. aus der reichhaltigen Literatur insbesondere: Kübler, Pressefreiheit als Entscheidungsfreiheit des Lesers in: Festschrift für Martin Löffler, 1980, S. 169 ff.; Pas-

die Fallgruppe des Verschenkens von Originalware an.⁴ Diese Vertriebsform gilt spätestens seit Erlass der Zugabeverordnung als wettbewerbswidrig, wobei die Begründung hierfür zweifelhaft ist und in der Rechtsprechung wechselte. Das Reichsgericht glaubte, das Verschenken von Originalware verstoße gegen die Grundsätze vernünftiger kaufmännischer Betriebsführung und beeinträchtige Allgemeininteressen.⁵ Diese seien durch die „Verschärfung des Wettbewerbskampfes und eine Entartung desselben“ gefährdet.⁶ Der BGH schloß sich dieser Argumentation zunächst an und befürchtete, das Verschenken von Originalware gefährde den Bestand des Wettbewerbs als solchen,⁷ distanziert sich von diesem Gedanken jedoch wieder, weil § 1 UWG nur die Aufgabe zukommt, unlauteren Mitteln des Wettbewerbs entgegenzuwirken und der bloße Erfolg einer Wettbewerbshandlung auch dann nicht unlauter ist, wenn er zur Verdrängung von Konkurrenten führt.⁸ Statt dessen untersuchte der BGH nun, ob das Verschenken der Originalware geeignet sei, den Leistungswettbewerb zu behindern. Insbesondere wenn Originalware massenhaft verschenkt werde, sei dies der Fall, weil der Verbraucher so durch Gewöhnung an ein Produkt von der Marktbeobachtung abgehalten wird.

Da Anzeigenblätter in aller Regel in großen Mengen abgegeben werden, hing die Zulässigkeit des unentgeltlichen Vertriebs dieser Zeitschriften damit in erster Linie davon ab, inwiefern diese mit der Originalware, also der „wirklichen“ Zeitung, zu vergleichen waren. Je mehr die nur anzeigenfinanzierte Zeitschrift einer entgeltlich vertriebenen Zeitung ähnelte, desto problematischer war ihr dauerhafter, kostenloser Vertrieb. Die Verteilung reiner Offertenblätter ohne redaktionellen Teil galt dagegen als wettbewerbsrechtlich unbedenklich.⁹ Je größer der redaktionelle Teil jedoch wurde, desto größer schien die Gefahr, das Anzeigenblatt könne die Tageszeitung aus der Sicht des Lesers und damit auch des Inserenten ersetzen. Sobald sich aus dem Vertrieb eines redaktionell gestalteten Anzeigenblattes eine „ernste Gefährdung“ des Bestands der übrigen Tageszeitung ergeben würde, galt dieser nach § 1 UWG als unzulässig: Ein Verbot drohte dem Anzeigenblatt also insbesondere dann, wenn es wie eine Tageszeitung informativ war und viel gelesen wurde.

Und die Pressefreiheit? Sie spielt in den ersten Entscheidungen zum kostenlosen Vertrieb von Anzeigenblättern noch eine sehr untergeordnete Rolle, wird jedoch bereits hier als ein Argument zugunsten der entgeltlichen Presse ins Feld geführt.

b. Verfassungsrechtliche Argumentation: Art. 5 GG als Institutsgarantie der entgeltlichen Presse

Mit der Entscheidung „Stuttgarter Wochenblatt I“ hat die Rechtsprechung die überwiegend wettbewerbsrechtliche Argumentation verlassen und auch die verfassungsrechtliche Problematik, die hinter dem Vertrieb der kostenlosen Anzeigenblätter steht, näher thematisiert.¹⁰ Dies ist zunächst nichts anderes als die richtige und konsequente Anwendung der durch das Lüth-Urteil des Bundesverfassungsgerichts etablierten Lehre von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte,¹¹ die in ihrer objektiv-rechtlichen Dimension gerade bei der Auslegung der privatrechtlichen Generalklauseln durch den Zivilrichter zu beachten sind, auch bei der Auslegung der §§ 1 und 3 UWG.¹²

Folgende Erwägungen haben die Rechtsprechung bestimmt: Der Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG umfasse auch den Vertrieb von kostenlosen Zeitungen, also von Anzeigenblät-

tern mit redaktionellem Teil, und zwar gleichgültig, ob dieser mehr oder minder meinungsbildend ist oder sich der Verleger „bevorzugt von einem Gewinnstreben leiten läßt“.¹³ Jedes grundsätzliche Versagen dieses Schutzes liefe auf eine inhaltliche Zensur heraus. Dieser verfassungsrechtliche Aspekt könne jedoch – so der BGH weiter – bei der Entscheidung des wettbewerbsrechtlichen Streits nicht einseitig zugunsten des Anzeigenblattes bewertet werden; vielmehr garantierte Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG daneben den Bestand der Presse als Institution. Wegen ihrer überragenden Bedeutung in der Demokratie bedürfe diese auch im Wettbewerbsrecht eines besonderen Schutzes.¹⁴

Der objektiv-rechtliche Schutz der Presse als Institution kam nach Auffassung der Zivilgerichte nun allein der Presse in ihrer traditionellen Gestalt zu. Dies ging soweit, allein anzeigenfinanzierten Zeitschriften die Berufung auf Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG als Institutsgarantie ausdrücklich zu versagen, wenn diese wiederum in wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten den Vertrieb anderer Zeitschriften beanstandeten.¹⁵ Das Interesse der Allgemeinheit am Bestand der Anzeigenblätter sei – so die Auffassung der Zivilgerichte – deutlich geringer als am Bestand der entgeltlichen Tagespresse.

Trotz dieser dogmatischen Umorientierung blieben jedoch die inhaltlichen Kriterien zur Bestimmung der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit der redaktionell gestalteten Anzeigenblätter nach wie vor dieselben. Es war also ausschlaggebend, ob das Anzeigenblatt wegen eines mehr oder minder umfangreichen redaktionellen Teils und der Häufigkeit seines Erscheinens vom Publikum als Ersatz für eine Tageszeitung angesehen werden könne oder nicht. Im Urteil „Stuttgarter Wochenbericht II“ wurde der Vertrieb der dort angegriffenen Gratiszeitschrift daher hingenommen, weil ihr redaktioneller Teil eher unbedeutend und ihr Erscheinen auf einen wöchentlichen Turnus begrenzt war.¹⁶ Das Gericht erwartete nicht, der Stuttgarter Wochenbericht könne vom Leser als Ersatz einer Tageszeitung angesehen werden.

Deutlichere Auswirkungen hatte die Rechtsprechung des BGH freilich auf dem Gebiet der Fachzeitschriften, weil diese, anders als das Anzeigenblatt, nach Auffassung der Zivilgerichte geeignet waren, andere Fachzeitschriften desselben Sujets zu ersetzen. Sie sind von vornherein als Lesezeitungen konzipiert. Ihr Vertrieb galt daher ab dem Jahr 1977 als grundsätzlich unzulässig.¹⁷ Etwas anderes ergab sich nur, wenn im Einzelfall besondere Gründe für die kostenlose Abgabe der Fachzeitschrift sprachen.

c. Widersprüchliche Urteile: „Bäckerfachzeitschrift“ vs. „Stumme Verkäufer“

Diese ausgesprochen restriktive Haltung wurde im Jahre 1982 durch das Urteil „Bäckerfachzeitschrift“¹⁸ ausdrücklich aufgegeben, ohne daß dies von seiten des Gerichtes eine eingehende Begründung erfahren hätte. Der BGH hält in dieser Entscheidung jedenfalls an der grundsätzlichen Unzulässigkeit der kostenlosen Verteilung von (Lese-)Fachzeitschriften nicht fest und überantwortet die Fragen nach deren Rechtmäßigkeit einer umfassenden Prüfung aller den Einzelfall bildenden Umstände.¹⁹ Daß die gratis verteilte Bäckerfachzeitschrift einen umfangreichen redaktionellen Teil aufwies und daher inhaltlich geeignet war, eine nur gegen Entgelt abzugebende Fachzeitschrift zu ersetzen, nahm das Gericht dabei ohne weiteres hin, erschien ihm der Wettbewerb um den Leser durch ansprechende redaktionelle Aufmachung doch völlig selbstverständlich. Dieses Kriterium war also für sich alleine nicht geeignet, um die wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit des ko-

4. Vgl. insbesondere BGHZ 19, 392 – Freiburger Wochenbericht.
5. RGZ 160, 385 – Lockenwickler.
6. RG GRUR 1936, 812 – Diamantine.
7. BGHZ 23, 365 – Suwa.
8. BGHZ 43, 278 – Kleenex.
9. BGHZ 19, 392 – Freiburger Wochenbericht.
10. BGHZ 51, 236 ff. – Stuttgarter Wochenblatt I.
11. BVerfGE 7, 198 – Lüth.
12. Zuletzt: OLG Düsseldorf, NJW-RR 1999, 770 – FDP-Zahlen, KG NJW 1999, 1968 – Kellnerinnen.

13. BGHZ 51, 236 (247) – Stuttgarter Wochenblatt I.
14. BGH a. a. O., S. 248.
15. BGH NJW 1985, 1625 – Bliestal-Spiegel; BGHZ 116, 47 = AfP 1992, 65 – Amtsanzeiger.
16. BGH NJW 71, 2025 – Stuttgarter Wochenblatt II.
17. BGH NJW 77, 1060 – Feld und Wald II.
18. BGH NJW 1982, 334 – Bäckerfachzeitschrift.
19. BGH a. a. O.; sehr kritisch: Assman und Brinkmann, die Gratisverteilung anzeigenfinanzierter Fachzeitschriften, NJW 1982, 312.

stenlosen Vertriebs dieser Presseerzeugnisse zu begründen. Hierzu bedurfte es vielmehr weiterer Umstände, die der BGH ausdrücklich benennt. Der Konkurrent hatte nun auch hier darzutun, die kostenlose Verteilung der Zeitschrift stellte eine „konkret ernste“ Gefahr für den Bestand des Wettbewerbs der Zeitschriften dar, wenn nicht andere wettbewerbswidrige Maßnahmen hinzutraten, die ohnehin einen Unterlassungsanspruch begründet hätten.

14 Jahre später ergeht dann eine Entscheidung, die mit den im Urteil „Bäckerfachzeitschrift“ entwickelten Grundsätzen nicht zu vereinbaren ist, „Stumme Verkäufer“.²⁰ Hierin will der BGH das Angebot von Sonntagszeitungen in ungesicherten Verkaufshilfen, eben sogenannten stummen Verkäufern, nicht akzeptieren, weil dies bei einer vom Verleger durchaus gebilligten Diebstahlsquote von 60 Prozent de facto einem unentgeltlichen und massenweisen Vertrieb der Zeitung gleichzusetzen wäre. Diesen hält der BGH wieder für grundsätzlich unzulässig, ohne darauf einzugehen, daß er diese Haltung im Jahre 1982 selbst ausdrücklich verworfen hatte²¹ – ein für die Einheitlichkeit und Vorhersehbarkeit der Rechtsprechung höchst mißlicher Zustand. Auch in der Entscheidung „Stumme Verkäufer“ klingen verfassungsrechtliche Überlegungen an, auch hier geht der BGH davon aus, Art. 5 GG schütze die Verleger entgeltlicher Presseerzeugnisse vor unentgeltlicher Konkurrenz.

d. Die Entscheidung „Kostenlose Sonntagszeitung“

Es stellten sich dem Karlsruher OLG bei seiner Entscheidung zur kostenlosen Sonntagszeitung²² also gleich zwei interessante wettbewerbsrechtliche Fragen:

Zum einen ging es darum, den oben beschriebenen Gegensatz zweier BGH-Urteile aufzulösen, zum anderen sah sich das OLG erstmals mit einem Anzeigenblatt konfrontiert, welches in seiner redaktionellen Gestaltung so reichhaltig ist, daß es mit einer Lesezeitung verglichen werden muß, gleichzeitig jedoch über den Leserkreis der Fachzeitschriften hinausgeht. Sollten hier – wie in der Literatur oftmals angenommen – strengere oder andere Maßstäbe anzulegen sein als an den Vertrieb von Fachzeitschriften?²³ Diese Auffassung teilt das OLG nicht; sie läßt sich inhaltlich auch nicht rechtfertigen. Es prüft die Zulässigkeit des kostenlosen Vertriebs der Sonntagszeitung daher genau anhand der Kriterien, die der BGH im Urteil „Bäckerfachzeitschrift“ vorgegeben hatte und geht also insbesondere der Frage nach, ob durch den Vertrieb der kostenlosen Sonntagszeitung eine konkrete Gefahr für die Konkurrenz entstehen würde. Dies konnte dann zumindest im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht nachgewiesen werden.

Die vom BGH im Urteil „Stumme Verkäufer“ angedeutete Haltung grundsätzlicher Unzulässigkeit der kostenlosen Aufgabe von Zeitschriften verwirft das Oberlandesgericht. Es glaubt hier ein Versehen des BGH feststellen zu können, was ihm herbe Kritik eingebracht hat,²⁴ jedoch zutreffend sein dürfte, zumindest insoweit, als der BGH dort das Regel-Ausnahme-Verhältnis der Zulässigkeit des Vertriebs kostenloser Zeitschriften wieder umkehrt. Die Bedeutung jenes Urteils dürfte sich wohl darin erschöpfen, eine bestimmte, im Ergebnis unentgeltliche Vertriebsform für im übrigen entgeltlich abzugebende Zeitschriften zu untersagen. Widersprüche bleiben jedoch, dies ist zuzugeben.

Die verfassungsrechtliche Problematik der Konkurrenz von entgeltlichen und unentgeltlichen Presseerzeugnissen hat das OLG Karlsruhe wiederum problematisiert. Dabei betonte es, der Einwand der Antragstellerin, im Falle einer Nachahmung des Vertriebes einer aus dem Anzeigengeschäft finanzierten, für den Leser jedoch kostenlosen Zeitung werde das Institut der Presse gefährdet, sei besonders bedeutsam.²⁵ Auch diese Gefährdung sah es jedoch letztlich als nicht bewiesen an.

3. Wettbewerbsrechtliche Kritik

Die oben dargestellten Entscheidungen sind in der wettbewerbsrechtlichen Literatur nicht ohne Kritik geblieben. Neben den Stimmen, die der Rechtsprechung des BGH Konturenlosigkeit und mangelnde Vorhersehbarkeit vorwerfen oder einen zu großzügigen Umgang mit kostenlosen Zeitschriften beklagen,²⁶ ist es vor allen Dingen der Vergleich der Gratisverteilung von Presseerzeugnissen mit dem Vertrieb kostenloser Originalware, der auf Widerspruch stößt. Wohl nicht ganz zu Unrecht, unterstellt dieser Ansatz doch, in der Abgabe der Zeitung an den Leser liege die maßgebliche gewerbliche Leistung des Verlegers, die zwingend entgeltlich erfolgen müsse.²⁷ Dies mag zwar durchaus dem traditionellen Bild der Branche und ihren Ursprüngen entsprechen, ist jedoch namentlich von *Emmerich* und *Köhler* mit guten Gründen in Zweifel gezogen worden.²⁸ Das eigentliche Geschäft der Presse liegt – wie jedermann bekannt ist – im Anzeigenmarkt. Schon 1982 wurden 66 Prozent der Umsätze allein über die Werbung erwirtschaftet, mittlererweile dürfte diese Zahl gestiegen sein.²⁹ Die entgeltliche Zeitung selbst finanziert sich also weitgehend über Inserate und kann daher wesentlich günstiger verkauft werden, als wenn sie keine Werbung enthielte.³⁰ Damit kann man durchaus die Auffassung vertreten, die bestimmende gewerbliche und damit entgeltliche Leistung auch der traditionellen Presse bestehe darin, den Inserenten Flächen für ihre Werbung zur Verfügung zu stellen. Gerade diese Leistung wird aber auch von den kostenlosen Anzeigenblättern nicht verschenkt, sondern muß von den Werbekunden natürlich bezahlt werden. So gesehen sind das Anzeigenblatt und die kostenlose Fachzeitschrift nichts anderes als neue Vertriebsformen für Werbeträger, die nicht schon deswegen als unlauter anzusehen sind, weil sie dem althergebrachten Bild dieser Branche widersprechen.³¹ Dem Grunde nach ist dieser Gedanke auch der Rechtsprechung nicht fremd, hat sie doch umgekehrt den kostenlosen Abdruck von privaten Kleinanzeigen durch Anzeigenblätter für wettbewerbswidrig erklärt.³²

Allerdings wird man sich – entgegen dieser Auffassung – der Feststellung, daß das redaktionell gestaltete Anzeigenblatt, die Fachzeitschrift und die entgeltliche Lesezeitung zumindest auch um den Leser konkurrieren, nicht verschließen können. Insoweit besteht hier zumindest ein mittelbares Wettbewerbsverhältnis. Es geht hier zwar nicht um den Leser als zahlenden Käufer der Zeitung, es geht aber um das Lesen selbst, denn nur die Zeitschrift, die vom Publikum aufmerksam wahrgenommen wird, ist gleichzeitig eine für Gewerbetreibende interessante Werbefläche.³³ Ein solches Wettbewerbsverhältnis war jedoch schon seit jeher geeignet, um die Grundvoraussetzungen der §§ 1 und 3 UWG zu erfüllen.³⁴

20. BGH WRP 1996, 889; hierzu vor allem *Gloy*, Neuere Rechtsprechung zu unlauteren Vertriebsmethoden auf dem Pressemarkt, GRUR 1996, 585; *Teplitzky*, Zur Frage der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit des (ständigen) Gratisvertriebs einer ausschließlich durch Anzeigen finanzierten Zeitung, GRUR 1999, 108; *Ahrens*, „Kostenloser“ Vertrieb meinungsbildender Tagespresse, WRP 1999, 123. Alle Autoren halten die Entscheidung „Stumme Verkäufer“ für die die wettbewerbsrechtliche Problematik bestimmende. Den Widerspruch zur Entscheidung „Bäckerfachzeitschrift“ lösen sie nicht auf.

21. BGH NJW 1982, 335 – Bäckerfachzeitschrift.

22. OLG Karlsruhe, AfP 1998, 235 – Kostenlose Sonntagszeitung.

23. Vgl. *Baumbach-Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 19. Auflage 1996, § 1 UWG Rd.-Nr. 862 u. 865; Handbuch des Wettbewerbsrechts – *Jacobs*, 1986, § 49 Rd.-Nr. 103 ff.

24. *Teplitzky*, Zur Frage der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit des (ständigen) Gratisvertriebs einer ausschließlich durch Anzeigen finanzierten Zeitung, GRUR 1999, 108; *Ahrens*, „Kostenloser“ Vertrieb meinungsbildender Tagespresse, WRP 1999, 123.

25. OLG Karlsruhe, NJW-RR 1998, 912 – Kostenlose Sonntagszeitung.

26. *Assmann* und *Brinkmann*, Die Gratisverteilung anzeigenfinanzierter Fachzeitschriften, NJW 1982, 314.

27. *Köhler*, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Fragen der Verteilung unentgeltlicher Zeitungen, WRP 1998, Seite 455 m. w. N.

28. *Emmerich*, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 5. Auflage 1998, 299; *Köhler* a. a. O.

29. *Köhler* a. a. O.

30. OLG Karlsruhe, AfP 1996, 273.

31. *Emmerich*, a. a. O.

32. So jedenfalls OLG Düsseldorf WRP 75, 454; anders dagegen BGH GRUR 90, 44 – Annoncennis, sofern die Kleinanzeige in einem entgeltlich vertriebenen Anzeigenblatt erscheint.

33. So bereits BGHZ 19, 392 – Freiburger Wochenbericht.

34. *Baumbach/Hefermehl*, 19. Aufl. 1996, Einleit. UWG, Rd.-Nr. 215 ff.

Auch kann man – entgegen Köhlers Ansicht³⁵ – nicht leugnen, daß es sich bei Zeitschriften oder bei Informationen durchaus um Güter handelt, die jedenfalls derzeit noch weitestgehend entgeltlich vertrieben werden. Die eigentliche Besonderheit ihres Vertriebs ist nicht wettbewerbsrechtlicher Natur, sondern besteht in ihrem besonderen grundrechtlichen Schutz.

4. Verfassungsrechtliche Kritik

Vor allem erstaunt, mit welcher Leichtigkeit angenommen wird, Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG enthalte eine Institutsgarantie, die ausschließlich der Presse in ihrer traditionellen Form zugute komme – wird doch so aus dem Grundrecht die für die kostenlosen Zeitschriften maßgeblichste Bedrohung.

a. Zur Institutsgarantie der Presse

Richtig ist allerdings, daß sich die Zivilgerichte in ihrem Ansatz, Art. 5 GG enthalte eine Institutsgarantie zugunsten der Presse, auf die ältere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts berufen können.³⁶ Das Bundesverfassungsgericht hat dies jedoch nie in dem Sinne der bekannten Lehre von den institutionellen Garantien der Grundrechte getan, sondern ist – wie *Roman Herzog* treffend feststellt – nur scheinbar diesen Weg gegangen.³⁷

Grundrechte als institutionelle Garantien gewährleisten bestimmte Elemente der Rechtsordnung, etwa das Eigentum, das Erbrecht, die Ehe, das Privatschulwesen oder auch das Berufsbeamtentum.³⁸ Sie sind entweder privatrechtliche Institute oder öffentlich-rechtliche Institutionen und damit überhaupt nur im Recht oder durch das Recht denkbar.³⁹

Dies ist bei der Pressefreiheit nicht so. Sie besteht nach der klassischen Vorstellung des bürgerlichen Rechtsstreits vor dem Staat und erhält ihren Inhalt nicht aus irgendwelchen Gesetzen und nicht nach Maßgabe von Gesetzen,⁴⁰ sondern ist ein dem Staat vorgelagerter, gesellschaftlicher Befund.⁴¹ Dieser gesellschaftliche Befund wird durch das Grundrecht geschützt – das Grundrecht ist Abwehrrecht des Bürgers gegen den Staat – benötigt jedoch keine sie erst begründende Rechtsordnung. Daher wird in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Pressefreiheit der Begriff der Institutsgarantie wieder vermieden und statt dessen der neutrale Ausdruck der „Institutionellen Eigenständigkeit“ gebraucht.⁴² Dies ist jedoch etwas grundsätzlich anderes.

Von einem Institut der Pressefreiheit zu sprechen, ist jedenfalls ebensowenig sinnvoll wie von einem Institut oder einer Institution der Freiheit überhaupt.

b. Die objektiven Elemente der Pressefreiheit und deren Schutzbestand

Mit dieser Feststellung ist jedoch für die Lösung des Konfliktes von entgeltlichen und unentgeltlichen Zeitschriften noch nichts gewonnen, wird man doch mit der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur annehmen müssen, Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG enthalte durchaus auch objektiv-rechtliche Elemente, die von den Zivilgerichten bei der Entscheidung des Wettbewerbsstreits zu beachten sind.⁴³ Danach hat der Staat nicht nur die dem Abwehrrecht entsprechende Pflicht, alles zu unterlassen, was die Pressefreiheit beeinträchtigt, sondern darüber

hinaus den Auftrag, seine Rechtsordnung dem Postulat der Pressefreiheit gemäß zu gestalten, wo diese die Presse berührt. Hieraus kann sich dann beispielsweise auch ein Mandat des Staates ergeben, die Gefahren abzuwehren, die aus der Bildung von Meinungsmonopolen erwachsen.⁴⁴

Die Kernfrage lautet daher, ob die objektiven Elemente des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nur oder doch zumindest vorwiegend die entgeltliche Presse, also die Presse in ihrer traditionellen Form, schützen oder ob dieser Schutz nicht jeglichem Presseerzeugnis zukommen muß, egal welcher Vertriebsform es sich bedient. Von vornherein unzulässig wäre es, hier auf die vermeintlich höhere Qualität oder größere Unabhängigkeit der entgeltlichen Presse zu verweisen. Zeitschriften genießen den Schutz des Art. 5 GG nicht, wenn und soweit sie qualitativ hochwertig oder meinungsbildend sind. Sie genießen diesen Schutz schlechthin, weil sie nur hierdurch meinungsbildend sein können.⁴⁵ Jede andere Auffassung würde im Ergebnis zu einer staatlichen Bevormundung der Presse hinauslaufen, zu einer Inhaltsbewertung durch den Richter, die dem Bild der staatsfreien Presse widerspricht. Im übrigen steht weder fest, daß kostenlose Zeitschriften von minderer Qualität wären – für Freiburg gilt das Gegenteil, und gerade das macht den Erfolg – noch daß sich Verleger von entgeltlich vertriebenen Zeitschriften in ihrer Tätigkeit nicht oder nicht ausschließlich von Gewinnstreben leiten ließen, wie insbesondere die ältere BGH-Rechtsprechung unterstellt.⁴⁶

Für die Auffassung der Zivilgerichte streiten im Grunde nur zwei Argumente. Das eine wird im Wege der historischen, das zweite im Wege der teleologischen Auslegung des Art. 5 GG gewonnen:

Bei der historischen Auslegung wird zur Konkretisierung des ohnehin textlich offenen Grundrechtsartikels auf die Vorstellungen des historischen Gesetzgebers zurückgegriffen.⁴⁷ Dabei ist das „vorrechtliche Leitbild“ des Grundrechts oder einer im Text erwähnten Einrichtung ein wichtiger Anhaltspunkt für das Verständnis der Norm.⁴⁸ Dieses vorrechtliche Leitbild streitet hier für die Presse in ihrer entgeltlichen Form, denn das Phänomen der anzeigenfinanzierten Zeitschriften war dem Gesetzgeber des Grundgesetzes noch unbekannt. Es ist dies ein Kind der siebziger und achtziger Jahre. Daneben hat – dies das teleologische Argument – vor allem *Kübler* die Auffassung vertreten, die Pressefreiheit sei auch als Entscheidungsfreiheit des Lesers zu verstehen. Die dem Leser grundsätzlich eröffnete Möglichkeit, über den Bezug eines Blattes zu entscheiden, sei von Art. 5 GG mit verbürgt. Spiegelbildlich hierzu genieße dann der Wettbewerb im Vertrieb und die Abhängigkeit der Presse von einer Kaufentscheidung besonderen, gegenüber dem Anzeigenblatt privilegierten Schutz.⁴⁹

Beide Überlegungen sind jedoch bei näherer Betrachtung nicht überzeugend. *Kübler* ist schlicht zu entgegnen, daß auch das Anzeigenblatt die Entscheidungsfreiheit des Lesers nicht beeinträchtigt. Ob er es liest oder nicht liest, bleibt ihm überlassen. Seine Entscheidungsfreiheit manifestiert sich darin, das Anzeigenblatt gelesen oder ungelesen zu entsorgen. Die historische Auslegung dagegen greift zu kurz: Die neue Ausdrucksform eines Grundrechts ist nicht deswegen weniger geschützt, weil sie dem Gesetzgeber selbst noch unbekannt war. Dies widerspricht ihrem freiheitlichen Zweck, denn Freiheit ist nicht statisch.

Gegenüber beiden Argumenten ist jedoch vor allen Dingen eines zu betonen: Der herausragende Sinn der Pressefreiheit besteht darin, die Vielzahl der im Kampf um die Meinung vertretenen Auffassungen zu erhalten. Nur hierdurch ist der Bürger in der Lage, sich selbst eine qua-

35. Köhler, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Fragen der Verteilung unentgeltlicher Zeitungen, WRP 1998, 455.

36. BVerfGE 20, 162, 175 – Spiegel.

37. Maunz/Dürig/Herzog, Grundgesetz, 1993, Artikel 5 Rd.-Nr. 11 und 14 a.

38. Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 29. Auflage 1994, § 18 II.

39. Grundlegend: C. Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze, 2. Auflage 1973, S. 140 ff.

40. C. Schmitt, Verfassungslehre, unveränderter Nachdruck der 1928 erschienenen ersten Auflage, 1954, S. 63.

41. Pjeroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 12. Auflage 1996, § 4 V.

42. BVerfGE 66, 120, 133 = AfP 1984, 94 – Bild – Wallraff, siehe auch: Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 449 zur Rundfunkfreiheit.

43. Jarass/Pjeroth, Grundgesetz, 4. Auflage 1997, Artikel 5 Rd.-Nr. 18; Leibholz/Rinck/Hasselberger, Grundgesetz, August 1996, Artikel 5 Rd.-Nr. 176.

44. Leibholz/Rinck/Hasselberger a. a. O.

45. BVerfGE 66, 116, 134 = AfP 1984, 94 – Bild – Wallraff; Köhler a. a. O., Seite 462; Bullinger, in: Isensee/Kirchhoff, Handbuch des Staatsrechts, Band 6, § 142 Rd.-Nr. 43.

46. BGHZ 51, 236, 247 – Stuttgarter Wochenblatt I.

47. Grundlegend zum Methodenstreit im Rahmen der Auslegung der Verfassung: Böckenförde, Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik, NJW 1976, 2089 ff.

48. Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 29. Auflage 94, § 7 I.

49. Kübler, Pressefreiheit als Entscheidungsfreiheit des Lesers, Festschrift für Martin Löffler, 1980, S. 169 ff.

lifiziert, durch Argumente bereicherte Meinung zu bilden. Dies läßt sich wohl allen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 5 GG entnehmen.⁵⁰ Seit geraumer Zeit beklagt man nun eine zunehmende Konzentration von Presseunternehmen und eine zunehmende Konformität der Tages- und Regionalpresse – gerade hier haben sich längst örtliche Monopole gebildet.⁵¹ Angesichts der wirtschaftlichen Schwierigkeit kleiner Verlage, etablierten Lokalzeitungen entgeltliche Pressezertifikate als Konkurrenz entgegenzusetzen, ist hier das Anzeigenblatt mit redaktionellem Teil in Wirklichkeit die einzige Alternative, um die Meinungsvielfalt in diesem Sektor der Presselandschaft zu erhalten. Verbietet man ausgerechnet diese Alternative, beeinträchtigt man die vom Grundrecht gewollte Vielfalt.⁵² Eine Privilegierung der entgeltlichen Presse ist bei der verfassungsorientierten Auslegung des § 1 UWG als allgemeinem Gesetz daher nicht nur nicht geboten, sondern umgekehrt sogar unzulässig.

50. Vgl. nur: BVerfGE 20, 162 – Spiegel; BVerfGE 52, 283 = AfP 1980, 33 – BetrVG; BVerfGE 80, 124 = AfP 1989, 658 – Postzeitungsdienst; BVerfGE 66, 116 = AfP 1984, 94 – Bild – Wallraff.
51. So bereits *Kübler und Simitis*, *Presse und Wettbewerb*, JZ 1969, 447; vgl. hierzu auch die weiteren Nachweise bei *Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Auflage 1995, S. 170, und *Bullinger* a. a. O. § 142 Rd.-Nr. 46.
52. Ebenso *Köhler*, *Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Fragen der Verteilung unentgeltlicher Zeitungen*, WRP 1999, 455, 460.

5. Fazit

Die Lösungen, die die Rechtsprechung für den Konflikt entgeltlicher und unentgeltlicher Zeitschriften erarbeitet hat, können also letztlich nicht überzeugen. Im Lichte des Art. 5 GG betrachtet kann der kostenlose Vertrieb eines Anzeigenblattes grundsätzlich nicht unzulässig sein, auch dann nicht, wenn von ihm eine ernsthafte Gefahr für entgeltliche Zeitschriften ausgeht. Es wird gerade diese Konkurrenzsituation sein, die den Wettbewerb um den Leser beflügelt und damit zumindest auch die qualitativ hochwertige, kritische und informative Zeitschrift erzeugt, die für die Meinungsbildung in einer Demokratie unerlässlich ist.

Letztlich darf man eines nicht vergessen: Zur Freiheit, die die Grundrechte gewähren, gehört das Vertrauen, daß sich die Freiheit bewähren wird. Nur hierdurch wird die Vielfalt erreicht, die der freiheitliche Staat um seiner selbst willen benötigt. Muß man wirklich noch einmal zitieren? Der freiheitliche Staat lebt von Voraussetzungen, die er nicht garantieren kann, und er ist nur dann wirklich freiheitlich, wenn er es auch nicht mit den Mitteln des Zwangs und des autoritativen Gebotes versucht.⁵³ Welche Zeitschrift am Markt überlebt, entscheidet der Leser. Dies ist zu respektieren.

53. *Böckenförde*, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in: *Recht, Staat, Freiheit* 1991, S. 112.

Meinungsfreiheit, Kunstfreiheit und neue Medien

Zwischen interessengerechter Auflösung von Rechtsgutkollisionen und „Zensur“*

Wiss. Assistent Rufus Pichler, Münster** (z. Zt. Stanford, USA)

I. Einführung

Die „Netzgemeinde“ – so man denn die Gruppe der Unbeugsamen so bezeichnen möchte, die selbst in den Zeiten noch an ursprüngliche Werte des Internet¹ und den „free and unrestricted flow of information“ glaubt, in denen die bevorstehenden goldenen Zeiten des electronic commerce den Blickwinkel der Masse auf ein einziges anderes Ziel zu fokussieren scheinen² – reagiert allergisch auf jegliche Form vermutterter „Zensur“. Der Begriff Zensur wird hier freilich nicht im techni-

schon Sinne des Art. 5 Abs. 1 Satz 3 GG verwandt. Während dort allein die Vorzensur, also ein inhaltliches Kontrollverfahren, vor dessen Abschluß keine Veröffentlichung stattfinden darf, gemeint ist,³ beziehen sich die hier zu behandelnden Bedenken vor allem auf eine Nachzensur, also jede nachträgliche Behinderung oder Beschränkung der Verbreitung von Inhalten. Diese ist grundrechtlich an den Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG bzw. den immanenten Schranken zu messen.⁵

Die Reaktionen auf die zu Beginn der Compuserve Ermittlungen⁶ erfolgte zeitweilige Sperrung von Newsgroup durch Compuserve, Inc. bilden ein hinlänglich bekanntes,⁷ die auf die Verurteilung wegen des Setzens eines Hyperlinks⁸ auf – nach Ansicht der LG Hamburgs persön-

* Erweitertes Manuskript zum Vortrag des Verfassers beim Drei-Länder-Treffen der DGRI e. V. am 16. und 17. April 1999 im Zentrum für Kunst und Medientechnologie (ZKM) Karlsruhe.

** Wissenschaftlicher Assistent am Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht – zivilrechtliche Abteilung, Münster.

1. Zu Begriff und bildhafter Beschreibung vgl. insbes. Castells, *The Rise of the Network Society*, 1996; *Rheingold*, *The Virtual Community*, 1994, 38 ff.
2. Vor allem die freie, unreglementierte und unkontrollierte Informationsverbreitung (vgl. *Hoeren*, NJW 1995, 3295, 3298), die allenfalls durch Selbstregulierungsmechanismen eingeschränkt wird; vgl. die guten Beschreibungen bei *Dunne*, 35 *Jurimetrics* J. 1, 8 (1994); *Gibbons*, 6 *Cornell J. L. & Pub. Pol'y* 475, 477 f. (1997) und *Reidenberg*, 45 *Emory L. J.* 911, 919 f. (1996); aus der deutschen juristischen Literatur, z. B. *Mayer*, NJW 96, 1782, 1790; *Engel*, AfP 96, 220, 223; speziell zur Netiquette: *Hoeren*, WRP 1997, 993 ff.; *ders.*, in: *Becker* (Hrsg.), *Rechtsprobleme internationaler Datennetze*, 1996, S. 35 ff. und umfassend zuletzt *Jung*, GRUR Int. 1998, 841, 842 ff.; *ders.*, in: *Immenhauser/Wichtermann* (Hrsg.), *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 1998. *Vernetzte Welt – globales Recht*, 1999, S. 153 ff.
3. Vgl. z. B. *Clinton/Gore*, *A Framework for Global Electronic Commerce* v. 1. 7. 1997 (www.ecommerce.gov/framework.htm); US Government Working Group on Electronic Commerce, *Annual Report* (1st), 1998; Mitteilung der Kommission „Europäische Initiative für den elektronischen Geschäftsverkehr“, KOM (1997) 157 endg. v. 16. 4. 1997; zuletzt Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt, KOM (1998) 586 endg. v. 18. 11. 1998, Abl. C 30 v. 5. 2. 1999, S. 4 ff. (vgl. a. den geänderten Vorschlag KOM (1999) 427 endg. v. 17. 8. 99); der Grund für die bisweilen recht einseitig anmutende Fokussierung auf electronic commerce läßt sich

der Presseerklärung Mario Montis zum letztgenannten Richtlinienvorschlag entnehmen (IP/98/999 v. 18. 11. 1998): „Der elektronische Geschäftsverkehr bringt neue Impulse für Handel, Innovationsgeist und Wettbewerbsfähigkeit mit sich und läßt dauerhafte Arbeitsplätze entstehen“.

4. BVerfGE 83, 130, 155 – Josefine Mutzenbacher, 87, 209, 230; *Jarass/Piero*, GG, 4. A. 1997, Art. 5 Rd.-Nr. 52.
5. *Sachs/Bethge*, GG, 2. A. 1999, Art. 5 Rd.-Nr. 132 bzw. BVerfGE 83, 130, 139 – Josefine Mutzenbacher.
6. Zum Ermittlungsstadium vgl. v. a. *Sieber*, CR 1997, 653, 665; *ders.*, JZ 1996, 429; *Bortloff*, GRUR Int. 1997; 387; Das erstinstanzliche Urteil (AG München NJW 1998, 2836) ist überreichlich besprochen worden: *Hoeren*, NJW 1998, 2792 und EIPR 1998, n-162; *Moritz*, CR 1998, 500; *Kühne*, NJW 1999, 188; *Sieber*, MMR 1998, 438; *Ernst*, NJW-CoR 1998, 412; *Eichler*, K & R 1998, 412; *Pätz*, CR 1998, 624; *Gravenreuth*, CR 1998, 628; *Vehslage*, DuD 1999, 1997; *Jaeger*, RDV 1998, 266.
7. Die Reaktionen reichten von Aufrufen zum Boykott deutschen Bieres (vgl. *Engel*, AfP 1996, 220) mit entsprechenden Happenings über Proteste vor deutschen Goethe-Instituten und Boykottaufrufe (*Sieber*, JZ 1996, 429) bis zu umfangreicher Beteiligung an der „Blue Ribbon Campaign“ for Online Freedom of Expression (www.eff.org/blueribbon.html).
8. LG Hamburg NJW 1998, 3650 m. Anm. von Gabel, K & R 1998, 367 u. Bespr. von *Waldenberger*, AfP 1998, 373.