

## „Der Durchschnittsleser“ nach dem EuGH-Urteil „Gut Springenheide '6-Korn - 10 frische Eier“

### I. Das Problem: Normative Verkehrsauffassung oder empirisch zu ermittelnde Verkehrsauffassung?

Bei unzähligen presserechtlichen Entscheidungen kommt es letztlich darauf an, wie die Leser eine bestimmte Äußerung auffassen. Es gibt - grob skizziert und kritiklos nebeneinandergestellt - prinzipiell zwei rechtmethodische Möglichkeiten diese Leserauffassung zu berücksichtigen:

- Die Schaffung der Kunstfigur des Durchschnittslesers (normative Verkehrsauffassung). Nach der „rechtlich normierten, normativen Verkehrsauffassung“ ist „die Feststellung der Irreführung (und entsprechend der Leserauffassungen) eine reine Rechtsfrage, die sozial-empirischer Methodik insbesondere demoskopischer Verfahren, aber auch des Beweises schlechthin, weder bedürftig noch überhaupt zugänglich ist.“<sup>1</sup>
- Die Ermittlung der verschiedenen Leserauffassungen (empirisch zu ermittelnde Verkehrsauffassung) und rechtliche Bewertung dieses pluralistischen Sachverhalts (z.B.: 20% der Leser werden irreführt, 80% der Leser dagegen nicht; nach dem Sinn und Zweck der in diesem Fall einschlägigen Rechtsnorm reicht es aus, wenn 20% irreführt werden).

In der Rechtsprechung zum Presserecht im engeren Sinne wurde bis vor kurzem durchweg auf die Kunstfigur des Durchschnittslesers zurückgegriffen. Problematisch daran ist jedoch, daß der einzelne Jurist, insbesondere auch der Richter, gar nicht weiß, wie „der Durchschnittsleser“ im Einzelfall eine Äußerung auffaßt. Er weiß nicht, wie sich „der Durchschnittsleser“ im Einzelfall verhält, wie „der Durchschnittsleser“ denkt, und wie er versteht. In der Praxis

---

<sup>1</sup> Großkomm./Schünemann Einl. UWG Rn. D 268.

setzt daher der Richter seine Auffassung an die Stelle der Auffassung des „Durchschnittslesers“.

Zu dieser Problematik hat der Jubilar ausgeführt:<sup>2</sup>

*„Der fortlaufend verwendete Zentralbegriff »Durchschnittsleser« muß wohl oder übel überhaupt aufgegeben werden; jedenfalls in dem Zusammenhang, in dem er heute im wesentlichen verwendet wird. Verzichten muß man auf den Begriff schon deshalb, weil er nicht dem Sinn und Zweck der Normen entspricht. Zu ersetzen ist der Begriff »Durchschnittsleser« durch das Kriterium: »Ein erheblicher Teil der Leser«; zumindest in aller Regel. Wie groß dieser Teil ist, entscheidet sich nach dem Sinn und Zweck der im Einzelfall anzuwendenden Norm. Ebenso weitere Einzelheiten. Im Rahmen des Sinn und Zwecks der Norm sind als Besonderheiten insbesondere auch die Pressefreiheit, der zeitliche Druck in der Redaktion, die Art des Lesens und das Gewicht von Presseäußerungen zu bedenken.“*

## II. Neue Stimmen in der Literatur

„Schafft den ‘Durchschnittsleser’ ab!“ hat jüngst Born<sup>3</sup> - ausdrücklich im Anschluß an den Jubilar<sup>4</sup> - gefordert. Auf der gleichen Basis hat - ebenfalls im Anschluß an den Jubilar - Senn<sup>5</sup> grundsätzlich den „Durchschnittsleser als normative Figur“ abgelehnt, weil

---

<sup>2</sup> Schweizer, Die Entdeckung der pluralistischen Wirklichkeit - Durchschnittsleser, Presse-recht, Verständiger Verbraucher, Wettbewerbsrecht; Wertvorstellungen, Grundnorm; Berlin, 2. Aufl. 1998, S. 14.

<sup>3</sup> Christoph Born, Schafft den „Durchschnittsleser“ ab - Ein Diskussionsbeitrag wider die Rechtsunsicherheit im Medienrecht, in: Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht 1998, 517 ff.

<sup>4</sup> Schweizer, Die Entdeckung der pluralistischen Wirklichkeit - Durchschnittsleser, Presse-recht, Verständiger Verbraucher, Wettbewerbsrecht; Wertvorstellungen, Grundnorm, Berlin, 2. Aufl. 1998. Vgl. ferner Schweizer, Anmerkung zu einem Urteil des OLG München vom 19. Juni 1997, AfP-Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht, 28. Jahrgang 6/97, Seiten 931-935.

<sup>5</sup> Micha Charles Senn, Der „gedankenlose“ Durchschnittsleser als normative Figur?, in: media LEX, 150 ff. und zuvor schon im Rahmen seiner Dissertation: Satire und Persönlichkeitsschutz. Zur rechtlichen Beurteilung satirischer Äußerungen auf der Grundlage der Literatur- und Rezeptionsforschung, Bern 1998.

„verkannt wird, daß die pluralistische Struktur unserer heutigen Gesellschaft kaum mehr eine normative Verallgemeinerung, sondern eine differenzierte Betrachtung des Verständnisses der konkreten Personenkreise verlangt“.

Das Handbuch des Wettbewerbsrechts<sup>6</sup> hat die Ausführungen des Jubilars zum Anlaß genommen, generell mit ihm festzustellen:

„Bei dem Begriff 'Durchschnittsverbraucher' handelt es sich - ebenfalls wie bei dem Begriff 'Durchschnittsleser' - um Relikte aus der Zeit, in der der Richter noch darauf angewiesen war, sich ohne empirische Rückversicherung ein Urteil über die Verkehrsauffassung zu bilden. In einer pluralistischen Gesellschaft wie der unseren hat der Begriff des Durchschnittsverbrauchers als Leitbild seine Existenzberechtigung verloren. An seine Stelle ist als Kriterium der durch Verkehrsumfragen ermittelbare 'nicht unerhebliche Teil des beteiligten Verkehrs' gedreht.“

### III. Urteil des OLG München vom 19. Juli 1997

Der Jubilar hat vor dem OLG München ein presserechtliches Urteil erstritten,<sup>7</sup> das in der Sache klar die normative Verkehrsauffassung ablehnt.<sup>8</sup> In der Sache ging es um die Frage, ob eine bestimmte Seite in der Zeitschrift A. hinreichend deutlich als Anzeige gekennzeichnet war. Das Gericht erster Instanz war der Ansicht, daß der Durchschnittsleser nicht erkenne, daß es sich bei der fraglichen Seite um eine Anzeige handele, und daher irreführt werde. Das OLG München hob diese Entscheidung auf. In den Erwägungsgründen heißt es:

*Bedenken gegen die Auffassung des Landgerichts ergeben sich einerseits durch den bereits erwähnten Anzeigenhinweis auf gelbem Feld zu Beginn der Textseite. Zusätzliche Bedenken ergeben sich aufgrund des von der Beklagten in der Berufung vorgelegten Umfrageergebnisses. Zwar ist dem Kläger zuzugeben, daß die durchgeführten Interviews für die befragten Personen eine Entscheidungs-Situation geschaffen haben, die mit der Lesesituation beim Durchblättern einer Zeitschrift nicht unmittelbar vergleichbar ist. Auch ist die Befragung von 300 Personen bundesweit zahlenmäßig kaum ausreichend. Das Ergebnis dieser Umfrage, nach der 92*

---

<sup>6</sup> Gloy/Ohde, Hdb. WettbewerbsR, 2. Aufl., § 18 Rn. 56.

<sup>7</sup> AfP 1997, 930 f.

<sup>8</sup> Ausführlich zu diesem Urteil: Schweizer in AfP a.a.O.

*% der A.-Leser (89 % der Gesamtbevölkerung) unzweideutig erklärten, daß es sich um eine Anzeige handelt, begründet jedoch nicht zu vernachlässigende Bedenken, ob tatsächlich ein nicht unerheblicher Teil der flüchtigen Leser durch die Gestaltung des streitgegenständlichen Beitrags über dessen Charakter als Anzeige in die Irre geführt werden kann. Dem Kläger hätte es deshalb obliegen, wozu er von der Beklagten schriftsätzlich aufgefordert wurde, für die anspruchsbegründende Voraussetzung einer bestehenden Irreführungsgefahr Beweis anzutreten. Dies hat der Kläger auch nach Erörterung dieser Frage in der mündlichen Verhandlung nicht getan. Da er mithin den ihm obliegenden Beweis nicht geführt hat, war das Urteil des Landgerichts München I aufzuheben und die Klage abzuweisen.*

Das OLG München hat sich in dieser Entscheidung somit klar gegen die normative Verkehrsauffassung, und für die empirisch zu ermittelnde Verkehrsauffassung ausgesprochen.

#### **IV. Das EuGH Urteil „Gut Springenheide '6-Korn - 10 frische Eier'“ zum „Durchschnittsverbraucher“ vom 16. Juli 1998**

Nun hat jedoch der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften im Anschluß an frühere Entscheidungen am 16.07.1998 zur Irreführung geurteilt:<sup>9</sup>

*„Bei der Beurteilung, ob eine Angabe ... geeignet ist, den Käufer ... irreführen, hat das nationale Gericht darauf abzustellen, wie ein durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher diese Angabe wahrscheinlich auffassen wird.“ (Die Hervorhebung stammt vom Autor).*

Der EuGH stellt somit in diesem Urteil „Gut Springenheide 6-Korn - 10 frische Eier“ doch auf den „Durchschnittsverbraucher“ ab. Zudem verlangt das Urteil, nach der Auffassung des „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen“ Durchschnittsverbrauchers zu entscheiden. Diese Formulierungen legen nahe, daß der EuGH gegen die vom Jubilar, von Born und Senn und vom Handbuch des Wettbewerbsrechts vertretene Auffassung entschieden hat. Man kann den Eindruck gewinnen, daß nach dem Urteil des EuGH die empirisch zu ermittelnde Verkehrsauffassung (wie sie insbesondere die deutsche

---

<sup>9</sup> GRUR Int. 1998, 795-797

Rechtsprechung zum Gewerblichen Rechtsschutz vertritt) durch die sogenannte normative Verkehrsauffassung abgelöst worden ist.

### 1) **Bestätigung der normative Verkehrsauffassung?**

Es fragt sich mit anderen Worten: Hat das Urteil „Gut Springenheide - '6-Korn - 10 frische Eier'“ bestätigt, daß Begriffe wie „der Durchschnittsleser“ ausschließlich Rechtsbegriffe sind, nach deren Definition kein Sachverhalt erforderlich ist, der einer empirisch zu ermittelnden Verkehrsauffassung zugänglich wäre? Ist nicht auf die Leserauffassungen, wie sie wirklich sind, abzustellen, sondern auf die Auffassung des Gerichts von einem durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsleser? Hat sich somit die sogenannte normative Verkehrsauffassung durchgesetzt?

In einem solchen normativen Sinne läßt sich das Urteil des EuGH jedoch nicht verstehen. Der EuGH stellt ausdrücklich auf Kriterien ab, welche eine empirisch zu ermittelnde Verkehrsauffassung voraussetzen. Schon im Leitsatz hebt der EuGH im Anschluß an das Kriterium des „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers“ hervor:

*„Hat das nationale Gericht besondere Schwierigkeiten zu beurteilen, ob die betreffende Angabe irreführen kann, so verbietet das Gemeinschaftsrecht ihm jedoch nicht, dies nach Maßgabe seines nationalen Rechts durch ein Sachverständigengutachten oder eine Verbraucherbefragung zu ermitteln.“ (Die Hervorhebung stammt vom Autor).*

Nach der „normativen Verkehrsauffassung“ bleibt auch bei besonderen Schwierigkeiten kein Platz für Verbraucherbefragungen. Schon demnach hat sich der EuGH offenbar nicht der „normativen Verkehrsauffassung“ angeschlossen.

Verdeutlicht wird die Auffassung des EuGH durch die Erwägungsgründe (34) des Urteils. Der EuGH bezieht sich in (34) auf ein Urteil aus dem Jahre 1992. U.a. mit diesem Urteil begründet der EuGH nun erneut, daß er mit seinem Kriterium: „durchschnittlich informierter, aufmerksamer und verständiger Durchschnittsverbraucher“ Verbraucherbefragungen nicht ausschließen will. Der EuGH gebraucht in (34) ausdrücklich die Terminologie, die der deutsche Wettbewerbsrechtler schon seit vielen Jahren aus der deutschen Wettbewerbsrechtsprechung (welche die „normative Verkehrsauffassung“ jedenfalls für das Wettbewerbsrecht ablehnt) kennt. Der EuGH hebt in (34) ausdrücklich hervor, daß es darauf ankommt, ob „eine erhebliche Zahl von Verbrauchern, an die

sich die streitige Behauptung richtet“ irreführt wird. Ich zitiere wegen der besonderen Bedeutung (34) vollständig:

*„Namentlich hat der Gerichtshof im Urteil vom 16.01.1992 in der Rechtsache C-373/90 (X, Slg. 1992, I-131, Rdnrn. 15 und 16) in bezug auf die Richtlinie 84/450 entschieden, daß es Sache des vorlegenden Gerichts sei, anhand der Umstände des Ausgangsfalls zu prüfen, ob eine an Verbraucher gerichtete Werbung, die nur im Hinblick auf die Einfuhr zugelassene, aber niemals gefahrene Fahrzeuge als neu darstelle, möglicherweise insoweit irreführend sei, als sie zum einen den Umstand verdecken solle, daß die als neu bezeichneten Fahrzeuge vor der Einfuhr zugelassen worden seien und als dieser Umstand zum anderen geeignet gewesen wäre, eine erhebliche Zahl von Verbrauchern von ihrer Kaufentscheidung abzuhalten. Eine Werbung mit dem niedrigeren Preis der Fahrzeuge könnte nur dann als irreführend eingestuft werden, wenn nachgewiesen wäre, daß eine erhebliche Zahl von Verbrauchern, an die sich die streitige Werbung richte, ihre Kaufentscheidung getroffen habe, ohne zu wissen, daß der niedrigere Preis der Fahrzeuge damit verbunden sei, daß die vom Parallelimporteur verkauften Fahrzeuge mit weniger Zubehör ausgestattet seien.“ (Die Hervorhebungen stammen vom Autor).*

Unmittelbar anschließend stellt der EuGH dann in (35) der Erwägungsgründe fest, der Gerichtshof habe

*„also nicht ausgeschlossen, daß ein nationales Gericht zumindest bei Vorliegen besonderer Umstände nach seinem nationalen Recht ein Sachverständigengutachten einholen oder eine Verbraucherbefragung in Auftrag geben kann, um beurteilen zu können, ob eine Werbeaussage irreführen kann“.*

## 2) Empirisch zu ermittelnde Verkehrsauffassung

Damit steht aber fest, daß der EuGH die Grundlage bestätigt, die dazu führt, daß sich der Begriff des „Durchschnittslesers“ als Kriterium auf Dauer nicht halten läßt. Abzustellen ist auf die empirisch zu ermittelnde Auffassung eines erheblichen Teils der Adressaten. Daß der EuGH den Begriff „Durchschnittsverbraucher“ dennoch gebraucht, entspricht der Erfahrung, daß die Bezeichnungen verschiedener Entwicklungsstufen miteinander vermengt werden, wenn Rechtsprechung und Literatur auf der neuen Entwicklungsstufe noch nicht ge-

festigt sind. Was sich im deutschen Recht gezeigt hat,<sup>10</sup> wiederholt sich im Gemeinschaftsrecht. Einerseits wird bereits in einer höheren Entwicklungsstufe formuliert: „eine erhebliche Anzahl von Verbrauchern“ und andererseits aber noch mit dem „Durchschnittsleser“ argumentiert.<sup>11</sup>

Was aber besagt dann das sog. Europäische Verbraucherleitbild und die Meinung des EuGH, daß das Gericht selbst die Irreführungsfahr feststellen könne? Unterstützt der EuGH nicht doch mit dem „Europäischen Verbraucherleitbild“ und der richterlichen Feststellungsbefugnis den Begriff des „Durchschnittslesers“?

Nein: Diese beiden Themen - das Verbraucherleitbild und die eigene Sachkunde des Gerichts - haben nichts mit dem soeben dargestellten Ergebnis zu tun; nämlich dem Ergebnis: Der EuGH hat die empirisch zu ermittelnde Verkehrsauffassung nicht durch eine normative Betrachtung abgelöst; und deshalb läßt sich der Begriff „Durchschnittsleser“ auf Dauer nicht halten läßt.

Die Diskussion um das Europäische Verbraucherleitbild betrifft die Frage, ob darauf abzustellen ist, wie alle Adressaten der Äußerung im konkreten Fall die Äußerung auffassen, oder ob diese „real-existente Verkehrsauffassung“ einzuschränken ist (zum Beispiel auf die „verständigen“ und die „sorgfältig überprüfenden“ Adressaten). Diese Fragen sind nach dem Sinn und Zweck der anzuwendenden Norm zu entscheiden.<sup>12</sup>

Die Frage nach der eigenen Sachkunde des Gerichts betrifft die Beweisführung, insbesondere das Beweismaß. Genau untersucht, stellt man fest, daß die Gerichte nur in Ausnahmefällen die Leserauffassungen mit der zum Vollbeweis erforderlichen Gewißheit feststellen können. Nach dieser Erkenntnis dürften die Gerichte grundsätzlich nie ohne repräsentative Sachverhaltsermittlung die Leserauffassungen feststellen. Eine behutsame Entwicklung des Rechts verlangt jedoch, daß andere Maßstäbe angelegt werden. Deshalb dürfen die Gerichte - ganz im Sinne des beschriebenen Urteils des EuGH - aufgrund

---

<sup>10</sup> Ausführlich Schweizer, Entdeckung a.a.O. Seiten 14-16, 27 ff. et pass. Sowie AfP 6/97 Seiten 931 ff. (932 re Sp.)

<sup>11</sup> Vgl. zu diesen Formulierungen in verschiedenen Entwicklungsstufen oben bei Fußn. 4 das Zitat aus Gloy/Ohde Hd. WettbewerbsR

<sup>12</sup> Schweizer in Chiotellis/Fikentscher, Rechtstatsachenforschung, Köln 1985, Seiten 9 ff. (51 ff.) sowie Entdeckung a.a.O. Seite 68 und AfP a.a.O. Seiten 933 f.

eigener Sachkunde entscheiden, wenn sie keine „besonderen Schwierigkeiten“ sehen.<sup>13</sup>

Rechtstheoretisch ist es ausgeschlossen, daß der Europäische Gerichtshof künftig zur Ablehnung der „normativen Verkehrsauffassung“ hinter dieses Urteil „Gut Springenheide - 6-Korn - 10 frische Eier“ zurückfallen könnte. Die „normative Verkehrsauffassung“ unterliegt nämlich einem folgenschweren Irrtum:

Soweit ersichtlich, haben die Vertreter der „normativen Verkehrsauffassung“ noch nie hinterfragt, ob sie wirklich ohne empirisch zu ermittelnde Verkehrsauffassung auskommen können. Der Irrtum wird aufgedeckt, wenn man eine vertiefende Definition verlangt. Ohne die Konsequenzen zu ziehen, definiert ein Anhänger dieser Lehre die normative Verkehrsauffassung bspw. als:

*„Die Auffassung des Verbrauchers, der sich bei durchaus durchschnittlicher Verhaltensweise an dem allerdings normativen Bild des Rationalverbrauchers orientiert. Dieses Bild des Rationalverbrauchers geht von einem mündigen Durchschnittsverbraucher aus, der seine wirtschaftlichen Angelegenheit zu regeln selbst in der Lage ist, und der dies im Einklang mit der geltenden Wirtschaftsverfassung tut.“<sup>14</sup>*

Wer kann wissen, wie ein solcher Verbraucher auffaßt?! In dem für die Vertreter der „normativen Verkehrsauffassung“ allerbesten Fall erklären alle (über 20.000) deutschen Richter, daß sie wissen, wie ein solcher Verbraucher auffaßt. Aber: Gerade bei den problematischen Fällen vertritt der eine Richter, dieser Verbraucher fasse im Sinne des klägerischen Vortrags auf; und der andere Richter meint genau gegenteilig, dieser Verbraucher fasse so auf, wie es der Beklagte behauptet. Ohne jeden Sachverhalt kommt kein Rechtsfall aus. Kein Problem ohne Sachverhalt. Und - so traurig es für Juristen auch ist: Ohne Sachverhalt kein Problem. Der Sachverhalt ist jedoch in aller Regel pluralistisch und muß empirisch ermittelt werden. Die normative Verkehrsauffassung gerät somit vom Regen in die Traufe. An das von ihr verfolgte Ziel könnte die normative Verkehrsauffassung nur gelangen, wenn sie die Normen dahin auslegen könnte, daß es als Sachverhalt auf die Auffassung des zuletzt entscheidenden Gerichts ankomme. Eine solche Auslegung wäre aber absurd und wird, soweit ersichtlich, von niemandem vertreten.

---

<sup>13</sup> Ausführlich Schweizer, Entdeckung a.a.O. Seiten 40-51, 69 f. sowie auch AfP a.a.O. S. 935.

<sup>14</sup> Spliethoff, Verkehrsauffassung und Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 1992, Seite 265.

**V. Fazit:**

Auch wenn der EuGH in seinem Urteil den Begriff „Durchschnittsverbraucher“ verwendet (was auf den ersten Blick die normative Verkehrsauffassung zu bestätigen scheint), ist das Urteil bei genauerem Studium doch eine Bestätigung dafür, daß die Verkehrsauffassung empirisch zu ermitteln ist. Bei konsequenter Weiterentwicklung der dem Urteil zugrundeliegenden Gedanken, werden sich Begriffe wie Durchschnittsverbraucher und Durchschnittsleser auf Dauer nicht halten lassen.