

Jürgen Becker/Peter Weber (Hg.)

**Funktionsauftrag, Finanzierung,
Strukturen –
Zur Situation des öffentlich-rechtlichen
Rundfunks in Deutschland**

LIBER AMICORUM für Carl-Eugen Eberle



**Nomos
2012**

Robert Schweizer*

Compliance in einer wachsenden Krise des Rechts und der Ethik

Prof. Dr. Carl-Eugen *Eberle* und der Verf. sind sich vor allem zum 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag in mehreren Dutzend öffentlichen und internen Veranstaltungen und ebenso im Schrifttum begegnet. So hieß es etwa in epd medien:

»Laut *Eberle* sind insbesondere die vorgesehenen zeitlichen und inhaltlichen Beschränkungen für die Online-Angebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nicht vertretbar. In seiner von epd dokumentierten Antwort auf *Schweizer* legt der ZDF-Justitiar dar, wo aus seiner Sicht die wirklichen Gefahren für Vielfalt im Internet liegen und warum »elektronische Presse« ein untauglicher Abgrenzungsbegriff sei.«¹

Die Auseinandersetzung von damals ist heute noch genauso aktuell. Der Verf. versucht nun jedoch nicht, zu einem Teil das letzte Wort zu bekommen – so etwa mit einer Zwischenbilanz zur elektronischen Presse oder zum Drei-Stufen-Test. Wer Carl-Eugen *Eberle* kennt, weiß, er würde sich voraussichtlich herzlich oder doch höflich für diesen Beitrag bedanken und den Verfasser – in alter Freundschaft lobend – wissen lassen, wie es sich wirklich verhält.

Der Verf. nutzt aber die Gelegenheit, auf ein Thema zurückzukommen, mit dem der Verf. immer wieder in Pausen oder privat Carl-Eugen *Eberle* als Mitdenker gewonnen hat; nämlich auf das Thema: die wachsende Krise des Rechts und der Berufsethik durch wachsenden Dezisionismus. In Compliance haben wir die Problematik noch nicht eingeordnet. Insoweit ist sie ganz neu.

* Prof. Dr., Rechtsanwalt, München. Der Verfasser ist als Rechtsanwalt und Marktforscher BVM Justitiar des Arbeitskreises Deutscher Markt- und Sozialforschungsinstitute, ADM, sowie des Verbandes Deutscher Markt- und Sozialforscher, BVM, und im Vorstand des Medienkonzerns Hubert Burda Media für den Bereich Recht und Compliance verantwortlich. Er lehrt an der juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Honorarprofessor Rechtssoziologie einschließlich Angewandte Rechtssoziologie insbesondere auch in den Bereichen der Medien- und Marktforschung.

¹ epd medien Nr. 47 vom 14.6.2008, 28.

Robert Schweizer

I. Gegenstand des Beitrages: Die Risikoerkennung² als Erster Schritt der Compliance – Beispiel: Äußerungsrecht

Compliance als Einhaltung von gesetzlichen Bestimmungen, regulatorischen Standards und die Erfüllung weiterer wesentlicher Anforderungen³ muss jeweils damit beginnen, die Risiken im Unternehmen oder in einer Einrichtung zu erkennen. Klar (und im Wesentlichen der allg. M. entsprechend) heißt es schon in den ersten beiden Sätzen des Vorwortes zur ersten Auflage von *Wecker/van Laak*:

»Compliance verstanden als Gesamtkonzept organisatorischer Maßnahmen, mit denen die Rechtmäßigkeit der unternehmerischen Aktivitäten gewährleistet werden soll, ist kein (reines) Rechtsproblem. Die Identifikation der (rechtlichen) Risiken bildet nur einen – wenn auch wichtigen – Ausgangspunkt, von dem aus der Handlungsbedarf ermittelt und die entsprechenden organisatorischen Maßnahmen im Unternehmen entwickelt und umgesetzt werden, um diesen Risiken zu begegnen.«⁴

Mit dem Äußerungsrecht als Beispiel und einer rechtssoziologischen, -psychologischen, -methodischen und am Rande auch einer rechtsphilosophischen Betrachtung kann anschaulich beschrieben werden, dass die Compliance-Risikoerkennung noch weit problematischer ist als bislang erkannt und beschrieben. Das Äußerungsrecht bildet jedoch, wie erwähnt, nur ein Beispiel. Das Problem der noch unzureichenden Risikoerkennung zieht sich durch sämtliche Rechtsgebiete. Um den weiten Bereich zu erkennen, reicht es aus zu bedenken, dass in jedem Rechtsgebiet unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet werden.

Allein schon aufgrund der unbestimmten Rechtsbegriffe ist der Weg frei für den Dezisionismus, bei dem sich besonders stark auswirkt, dass die Bedeutung der pluralistischen Wirklichkeit für das Recht zu wenig erkannt wird und noch nicht hinreichend geklärt ist, wie die pluralistische Wirklichkeit im Recht beachtet werden kann und muss.⁵

2 *Hauschka* in: Hauschka (Hrsg.), *Corporate Compliance – Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, 2. Aufl., 2010, § 1 Rn. 2, 28; *Moosmayer*, *Compliance – Praxisleitfaden für Unternehmen*, 2010, S. 23 ff.; *Wieland/Steinmeyer/Grüniger* (Hrsg.), S. 53 f., 62 (Autor: *Grüniger*), S. 122 f. (Autoren: *Wieland/Grüniger*), S. 400 (Autoren: *Kleinfeld/Müller-Störr*); *Wecker/van Laak* (Hrsg.), *Compliance in der Unternehmerpraxis*, 2. Aufl., 2009, ferner *Wecker/van Laak*, S. 35, 42 f. (Autor: *Vetter*), S. 56 (Autoren: *Wecker/Galla*); *Görling/Inderst/Bannenberg* (Hrsg.), *Compliance – Aufbau, Management, Risikobereiche*, 2010, 1. Kap. Rn. 4 ff., für »Anfänger« in *Compliance* besonders lesenswert (Autorin: *Poppe*), 4. Kap. Rn. 1 ff. (Autor: *Beste*), 5. Kap. Rn. 862 ff. (Autoren: *Bannenberg/Dierlamm*) et all.

3 *Poppe* in: *Görling/Inderst/Bannenberg*, aaO., 1. Kap. Rn. 2 mit weiteren Hinweisen, auch zu weiteren Definitionen.

4 *Wecker/van Laak*, aaO. (Fn. 2), 2. Aufl. 2009, auch mit Vorwort zur 1. Aufl., siehe aaO. auch S. 42.

5 Siehe *Schweizer*, Die Bedeutung der pluralistischen Wirklichkeit für das Recht, in: *Coester/Martiny/von Sachsen Gessaphe*, *Privatrecht in Europa*, FS *Sonnenberger* zum 70. Geburtstag, 2004, S. 885 ff. Vgl. ferner u. a. die weiteren in diesem Beitrag aufgeführten Arbeiten des Verf.

II. Was ist Dezisionismus?

Säcker⁶ definiert: »Der Richter entscheidet [in den Fällen des Dezisionismus] nicht aufgrund einer heteronom bestimmten Kognition, sondern letztlich aufgrund autonomer Dezision.«

Mit anderen Worten: Dezisionismus besagt, dass aufgrund eigener persönlicher Wertung entschieden wird. Beim »richterlichen Dezisionismus« entscheiden der einzelne Richter oder das einzelne Gericht letztlich – wenn auch möglichst vernünftig, verantwortungsbewusst und im Rechtssystem geschult – nach eigenen Vorstellungen.⁷

So etwa, wenn zu entscheiden ist, wie eine Äußerung aufgefasst wird. Der Richter entscheidet dann in Wirklichkeit mehr oder weniger nach eigenem Gutdünken; es sei denn, er kann, darf und will Ergebnisse einer empirischen Umfrage berücksichtigen.⁸ Der Richter erklärt dann, wenn er ohne zuverlässige Sachverhaltsdaten zu den Auffassungen der Leserinnen und Leser entscheidet, »der Durchschnittsleser« fasse so auf; nämlich so, wie es ihm, dem Richter, im Ergebnis recht ist.

Es gibt sogar diesen instruktiven Fall: Mit der Marke Focus wurde gegen die Marke Mediafocus wegen Verwechslungsgefahr geklagt. Nachdem in erster Instanz eine Verwechslungsgefahr verneint worden war, legte der beklagte Verlag eine Studie vor, nach welcher 48,6 % mittelbar oder im weiteren Sinne verwech-

6 Säcker, in: MünchKomm., Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2006, Einleitung Rn. 90. Einige weitere Fundstellen, welche ausdrücklich den Begriff »Dezisionismus« verwenden und nicht nur umschreiben:

Fikentscher, Methoden des Rechts, 1975 ff., vor allem auch mit geschichtlichen Hinweisen: fünf Bände, I S. 479, III S. 316 ff., 320, 323 f., 386, 546, IV S. 473 ff.; *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl. 1999, Rn. 162 f. (»reine Dezision«), 182, 686, 754; *Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, 1999, S. 404 f. (ausdrückliche Unterscheidung zwischen »radikalem« und »gemäßigtem Dezisionismus«), 488 f., 565; *Christensen/Sokolowski*, in: Buckel/Christensen/FischerLescano (Hrsg.), 2. Aufl. 2009, Neue Theorien des Rechts, S. 298 f.; *Schachtschneider*, Res publica res populi, 1994, S. 881 f.; *von der Pfordten*, 2001, Rechtsethik, S. 159 ff., 28 (»Rückfall in den puren Dezisionismus«).

7 Verhältnismäßig ausführlich und mit Beispielen: *Schweizer*, Einschränkung des gesellschaftlichen Auftrages der Medien durch die Rechtsprechung – Ein Beispiel zur Krise des Rechts durch Dezisionismus. Veröffentlicht in Schweizer/Schulz/Heller/Adelt: Medien 2000 – Gesellschaftlicher Auftrag oder Auftrag der Gesellschaft, Beiträge vom 13. JournalistInnentag Mainz 1999, Broschüre der IG Medien, S. 6 ff. Nachlesbar auch unter: www.bit.ly/dezisionismus.

8 Erwähnt wird in diesem Beitrag noch das Urteil des OLG München vom 19.6.1997, AfP 1997, 931 f. als Beispiel für den Übergang von Dezisionismus in der ersten Instanz zu einem empirischen Daten beachtenden Urteil zweiter Instanz. Siehe Abschnitt: Die nächsten Compliance-Arbeitsstufen – Die Compliancearbeit für die Redaktion, dort bei Fn. 86.

seln. Das OLG entschied dennoch: Normativ wird nicht verwechselt; die ermittelten 48,6 % sind unerheblich. Verwechslungsgefahr ist ein Rechtsbegriff, so dass eine Verwechslungsgefahr nicht empirisch bewiesen werden kann.⁹

Ein genauso instruktives weiteres Beispiel für Dezisionismus:

Es kam schon vor, dass gleichzeitig einerseits das Landgericht und das Oberlandesgericht Frankfurt a. M. und andererseits das LG und das OLG München zu ein und demselben Satz im selben Artikelzusammenhang¹⁰ die Auffassung des »verständigen Durchschnittslesers« gegenteilig einschätzten. Die Münchener Gerichte gaben den Anträgen auf Gegendarstellung statt, die Frankfurter Gerichte wiesen – zu demselben Satz – die Anträge auf Unterlassung ab.

Dieses Musterbeispiel konnte dadurch zustande kommen, dass zuständig für die Gegendarstellung die Münchener Gerichte waren und die Unterlassung aufgrund des fliegenden Gerichtsstandes gleichzeitig in Frankfurt gefordert werden konnte.

Die Gerichte erfuhren sogar gegenseitig von der entgegengesetzten Meinung in der anderen Stadt dazu, wie »der verständige Durchschnittsleser« den umstrittenen Satz auffasst. Dennoch entschieden die einen Gerichte eben so und die anderen genau gegenteilig. Somit: Entschieden haben insgesamt mindestens je Stadt sechs Richter in der Vorstellung, dass sich die anderen sechs Kollegen irren.¹¹

Die Entscheidung nach den eigenen Vorstellungen kann – wie noch dargelegt werden wird – so weit reichen, dass die Begründung mit dem Durchschnittsleser nur täuschend vorgeschoben ist, um ein aus ganz anderen Gründen persönlich gewünschtes Ergebnis scheinbar rechtfertigen zu können.¹²

In diesem Beitrag wird der Begriff »Dezisionismus« noch vielfach mit Beispielen erläutert. Aufschlussreich ist, dass etwa Ernst-Wolfgang Böckenförde bereits im Jahre 1974, als die heute besser bekannten Verhüllungsprobleme im Äußerungsrecht noch kaum ein Thema waren, zu einer »Wertabwägung als Begründung« ausdrücklich auf die Gefahr einer »Verhüllungsformel für richterlichen bzw. interpretatorischen Dezisionismus« hinwies.¹³

9 Ausführlich zu diesem Rechtsstreit Focus *J. Mediafocus*: Schweizer, in: FS Geimer, 2002, S. 1073 ff., 1077 ff. Der BGH verwarf die Nichtzulassungsbeschwerde. Veröffentlicht wurde das Urteil des OLG München in GRUR-RR, ?Jahr?, 305 ff., der, wie üblich, kurze Beschluss des BGH in BeckRS 2002, 03730.

10 Nämlich: »Das Hamburger Landgericht hat dem Öko-Test Verlag am Mittwoch die Weiterverbreitung seines neuen Ratgebers »Rente, Geld, Versicherungen« per einstweiliger Verfügung verboten.« Die Frankfurter Gerichte nahmen an, der verständige Durchschnittsleser fasse den Satz dahin auf, dass der Test nicht mehr verbreitet werden dürfe. Die Münchener Gerichte interpretierten für den verständigen Durchschnittsleser, es sei schlechthin die Verbreitung des Hefts untersagt worden.

11 Ausführlich Schweizer, in: FS Heldrich, S. 1197 ff.

12 Beispiele folgen eigens in einem Abschnitt: »Verhüllungsformeln für Dezisionismus ...«. Siehe dort insbesondere die Hinweise der Richter Seitz und Barschkies, bei Fn. 30 und 33.

13 Böckenförde, NJW 1974, 1529 ff., 1534 re. Sp. – Auf diese Publikation weist Rehm in seiner in Fn. 34 erwähnten Abhandlung hin.

*III. Die wachsende Krise des Rechts und der Ethik durch wachsenden
Dezisionismus*

Es besteht die Gefahr, dass der Dezisionismus¹⁴ weiter wächst und damit die Praxis samt der Theorie ständig noch tiefer in die Krise geraten. Der Dezisionismus wird weiter wachsen, wenn er immer weniger erkannt und kein Gegenmittel gefunden wird. Die Argumentation des Verf.: »Wir müssen als Gegenmittel zwischen Rechtspositivismus und Naturrecht hindurch«, wird Prof. *Eberle* noch in den Ohren klingen.

Dass der Dezisionismus und damit die Krise des Rechts und der Ethik ohne neue wissenschaftliche Entwicklungen wachsen werden, offenbart sich mittelbar allein schon, wenn in der juristischen Literatur gelegentlich darauf hingewiesen wird, »dass in spezialisierten, säkularisierten und immer pluralistischeren Gesellschaften der Bestand selbstverständlicher gemeinsamer Wertvorstellungen unsicherer und kleiner wird.«¹⁵ Die zunehmende Pluralität bedeutet eben bei einer verharrenden, sich nicht mit entwickelnden Wissenschaft: Der Dezisionismus und damit die Krise des Rechts und der Ethik wachsen und wachsen.

Das für Medienrechtsexperten geläufigste Beispiel für Dezisionismus und damit für eine wachsende Krise des Rechts und der journalistischen Berufsethik bildet die bereits erwähnte Kunstfigur des »Durchschnittslesers«.¹⁶

*IV. Zu den durch die wachsende Krise hauptsächlich Betroffenen
Rechtsdisziplinen gehört Compliance*

Für alle Unternehmen und Institutionen sind die voran stehend kurz dargestellten Dezisionismusprobleme nicht nur für sich zu sehen, sondern im gesamten Rahmen der Compliance.¹⁷ Das heißt insbesondere:

Als Erstes im Rahmen der Compliance-Teilaufgabe, alle Risiken möglichst frühzeitig zu erkennen und die Risiken zu minimieren,¹⁸ dann bei der Aufgabe, strikt alle rechtlichen sowie berufs- und unternehmensintern definierten ethischen

14 Siehe zu diesem Themenkreis mit zahlreichen Hinweisen: Schweizer, aaO. (Fn. 7).

15 So zum Beispiel *Meier*, Zur Diskussion über das Rechtsgefühl, 1986, S. 79.

16 Siehe gesondert den Abschnitt: »Beispiele für ›Verhüllungsformeln‹ im Äußerungsrecht«, bei Fn. 52.

17 Vgl. außer dem in diesem Beitrag in anderen Fußnoten aufgeführten Schrifttum sowie neben zahlreichen Abhandlungen zu einzelnen Themen u. a.: Wieland/Steinmeyer/Grüniger (Hrsg.), Handbuch Compliance-Management, 2010: Konzeptionelle Grundlagen, praktische Erfolgsfaktoren, globale Herausforderungen.

18 Oben bei Fn. 2.

Vorgaben als Unternehmensziel einzuhalten;¹⁹ und schließlich bei der Compliance-Organisationsaufgabe, die Einhaltung der rechtlichen und ethischen Vorgaben nachhaltig sicherzustellen.²⁰

V. Das Dezsionisproblem muss für Compliance erst noch voll entdeckt werden

Die Probleme um den Dezsionismus werden in den Abhandlungen zur Compliance, an welcher gegenwärtig alle Unternehmen arbeiten oder doch arbeiten sollten, bislang im Wesentlichen überhaupt nicht oder jedenfalls nicht hinreichend beachtet. Compliance wurde bis vor wenigen Jahren ohnehin nur als Nebentätigkeit des Leiters der Rechts- oder des Leiters der Personalabteilung verstanden.²¹ Allenfalls wird bislang – ohne auf den Dezsionismus einzugehen – einmal festgestellt, dass »eine schöne, heile Compliance-Welt, in der ›richtig‹ und ›falsch‹ eindeutig bestimmbar sind, eine negative Utopie ist.«²²

Die – vom Dezsionismus betroffene – Identifikation der rechtlichen Risiken bildet, wie bei Fn. 2 teilweise erwähnt, eine wichtige Grundlage für Compliance.²³ Dies gilt insbesondere auch für Compliance im Äußerungsrecht und in der journalistischen Berufsethik. Ein – wie bis jetzt üblich – mehr oder weniger gekürztes Handbuch zum jeweiligen Rechtsgebiet, wie etwa zur Wort- und Bildberichterstattung, schafft allein noch keine optimale Compliance, welche das durch den Dezsionismus bestehende Risiko entdeckt.

Im Prinzip stehen das Äußerungsrecht und die journalistische Berufsethik jedoch »nur«, wenn wiederholt werden darf, als Beispiel für alle Rechts- und Ethikbereiche.

Mit diesem Beitrag soll begonnen werden, die Lücke zu schließen. Vorgesehen ist, nach und nach insgesamt eine Compliance für Medienkonzerne vorzulegen und schließlich ein umfassendes Handbuch für Compliance²⁴ zu verfassen, welches jedem Unternehmen als Grundlage für eine schriftliche Dokumentation der Compliance dienen kann.

19 So zum Beispiel – teilweise wörtlich – *Schwung*, AnwBl 2007, 14 ff., 14 li. Sp.

20 *Hauschka*, in: Hauschka, Corporate Compliance, aaO. (Fn. 2), § 1 Rn. 2.

21 *Moosmayer*, aaO. (Fn. 2), S. 39.

22 *Dann/Mengel*, NJW 2010, 3265 ff., 3265 li. Sp. Auch *Dann/Mengel* gehen nicht weiter auf den Dezsionismus ein.

23 *Hauschka*, aaO. (Fn. 2) sowie *Wecker/van Laak* im Vorwort des von ihnen herausgegebenen Handbuchs: Compliance in der Unternehmerpraxis, aaO. (Fn. 2).

24 Kurz und klar – einleitend – zu Compliance-Handbüchern: *Wecker/Galla*, in: *Wecker/van Laak* (Hrsg.), aaO. (Fn. 2), S. 69.

VI. Ausführlicher zum Ursprung der Compliance-Lücke: Der Stand der Wissenschaft

Die heute noch mit führende »Methodenlehre der Rechtswissenschaft« von *Larenz* kann, wie zu vielen anderen Themen auch, als Vorbild beziehungsweise als Musterbeispiel dienen.²⁵

Zu einem »verbleibenden Beurteilungsspielraum des Richters« führt *Larenz* aus, nicht nur bei der Konkretisierung eines ausfüllungsbedürftigen Wertungsmaßstabes, sondern »mitunter auch bei der Beurteilung eines Sachverhalts aufgrund sozialer Erfahrungen und bei der Zuordnung zu einem Typus (wie ›Tierhalter‹, ›Besitzdiener‹, ›Zubehör‹) verbleibt dem Richter ein Beurteilungsspielraum, der durch jedermann überzeugende Erwägungen nicht mehr auszufüllen ist. ... Das der Rechtsprechung in solchen Fällen unvermeidbar anhaftende Unsicherheitsrisiko muss hingenommen werden.« *Larenz* wendet sich gegen die Meinung, dass die Entscheidung nach der persönlichen Richtigkeitsüberzeugung ein »peinlicher Rest« sei und meint, diesen Spielraum einzuengen sei nicht einmal wünschenswert.

Soweit ersichtlich, weicht *Larenz/Canaris* von dem »nicht einmal wünschenswert« ab. *Larenz/Canaris*, 3. Aufl., ist 1995 erschienen, die 6. Aufl. von *Larenz* früher, im Jahre 1991. Zwischen beiden Ausgaben liegt: *Canaris*, Richtigkeit und Eigenwertung in der richterlichen Rechtsfindung, Grazer Universitätsreden Nr. 50, 1993. Zum »peinlichen Rest« wird bei *Larenz/Canaris* unter Hinweis auf *Dworkin* fortschrittlich dargelegt: »Allerdings ist nachdrücklich zu betonen, dass es hier nur um die richterliche Praxis geht, wie sie nun einmal ist ... Doch sei immerhin angemerkt, dass es idealiter gesehen in der Tat grundsätzlich nur eine einzige richtige Lösung gibt, mag es sich dabei auch lediglich um eine ›regulative Idee‹ (i. S. *Kants*) handeln.«²⁶ Vgl. zur Rechtsmethodik auch noch unten bei Fn. 42, 46 und 47.

Besonders wichtig ist nach Ansicht des Verf. für die Methodenlehre:

Methodisch wird auch in diesem Zusammenhang gezielt diskutiert werden müssen, was es bedeutet, dass die Wirklichkeit pluralistisch ist. Mit »pluralistisch« ist gemeint, dass zu einem Merkmal mehrere Auffassungen miteinander konkurrieren. Kurz gefasste Beispiele: Zum Begriff der Irreführung: Der eine fasst »Lübecker Marzipan« als Herkunftsbezeichnung auf, der andere als Gattung. Zum Begriff der Zumutbarkeit im gewerblichen Rechtsschutz: Der eine hält »Kaltanrufe« für unzumutbar, dem anderen sind sie – zumindest unter bestimmten Umständen willkommen. Zum kartellrechtlich relevanten Markt: Für den einen stellt ein Produkt im Verhältnis zu einem anderen Produkt eine gleichwertige Bedarfsdeckung dar, für den anderen nicht. Zum baurechtlichen Begriff der Verunstaltung: Der eine findet ein Gebäude verunstaltend, der andere hält es für geschmackvoll.

²⁵ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 293 ff.

²⁶ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 116.

Methodisch fragt sich, ob nun grundsätzlich alle Begriffe durch den Gesetzgeber oder doch im Rahmen der Rechtsanwendung insofern neu oder ergänzend anders definiert werden müssen, als die Tatsache der Pluralität bislang nicht oder zu wenig beachtet wurde.²⁷

VII. »Verhüllungsformeln« für den Dezisionismus und deren Bedeutung für eine Compliance

Für Compliance²⁸ bedeutet der Dezisionismus, dass die Risiken – anders als bisher – besser identifiziert werden müssen, so dass der Handlungsbedarf sowie die erforderlichen organisatorischen Maßnahmen festgestellt werden können.

Welch große Bedeutung diesem Problemkreis zukommt, erkennt der Jurist allein schon daran, dass sich der Dezisionismus unter anderem hinter jedem unbestimmten Rechtsbegriff verbirgt.²⁹

Einen ersten Über- und Einblick geben die nachfolgenden Hinweise zur Verhüllung von Vorstellungen des einzelnen Entscheiders.

1. Hinweise des Vors. Richter Prof. Walter Seitz zum richterlichen Dezisionismus und die aus ihm folgende mangelnde Vorhersehbarkeit der Entscheidungen

»Ach, der Richter ist so frei.«³⁰

»Zu den klassischen vier Auslegungscanones (Kopf) sind viele andere hinzugestoßen, die den Richtersklaven seiner lästigen Fesseln entledigen: Rechtsfolgenbewertung, Gerechtigkeit, Billigkeit, Rechtssicherheit, Rechtsgefühl (Bauch), Praktikabilität, Rechtseinheitlichkeit. ... Als Zivilrechtler überlegt man immer auch, wer denn hier der Böse ist. Das Ergebnis dieser Wertung wird aber wohl kaum im Urteil stehen. ... Für den Anwalt ist bei dieser Sachlage alles schwieriger geworden. Er wird dem Mandanten kaum je zuverlässig sagen können, wie das Gericht entscheiden wird.«³¹

27 Bejahend und verhältnismäßig ausführlich: *Schweizer*, Die Evolution der Begriffsdefinitionen nach der Pluralität der Wirklichkeit, in: FS Geimer, 2002, S. 1073 ff.

28 Der Begriff »Compliance« stammt aus der angelsächsischen Rechtsterminologie. „to comply with“, das Handeln in Übereinstimmung mit bestimmten bestehenden Regeln. Er umfasst die Bestimmungen zur Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften und unternehmensinternen Richtlinien durch Unternehmen und Organe. Diese Bestimmungen beinhalten insbesondere auch alle Maßnahmen zur Risikofrüherkennung und Risikominimierung. Compliance erfolgt aus der Sicht des Regulierten; die Corporate Governance dagegen aus der Sicht der Regulierer. Siehe unter anderem: *Hauschka*, in: Hauschka, Corporate Compliance, aaO. (Fn. 2) § 1 Rn. 2. Nebenbei: Bei Hauschka befasst sich in § 45 ein Beitrag von A. M. *Partikel* mit dem Thema »Compliance im Presse- und Verlagswesen«.

29 Dazu schon kurz oben im Abschnitt I.: Gegenstand des Beitrages: Die Risikoerkennung als erster Schritt der Compliance.

30 *Seitz*, NJW 2000, 118 ff., 119 re. Sp.

31 *Seitz* aaO. (Fn. 30), S. 118 re. Sp., 119 li. Sp.

Also – um es auch an dieser Stelle für ein Risikomanagement festzuhalten:

Der Anwalt kann nach den Erfahrungen von *Seitz* dem Mandanten die Entscheidung kaum je zuverlässig vorhersagen.

Die Ausführungen von *Seitz* beziehen sich nicht nur, aber nicht zuletzt auf das Äußerungsrecht. Und: *Seitz* will sicher Ausnahmen für einzelne Fallgruppen zulassen.

Jedem Medienrechtler ist bekannt, dass der zitierte Dr. Walter *Seitz* weiß, wovon er spricht. Jahrzehntlang, bis 2003, war er Vorsitzender Richter des Pressesenats am Oberlandesgericht München. Bis vor kurzem lehrte er das Recht der Wort- und Bildberichterstattung als Honorarprofessor an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Leser dieser Schrift kennen ihn auch aufgrund zahlreicher Publikationen zum Presse- und Persönlichkeitsrecht oder als Mitherausgeber des »Beck'schen Richterhandbuchs«.

Niemand widerspricht Walter *Seitz*. Im Gegenteil. Holger *Weimann* etwa stellt auf der letzten Seite einer umfassenden Doktorarbeit zum Gegendarstellungsrecht fest: »Das Problem der Rechtsunsicherheit im Rezeptionsrecht folgt zu einem guten Teil daraus, dass für die Parteien unvorhersehbar ist, zu welcher Interpretation des streitigen Textes das Gericht gelangen wird.«³²

2. Hinweise des Richters *Barschkies* – auch schon Hinweis auf beliebte »Mäntelchen« wie »Durchschnittsbetrachter«

Der Hamburger Richter Siegfried *Barschkies* hat nach dreißig Jahren Dienstzeit bereits vor *Seitz* noch stärker zugespitzt und sich »geoutet«.³³ Er hat sich aber nicht als Ausnahme gesehen, und er hat seine Entscheidungen nach Mitgefühl und persönlichem Interesse mit Stolz und Überzeugung gegen Rolf *Wassermann*³⁴ beschrieben. Insbesondere:

»Denn von jeher sind Richter gewohnt, eigenmächtig zu urteilen. Zwar sollen sie nur das Recht erkennen, das heißt, den Willen eines anderen, nämlich des Gesetzgebers, ermitteln. Aber das ist Theorie. In der Wirklichkeit ist es anders. ... Irgendwie solidarisieren wir uns mit einer der Parteien.«

³² *Weimann*, Identitätsschutz durch Gegendarstellung, VVF 2001, S. 263.

³³ *Barschkies*, Die Subjektivität des Richters, DRiZ 1986, 421 ff. Der Verf., der seit 1980 in seinen Vorlesungen und Publikationen dem Inhalt nach die Ansicht von *Barschkies* vertreten hat, wurde durch die Abhandlung von *Ogorek*, Recht, Moral, Politik: Zum Richterbild in der Mediengesellschaft, Kritische Vierteljahresschrift (KritV) 1997, 5 ff., auf diese Belegstelle aufmerksam.

³⁴ DRiZ 1986, 201 ff.

Robert Schweizer

Barschkies' Bekenntnis gipfelt in den beiden Sätzen: »Da ihm [dem Richter] die Entscheidung deshalb nicht gleichgültig ist, macht er sie selbst. Nur in der Begründung wird so getan, als habe er sie aus dem Gesetz genommen.«³⁵

Auch *Barschkies* weist bereits – wie später *Seitz* – auf das für Compliance so bedeutsame Problem der Vorhersehbarkeit hin. Wörtlich:

»Problematisch wird es erst, wenn ihm [dem Richter] freie Hand gelassen wird, wie bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe, der Abwägung entgegengesetzter Interessen oder zusammenwirkender Ursachen. ... Aber kein Fall ist wie der andere. Die Entscheidungen hierüber [über die Auslegung und die Abwägung] sind deshalb so verschieden wie die Richter, die sie machen.«³⁶

Und *Barschkies* geht auch schon ausdrücklich auf das heute so bedeutsame »Mäntelchen« des »Durchschnittsbetrachters« ein, »das man der eigenen Willensentscheidung umhängt«.³⁷

3. Prof. Lerche: Der Berater als Hellseher

Der dem Kreis der Leser dieser Schrift allgemein bekannte Rechtswissenschaftler Peter *Lerche* musste feststellen:

Im Presserecht versetzt die Abwägung zwischen Pressefreiheit und Persönlichkeitsrechten »jeden Rechtsberater deutscher Medienunternehmen in die Zwangsrolle eines Hellsehers, eine verzweifelte Rolle«.³⁸

Übertreibt da jemand maßlos? Mitnichten.

Als *Lerche* – im Jahre 1990 – so ausgesagt hat, herrschten für Medienberater im Verhältnis zu heute noch geradezu glückliche Zeiten. Aber, wer hat je Prof. *Lerche* übertrieben formulierend erlebt? Wer hat je von ihm gelesen oder gehört, dass er sich – ein Ausdruck, den er nicht wählen würde – »weit aus dem Fenster lehnt«.

Nach solchen Hinweisen könnte es unstrittig sein, dass sich eine Compliance im Äußerungsrecht vor allem auch damit befassen muss, wie sich die Redaktionen auf diese Unvorhersehbarkeit einzustellen haben.

35 *Barschkies* aaO. (Fn. 33), S. 422 li. Sp. – Würde das Gericht tatsächlich – aufrichtig – sein Urteil so begründen, dass es in diesem Sinne entscheide, weil es das so wolle, würde es gegen Art. 20 Abs. 3 GG verstoßen; siehe zu diesem Streit etwa *Weber-Grellet*, DStR 1991, 438 ff., 440 dort bei Fn. 32. Hier zeigt sich ein weiteres Mal, in welcher starker Krise sich das Recht befindet und wie dringend ein Weg zwischen Rechtspositivismus und Naturrecht hindurch gefunden werden muss. Der Verf. meint, diesen Weg mit einer Grundnorm gefunden zu haben. Dargestellt hat der Verf. diese Grundnorm bis jetzt am ausführlichsten in seinem Buch: *Die Entdeckung der pluralistischen Wirklichkeit*, 3. Aufl. 2000, S. XXXIII ff. Das Buch ist vergriffen, kann jedoch im Internet abgerufen werden: www.bit.ly/entdeckung.

36 *Barschkies* aaO. (Fn. 33) S. 422 li. Sp.

37 *Barschkies* aaO. (Fn. 33) S. 422 re. Sp.

38 *Lerche*, Massenmedium und Persönlichkeitsschutz aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: *Universitas* 1990, 670 ff.

4. Rehm: Maßstäbe müssen zur Vorhersehbarkeit und damit zur Prozessvermeidung ausgefeilt werden

Gebhard *Rehm* stellt für das Äußerungsrecht fest, dass »die weitestgehend richterrechtlichen Maßstäbe zur Entscheidung des Konflikts zwischen dem Veröffentlichungsinteresse der Presse und dem Interesse der Betroffenen, in Ruhe gelassen zu werden, nicht hinreichend ausgefeilt sind, um den Rechtsstreit einigermaßen sicher vorherzusehen, was einen Prozess überflüssig oder zumindest weniger wahrscheinlich machen könnte.«³⁹ Wäre damals – im Jahre 1999 – »Compliance« als Schlagwort schon üblich gewesen, wäre *Rehm* sicher in seinem Aufsatz auf sie eingegangen.

5. Weitere Hinweise und Konsequenzen für Compliance

Hinweise dieser Art lassen sich – in unterschiedlichen Zusammenhängen – vielfach finden. Es wird nur vertieft werden müssen. Der Verf. meint, dass, wie schon erwähnt, die Bedeutung der pluralistischen Wirklichkeit für das Recht stärker hinterfragt werden muss.

Weitere Hinweise finden sich beispielsweise auch bei den Abhandlungen zum Richterrecht hinsichtlich des Themas, inwieweit »sich die Richter zum dezisionistischen Freidenker entwickelt haben«⁴⁰ sowie zur »Richtigkeitsüberzeugung« als Problem selbst im Bereich der Richtigkeitsüberzeugung des Notars im Bereich der Vertragsgestaltung.⁴¹ Nachfolgend werden im Zusammenhang noch einige weitere erwähnt oder zitiert. So zum Beispiel in Fn. 62 zur Abwägung. Ausgewählt wurden für diesen Beitrag zur Schrift für Prof. *Eberle* einige besonders klare Aussagen von Personen, deren Kompetenz beim Kreis der Leser dieser Schrift allgemein anerkannt sein wird.

39 *Rehm*, AfP 1999, 416 ff., 416 re. Sp., 417 li. Sp.

40 Aus der neueren Literatur: *Wenzel*, NJW 2008, 345 ff., 346; *Rüthers*, JZ 2007, 556 ff., 560 li. Sp.: »Lange Zeit, teilweise bis in die jüngste Zeit hinein, hat man sowohl unter Juristen als auch unter den Rechtsgenossen geglaubt, ein geschriebenes Gesetz verbürge mit seinem Inkrafttreten einen ein für allemal festen und verlässlichen Regelungsinhalt«. Siehe bspw. auch *Rüthers*, JZ 2002, 365 ff., 368 re. Sp.: »Diese Methode gewährt in der Tat den subjektiven Regelungsvorstellungen der Richter einen mit der Gesetzesbindung und dem Rechtsstaatsprinzip nicht zu vereinbarenden Spielraum.«

41 Siehe zum Beispiel *Jerschke*, DNotZ 1989, 21 ff., 33 bei Fn. 57: »Um die Gefahr der subjektiven Beliebigkeit zu vermeiden, wird [zwar] vom Richter verlangt, diese Richtigkeitsüberzeugung nicht über die schulgerechte Gesetzesinterpretation zu stellen. Dies gilt auch für den Notar. Dennoch spielt bei ihm eine solche Überzeugung eine ungleich größere Rolle. Der Vertragswille wird zwar von den Beteiligten gebildet; vorausgesetzt ist aber die von der Richtigkeitsüberzeugung des Notars geprägte Empfehlung. Je »überzeugender« ein solcher Vorschlag ist, desto eher wird er Gefolgschaft finden ...«.

Wie auch immer, es wird nach diesen Hinweisen offenkundig sein, dass eine gute Compliance in allen ihren Bereichen – nicht nur die Compliance für das Äußerungsrecht – von diesen methodischen Grundlagen ausgehen muss. Dies gilt selbst dann, wenn der Praxis gelänge optimal einzuhalten, was in der Rechtsmethodik gefordert wird, nämlich:

»... Der modeme Gesetzgeber, wie auch das BGB [Anmerkung des Verf.: und die grundsätzliche Rechtsprechung sowie Literatur] bedient sich darüber hinaus neben feststehenden Begriffen häufig sogenannter unbestimmter, ausfüllungsbedürftiger Maßstäbe (wie z. B. ›Treu und Glauben‹, ›wichtiger Grund‹, ›unverhältnismäßig‹, ›unzumutbar‹, deren Anwendung eine Wertung von Fall zu Fall verlangt. Der Richter darf aber hier nicht einfach seinem Rechtsgefühl oder einer vorgefassten Meinung folgen, sondern muss, um die Akzeptanz des Urteils zu fördern und die Gleichbehandlung der Rechtsunterworfenen zu gewährleisten, seine Entscheidung so weit als möglich an überprüfbaren Kriterien ausrichten. Er richtet sich dann nach schon entschiedenen Fällen, denen er zu beurteilende ähnlich ist, sowie nach leitenden Gesichtspunkten, die die Rechtsprechung und Rechtswissenschaft als für die Beurteilung relevant erkannt haben.«⁴²

Compliance muss zur Identifikation der Risiken bedenken, dass, selbst dann, wenn die Gerichte diese methodischen Anforderungen einhalten, die Ergebnisse oft nicht vorhergesehen werden können. Die voranstehend aufgeführten Hinweise und die in diesem Beitrag geschilderten Beispiele belegen diese – für die Praxis alltägliche – Problematik. Vgl. nur die Abschnitte »Was ist Dezesionismus?« sowie die »Beispiele für ›Verhüllungsformeln‹ im Äußerungsrecht«, welche ja nicht nur die Entscheidungsfindung durch die Gerichte betreffen, sondern auch stündlich die außergerichtliche Praxis.

6. Heldrich und Eidenmüller

Um die Reichweite der Problematik zu veranschaulichen, müssen noch Andreas *Heldrich* und Horst *Eidenmüller* zitiert werden. *Heldrich* hat – auf U.S.-Quellen hinweisend – zu sogar nach U.S.-Recht bindenden Präjudizien darauf aufmerksam gemacht:

»Einfallsreiche Richter können in einem für sie bindenden Präjudiz so gut wie alles finden, was sie darin suchen.«⁴³

Eidenmüller, dem der neuerliche Hinweis auf diese Belegstelle zu verdanken ist, übernimmt und bekräftigt diese Aussage seines »Doktorvaters« zur Durchsetzung höchstrichterlicher Entscheidungen mit dem Hinweis, dass sich über die Koope-

42 *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, S. 76 Rn. 14.

43 Zur Effektivität des Rechts, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band 3, S. 305 ff., 332.

rationsbereitschaft der Untergerichte kaum allgemeingültige Aussagen treffen lassen.⁴⁴ »Einfallreiche Richter können [eben] in einem ... Präjudiz so gut wie alles finden, was sie darin suchen.«

7. Abschließend: Rehbinder

Manfred *Rehbinder* schließt seine Einführung in die Rechtswissenschaft: »Der Jurist hat zwar gelernt, wie man Fälle löst, d. h. Rechtsstreit entscheidet. Aber er wird oft mit Beschämung feststellen, dass der Laie besser weiß, wie man zu handeln hat.«⁴⁵

Bis hinein in die Rechtsphilosophie wird diese Ansicht geteilt. So erklärt der hoch anerkannte (im Jahre 2001 verstorbene) Arthur *Kaufmann*: »Dass heute das irrationale Rechtsgefühl wieder hoch im Kurs steht, ist wahrlich nicht durch die – angeblich irrationale – Hermeneutik bewirkt worden. Der Hauptgrund dafür liegt ganz im Gegenteil im Ungenügen der rein formal-rationalen Rechtstheorien.«⁴⁶

Im Sinne dieses Schlusses lässt sich zum Dezisionismus und zu seiner Bedeutung für Compliance feststellen:

Es genügt nicht, dezisionistisch zu entscheiden. Es liegt an dem führenden – wie vor allem die Rechtssoziologen sagen – Rechtsstab, noch mehr die Bedeutung der Wirklichkeit als Rechtsproblem zu entdecken und eine Lehre zur Bedeutung der – meist pluralistischen – Wirklichkeit zu entwickeln.⁴⁷ Compliance muss das rechtliche Risiko identifizieren und sich darauf einstellen, dass die Rechtsprechung teilweise unvorhersehbar urteilt.

VIII. Beispiele für »Verhüllungsformeln« im Äußerungsrecht

Nachfolgend werden Beispiele für Formulierungen im Äußerungsrecht aufgeführt, welche dazu führen, dass Richter dezisionistisch und somit oftmals unvorhersehbar entscheiden; zumindest mehr oder weniger. Compliance muss das Risiko identifizieren, dass mit allerlei Urteilen zu rechnen ist. Aufgeführt werden nachfolgend nur die Formulierungen als solche. Die in den Fußnoten jeweils aufgeführten Be-

44 *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl., mit der 1. Aufl. übereinstimmend, S. 424.

45 *Rehbinder*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 8. Auflage, S. 233.

46 Arthur *Kaufmann*, Über Gerechtigkeit – Dreißig Kapitel praxisorientierter Rechtsphilosophie, S. 305.

47 Vgl. zum Beispiel: *Schweizer*, Die Bedeutung der pluralistischen Wirklichkeit für das Recht, in: FS Sonnenberger, 2004. Siehe auch schon oben in Fn. 35 den Hinweis auf die Ermittlung einer »Grundnorm«. Die vom Verf. »festgestellte« Grundnorm beginnt mit dem Satz: »Die Normen ergeben sich grundsätzlich aus der Wirklichkeit.« Siehe aaO., S. XXXIII. Zu den Konsequenzen der Grundnorm für den Dezisionismus siehe dort insbes. S. XXXV f.

legstellen beschreiben meist ausführlich die Umstände zur Risikoidentifizierung. Die Gründe zu verhüllen, sind vielfältig. Thomas *Haug* hebt in seiner in diesem Jahr verlegten Doktorarbeit einen nach der Erfahrung des Verf. besonders bedeutsamen und weit verbreiteten Grund hervor: »Der Grund für die richterliche Diskriminierung [der Boulevardmedien] wird wohl in deren bildungsbürgerlicher Verachtung solcher Medienangebote zu sehen sein. Dies stellt jedoch kein zulässiges rechtliches Motiv dar und ist daher mit Artikel 5 Absatz 1 GG nicht zu vereinbaren.«⁴⁸

- a) »Der Leser«, »der Verbraucher«.⁴⁹
- b) »Wer ..., der ruft die Vorstellung hervor«.⁵⁰
- c) »Die Leser«, »die Verbraucher«.⁵¹
- d) »Der Durchschnittsleser«, »der Durchschnittsverbraucher«.⁵²
- e) »Alle billig und gerecht Denkenden«.⁵³
- f) Das europäische Verbraucherleitbild: »der durchschnittlich informierte, verständige und aufmerksame Durchschnittsverbraucher«.⁵⁴
- g) Aus einer Habilitationsschrift: »Wie ein Werbeadressat, der durchschnittlich informiert, aufmerksam, verständig, lernfähig und kritisch ist, die Werbung verstehen darf. Dabei sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, insbesondere ... Ob eine irreführende Werbung vorliegt, entscheidet das Gericht oder die Verwaltungsbehörde nach eigener Sachkunde ohne Beweiserhebung darüber, ob eine bestimmte Anzahl von Personen tatsächlich irreführt werden kann.«⁵⁵
- h) »Vom gesunden Rechtsempfinden gebilligt«.⁵⁶
- i) »Das Empfinden jedes offenen Betrachters«.⁵⁷
- j) »Normative Verkehrsauffassung«.⁵⁸

48 *Haug*, Bildberichterstattung über Prominente, 2011, S. 228 f. et pass. Damit *Haug* und der Verf. nicht missverstanden werden: Der Verf. hat diese Doktorarbeit zwar mit einem Druckkostenzuschuss gefördert. Er hat *Haug* jedoch erst kennengelernt, nachdem die Arbeit bereits abgeschlossen war.

49 Dazu *Schweizer*, in: FS Sonnenberger, S. 889 f. sowie *ders.*, GRUR 2000, 923 ff., 931 li. Sp.

50 *Schweizer*, in: FS Sonnenberger, aaO. (Fn. 47) S. 890.

51 *Schweizer*, GRUR 2000, 923, 931 li. Sp.

52 Am ausführlichsten: *Schweizer*, Die Entdeckung der pluralistischen Wirklichkeit, aaO. (Fn. 35), S. 13 ff., 21 ff., 27 ff., 40 ff.; R. G. *Schweizer*, Der »Durchschnittsleser« nach dem EuGH-Urteil »Gut Springenheide 6-Korn-10 frische Eier«, in: Heldrich (Hrsg.), in: FS *Schweizer* zum 60. Geburtstag, 1999.

53 *Schweizer*, GRUR, 2000, 923, 931 li. Sp.

54 *Schweizer*, GRUR 2000, 923, 931 f.

55 Dazu *Schweizer*, Umfangreich analysiert und abgewogen ins Nichts, in: FS Heldrich zum 70. Geburtstag, S. 1197 ff., 1198 ff.

56 *Schweizer*, in: FS Sonnenberger, aaO. (Fn. 47) S. 892 f.

57 *Schweizer*, in: FS Sonnenberger, aaO. (Fn. 47), S. 893.

58 *Schweizer*, in: FS Geimer, aaO. (Fn. 9), S. 1073 ff., 1077 ff., 1087 ff.; ebenso etwa *ders.*, GRUR 2000, 923 ff. und in: FS Heldrich, aaO. (Fn. 11), S. 1207 f.

- k) Neuestens hat *Haug* in einer Doktorarbeit die »normativ vorgenommene Ermittlung des Informationsinteresses« mit Recht kritisiert.⁵⁹
- l) »Normative Verwechslungsgefahr«.⁶⁰
- m) Die Begründung mit »Erfahrungsregeln« als bloßen Hilfsmitteln.⁶¹
- n) »Abwägung«.⁶²
- o) »Verhältnismäßigkeit«.⁶³

Um aber kein Missverständnis aufkommen zu lassen: Wenn in Urteilen die zitierten Ausdrücke vorkommen, heißt dies noch nicht, dass dieses Urteil von vornherein kritisiert werden muss. In der Sprache der Compliance bedeuten diese Ausdrücke nur, dass ein erhöhtes Risiko besteht. In den nächsten Bearbeitungsstufen muss diesem Risiko dann Rechnung getragen werden.

IX. Führt die dezisionistische Entscheidung nach Rechtsgefühl nicht doch zu hinreichend vorhersehbaren Ergebnissen?

Barschkies führt aaO.⁶⁴ immerhin aus – nachdem er erklärt hatte, in der Begründung werde die Ableitung aus dem Gesetz vorgetäuscht:

»Das braucht nun niemanden zu beunruhigen; denn in den meisten Fällen stimmt unser Rechtsempfinden mit dem des Gesetzgebers überein, steht sozusagen in prästablierter Harmonie mit ihm ... Darum läuft es aufs gleiche hinaus, ob er seinen oder dessen Willen befolgt.«⁶⁵

59 *Haug*, Bildberichterstattung über Prominente, aaO. (Fn. 48), S. 207 ff.

60 Siehe zum Beispiel die Auseinandersetzung *Focus* ./ *Mediafocus*, oben bei Fn. 9.

61 *Schweizer*, in: FS Heldrich, aaO. (F. 11), S. 1208 f.

62 Typisch sind – einschließlich eines Hinweises auf Peter *Lerche* – die grundsätzlich nach wie vor aktuellen Ausführungen bei *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, 1994, § 84 IV 4 (Seite 818): »Tatsächlich wird es nicht möglich sein, ein absolutes Richtmaß der Abwägung zu finden. Abwägung ist stets einzelfallbezogen: Auch insofern »siegte die individualisierende Wirkung der Ausgleichsvorstellung«. Allenfalls kann es gewisse Leitlinien für die Abwägung geben. In diesem Sinne hat auch das Bundesverfassungsgericht die Abwägung primär als eine Argumentationsfigur verwandt, deren Maßstäblichkeit grundsätzlich offen ist, wenngleich eine gewisse Präferenz für den grundrechtlichen Freiheitsanspruch unverkennbar ist. Besonders deutlich ist dies bei den Grundrechten der Meinungs-, Presse- und Informationsfreiheit sowie der Glaubens- und Gewissensfreiheit geworden, die gleichsam als preferred freedoms behandelt werden.« Was die Aktualität dieser Ausführungen betrifft, muss nur insofern eingeschränkt werden, als heute die Persönlichkeitsrechte stark an Gewicht gewonnen haben.

63 Wie Fn. 62.

64 Bei Fn. 9.

65 AaO. (DRiZ 1986, 422 li. Sp.).

Barschkies schränkt dann aber doch gleich ein, wie bei Fn. 36 zitiert: »Problematisch wird es erst, wenn ihm freie Hand gelassen wird, wie bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe, der Abwägung entgegengesetzter Interessen oder zusammenwirkender Ursachen.«⁶⁶

In Wirklichkeit ist die Lücke für den Richter jedoch grundsätzlich in allen Rechtsbereichen die Regel.⁶⁷ Der Richter entscheidet somit, wie erwähnt, letztendlich doch in der Regel nach seinem eigenen Rechtsgefühl und all seinen persönlichen Vorurteilen, – wenn auch möglichst vernünftig, verantwortungsbewusst und im Rechtssystem geschult.⁶⁸ Somit: ein Alarmsignal für die Identifikation der rechtlichen Risiken als Compliance-Aufgabe.

Mit den Schwächen der Entscheidungen nach Rechtsgefühl beginnt Erwin *Riezler* bereits sein im Jahre 1946 verfasstes Vorwort zur 3. (unveränderten) Auflage seines Standardwerkes zum Rechtsgefühl.⁶⁹ In dem hier interessierenden Zusammenhang braucht das Rechtsgefühl nicht zum Rechtsbewusstsein⁷⁰ und nicht zur Rechtsüberzeugung⁷¹ abgegrenzt zu werden. Auf den Inhalt des Rechtsgefühls⁷² im Einzelnen kommt es an dieser Stelle für Compliance ebenfalls nicht an; – auch wenn eine soziologische Analyse des Inhalts erst recht misstrauisch gegen Richterentscheidungen nach Rechtsgefühl machen muss.⁷³ Compliance hilft eher der Hinweis, dass das Rechtsgefühl von Juristen eher durch rechtliche Wertmaßstäbe beeinflusst ist als bei anderen Menschen.⁷⁴

Riezler nimmt noch an, dass zwar das Rechtsgefühl als solches nicht angeboren ist. Er legt jedoch dar, dass maßgebende Bedingungen für das Rechtsgefühl individuell vererbt sein können.⁷⁵ Andere gehen heute davon aus, dass sich die Menschen wertend nach Regeln richten, die »in zentralen angeborenen oder erworbenen

66 AaO.

67 Vgl. *Schweizer*, aaO., bei Fn. 7 (Einschränkung des gesellschaftlichen Auftrages der Medien durch die Rechtsprechung), dort Fn. 12, mit Hinweis auf *Säcker*, in: MünchKomm. Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. (in neuester 5. Aufl. unverändert), Einleitung Rn. 84 sowie zahlreichen weiteren Fundstellen.

68 *Schweizer*, aaO., dort Fn. 13 zahlreiche Hinweise.

69 *Riezler*, Das Rechtsgefühl – Rechtspsychologische Betrachtungen, 3., unveränderte Auflage 1969.

70 Siehe *Riezler* aaO. (Fn. 69), S. 23 f.

71 *Riezler* aaO. (Fn. 69), S. 24.

72 *Riezler* aaO. (Fn. 69), S. 83 ff.

73 Vgl. schon oben den Hinweis auf *Haug* bei Fn. 48. Vor allem: *Heldrich/Schmidchen*, Gerechtigkeit als Beruf, 1982, beachtenswert ist in diesem Zusammenhang das gesamte Buch; *Heldrich*, Das Trojanische Pferd in der Zitadelle des Rechts? in: Juristische Schulung 1974, 281 ff.; *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, UTB 5. Aufl. 2009, S. 351 ff. und 1. Aufl.: *Metzner* 1987, S. 151 ff., 158 f. (u. a. Herkunft der Richter sowie Zuordnung nach sozialen Schichten), 164 ff. Das Schrifttum zur Justizforschung und zur Richtersozioologie ist vielfältig.

74 *Riezler* aaO. (Fn. 69), S. 133 f.

75 AaO. (Fn. 69), S. 25 ff. mit zahlreichen weiteren interessanten Hinweisen zu Forschungen und Meinungen über die Entstehung des Rechtsgefühls.

Referenzmustern vorgegeben sein müssen, und die unser ›Gewissen‹ konstituieren.«⁷⁶ »Dass ein Kind als unbeschriebenes Blatt zur Welt kommt, das können angesichts des mittlerweile gesammelten Wissens nur noch wirklichkeitsblinde Ideologen glauben.«⁷⁷ Es wird dargelegt, dass »der eigentliche Akt der Erkenntnis [mehr oder weniger] im Dunklen bleibt oder einfach unterbleibt.«⁷⁸

Wie auch immer, einig sind sich heute alle Experten, dass das Rechtsgefühl in der Regel individuell – von Entscheider zu Entscheider – unterschiedlich ist.⁷⁹ Es gibt unzählige Beispiele. Zu dem in dieser Arbeit als Hauptbeispiel abgehandelten Äußerungsrecht hat wohl der Verf. die meisten Beispiele speziell themenbezogen aufgelistet.⁸⁰

Gegenstimmen verstummen nach den Erfahrungen des Verf. spätestens dann, wenn darauf aufmerksam gemacht wird, dass abweichende Urteile zwischen der ersten und der zweiten Instanz zur Auffassung des Durchschnittslesers doch alltäglich sind. Wer in Umfragen – und sei es nur geringfügig – erfahren ist, der weiß, dass die Auffassungen so gut wie stets auseinander gehen, auch unter Richterinnen⁸¹ und Richtern. Wer auch nur geringfügig zweifelt, sollte sich der Mühe unterziehen, Studienberichte über Umfragen einzusehen. Als Beispiel bemerkenswert

76 So das Standardwerk zum menschlichen Verhalten: Irenäus *Eibl-Eibesfeldt*, *Die Biologie des menschlichen Verhaltens*, Grundriss der Humanethologie, 5. Aufl. 2004, S. 955 ff. Vgl. aus der rechtssoziologischen Literatur vor allem auch die Ausführungen zu »Die Menschen und das Recht« bei *Raiser*, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 2007, S. 336 ff. Darüber hinaus: *Lampe*, *Die Entwicklung von Rechtsbewusstsein im Kindesalter*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP)*, S. 397 ff., 400 et pass. *Lampe* schildert detailliert, wie auch *Eibl-Eibesfeldt* aaO. u. a. mit Hinweis auf *Piaget* und *Kohlberg*, sowie *Raiser*, aaO., S. 338 f., wodurch das (teilweise angeborene) Rechtsbewusstsein schon im Kindesalter beeinflusst wird. Die unterschiedlichen Einflüsse verdeutlichen, dass die Rechtsgefühle der Einzelnen grundsätzlich voneinander abweichen.

77 *Eibl-Eibesfeldt*, aaO. (Fn. 76), S. 784.

78 *Matz*, *Rechtsgefühl und objektive Werte*, 1966, S. 139.

79 Vgl. nur etwa: *Lampe* (Hrsg.), *Zur Entwicklung von Rechtsbewusstsein*, mit einer Reihe von instruktiven einzelnen Abhandlungen, 1997; *Bihler*, *Rechtsgefühl, System und Wertung*, 1979 – vor allem auch mit den interessanten Ausführungen zu den psychischen Prozessen, welche zu einer Stellungnahme führen (allen voran der Identifikationsprozess); *Gruter*, *Rechtsverhalten – Biologische Grundlagen mit Beispielen aus dem Familien- und Umweltrecht*, 1993, siehe dort u. a. S. 21 ff. Biologie und Recht mit der sicher für manchen Leser aufschlussreichen Einleitung: »Die moderne Ära der Interaktionen zwischen Biologie und Recht begann mit den Schriften von Charles *Darwin*.«

80 Siehe oben Abschnitt VIII.: Verhüllungsformeln für Dezisionismus und deren Bedeutung für eine Compliance.

81 Richterinnen erwähne ich hier deshalb gesondert, weil das Rechtsgefühl der Richterinnen im Laufe der Zeit schon einmal (zu Unrecht) als grundsätzlich abweichend eingeschätzt worden ist; vgl. *Rümelin*, *Rechtsgefühl und Gerechtigkeit*, 1948, S. 38 ff.

für Juristen ist außer den seit dem Jahre 1947 erscheinenden Allensbacher Jahrbüchern der in zwei Bänden mit insgesamt mehr als 1.000 Seiten veröffentlichte Bericht über eine Studie zur Rechtsakzeptanz.⁸²

Ein anschauliches Beispiel wird für Viele sein: Der Verf. beginnt seine Vorlesungen zur Rechtssoziologie mit Abstimmungen zu Themen wie: Befürworten Sie telefonische Markt- und Sozialforschungsumfragen zur Kundenzufriedenheit? Zum Wahlverhalten? Muss Lübecker Marzipan in Lübeck hergestellt sein? Handelt es sich hier um eine Anzeige? Sind Sie für oder gegen product placement? Schon ab der zweiten oder dritten Abstimmung ist jedem klar: Der eine fasst so auf, der andere anders. Besonders instruktiv ist es, wenn nur wenige eine bestimmte Ansicht vertreten und nahezu alle anderen eine gegenteilige. Nahezu nie gelingt es den Vielen die Wenigen umzustimmen.

Es stellt sich oftmals die Frage der Quote, also wie viele Prozent fassen repräsentativ so und wie viele anders auf. Für die Compliance stellt sich die Frage nach der Quote unter Umständen deshalb nicht, weil für Compliance damit gerechnet werden muss, dass im Einzelfall jemand entscheidet, der nur einer Minderheit angehört.

Das kollektive Rechtsbewusstsein im Einzelfall bildet die Ausnahme.⁸³ Als herrschende Meinung lässt sich das Rechtsgefühl vorfinden;⁸⁴ wobei erst empirisch ermittelt werden müsste, was herrschend und was nicht herrschend ist.

X. Die wichtigste Konsequenz für Compliance

Compliance muss zur Identifikation der Risiken zur Kenntnis nehmen, dass Entscheidungen meist vom Rechtsgefühl des Entscheiders geprägt oder beeinflusst sind und jeder Mensch, selbstverständlich auch jede Richterin oder jeder Richter ein anderes Rechtsgefühl haben kann (und auch hat), so dass Entscheidungen oft nicht klar vorhersehbar sind. Damit schließt sich der Kreis zu den zu Beginn zitierten Äußerungen von *Seitz*, *Barschkies*, *Lerche*, *Rehm* und *Rehbinder*. Es bleibt dabei, dass grundsätzlich »Entscheidungen so verschieden sind wie die Richter, die

82 *Pichler/Giese*, Rechtsakzeptanz – Eine empirische Untersuchung zur Rechtskultur aus dem Blickwinkel der Ideen, Werte und Gesinnungen. Dargestellt am Beispiel einer österreichischen Demoskopie, 1993. Nicht unmittelbar für Compliance, aber rechtssoziologisch und politisch interessant ist, dass – selbst ohne Hinweis auf die psychologischen Unterschiede bei den Entscheidern – 32 % der Bevölkerung dafür sind, dass der Gesetzgeber die Entscheidungsfreiheit der Richter einschränken solle. 16 % haben sich nicht festgelegt. 52 % vertrauen darauf, dass die Gerichte »den Spielraum im guten Sinn, im Sinne der Gerechtigkeit nützen«. Siehe Tabellen 415 ff., S. 565 ff.

83 Auf das kollektive Rechtsbewusstsein geht in der rechtssoziologischen Literatur in dem hier interessierenden Zusammenhang kurz *Raiser*, aaO. (Fn. 76) ein.

84 *Matz*, aaO. (Fn. 78), S. 143.

sie machen«.⁸⁵ Anschließend an diese Identifikation der rechtlichen Risiken folgen, wie eingangs schon erwähnt: Der Handlungsbedarf muss ermittelt, und es müssen organisatorische Maßnahmen im Hinblick auf die Risiken und den Handlungsbedarf entwickelt werden.

XI. Die nächsten Compliance-Arbeitsstufen

Die nächsten Arbeitsstufen – wie Handlungen, um das Risiko möglichst zu vermeiden sowie organisatorische Maßnahmen – gehören zwar nicht mehr hier zum Thema. Es wird sich aber doch empfehlen, hier noch kurz, wenn auch notwendigerweise nur in Bruchstücken auf sie einzugehen. Ein erster Eindruck wird auf jeden Fall vermittelt werden können.

In vielen Redaktionen sind die Redakteure schon längst erfahren genug, grundsätzlich die Risiken zu erkennen, zumal sie regelmäßig von ihren Juristen über die neuesten Entwicklungen unterrichtet werden. Die Redakteure ziehen – jedenfalls für Publikumszeitschriften und Zeitungen mit brisanten Inhalten – ihre juristischen Medienexperten zu jeder Ausgabe routinemäßig hinzu. Gemeinsam werden dann die Risiken möglichst beseitigt, und es wird versucht, dennoch den Aussagegehalt nicht zu schmälern. Es empfiehlt sich, dass die Juristen mit Formulierungsvorschlägen mitwirken. Gegenüber den Redakteuren »einfach« nur zu erklären, eine Formulierung sei rechtswidrig, ist unprofessionell.

Die Prüfungen reichen bis in die Einzelheiten. So gehört zur Beseitigung der Risiken, darauf zu achten, dass nicht etwa im Inhaltsverzeichnis, in Bildunterschriften oder womöglich auf dem Titel Formulierungen stehen bleiben, die alle Bemühungen, im Artikel das Risiko zu beseitigen, zunichte machen.

In Gerichtsverfahren kann sich empfehlen, schnell noch eine repräsentative Umfrage durchzuführen. Am preisgünstigsten und am schnellsten durchführbar ist meist eine Mehrthemenumfrage (ein »Bus«). Instruktive Musterbeispiele – neben vielen anderen – sind immer noch Verfahren zur ausreichenden Kennzeichnung von Artikeln als »Anzeige«.⁸⁶ Solche Umfragen lassen sich übrigens überraschend oft auch künftig verwenden, und zwar nicht nur zum Marken- und Kartellrecht, sondern auch zum Gewerblichen Rechtsschutz und zum Äußerungsrecht. Aufgrund von Umfragen ist beispielsweise bekannt, dass ein Großteil der Leser in Zweifelsfällen »automatisch«, »auf den ersten Blick«, zum oberen Seitenrand schaut und dort selbst bei kleineren Schriftgrößen den Hinweis »Anzeige« erkennt.

⁸⁵ Barschkies, aaO. (Fn. 33), S. 422 li. Sp., wie bereits oben zitiert.

⁸⁶ Ausführlich, siehe auch schon oben bei Fn. 8: OLG München vom 19.6.1997 »Zum Beweis für die Anschauungen eines unbefangenen Durchschnittslesers« mit Anmerkung Schweizer, beides in AfP 1997, 931 ff., sowie Schweizer, Die Entdeckung der pluralistischen Wirklichkeit, aaO. (Fn. 33), S. V ff., dort ist auch der Fragebogen abgedruckt.

Selbstverständlich können aus finanziellen und anderen Gründen repräsentative Umfragen nur gelegentlich für Compliance durchgeführt werden, – auch wenn sich mit ihnen große Schäden vermeiden lassen. Musterbeispiel: Werbekampagnen von Verlagen (die nicht Mandanten des Verf. sind) mit irreführenden Slogans oder sogar irreführenden Titeln, bei denen jeweils allein fünf Mio. Euro Einführungskosten verloren waren. Im Marken- und im Kartellrecht lohnen sich repräsentative Ermittlungen regelmäßig.

Zur Risikovorbeugung und Risikobeseitigung durch Umfragen gibt es verhältnismäßig viel Material; – von der Problemdefinition bis zur Befragungstechnik und der Analyse von Befragungsergebnissen, von der Antragsformulierung bis zur Kostentragungspflicht evtl. durch den Gegner (»Marktforschung auf Kosten der Konkurrenz«).⁸⁷

Bekannt ist dieses Material allerdings bis jetzt außer wenigen Instituten in der Regel nur Juristen, die sich in die Angewandte Rechtssoziologie eingearbeitet haben. Eine Aufgabe der Compliance wird es sein, die bereits erarbeiteten Kenntnisse als Ganzes und im Detail zu verwerten und Wege aufzuzeigen, auf denen die Probleme professionell definiert und die rechtserheblichen Sachverhalte auch ohne repräsentative Umfragen hinreichend sicher ermittelt werden können. Rechtserheblich ist dieses Thema nach den bisherigen Erfahrungen in etwa 80 % der compliance-relevanten Themen und in nahezu 100 % der Dezisionismus-Problemfälle.

XII. Fazit

Compliance beginnt damit, dass die Risiken erkannt werden müssen. So selbstverständlich diese Feststellung für den Fachmann ist, so überraschend wird meist selbst für ihn gegenwärtig sein, in welchem starkem Maße unvorhersehbar Entscheidungen sind. »Nur in der Begründung wird so getan, als habe er [der Richter] die Entscheidung aus dem Gesetz genommen« (Richter *Barschkies* wie ausgeführt). Der Berater »wird dem Mandanten kaum je zuverlässig sagen können, wie das Gericht entscheiden wird« (Richter *Seitz*). In Wirklichkeit urteilt der Richter weitgehend dezisionistisch nach seinem Rechtsgefühl. Was für Richter gilt, gilt auch für andere Entscheider.

Weil dies alles so unwahrscheinlich erscheint, müssen erst die Grundlagen ausführlicher dargestellt werden, was in diesem Beitrag versucht wurde. Diese Darstellung ist – da jedenfalls in den Zusammenhängen für Compliance neu und noch nicht oder kaum beschrieben – verhältnismäßig kompliziert.

87 Siehe www.schweizer.eu und dort »Suche«.

Die für die Risikoerkennung und -minimierung wichtigsten, sich überschneidenden Grundlagen in Schlagworten:

1. Der Dezisionismus.
Das heißt, Entscheider urteilen grundsätzlich möglichst nach ihren eigenen Vorstellungen und damit in der Regel vor allem nach ihrem Rechtsgefühl. Dies gilt auch für Richterinnen und Richter.
2. Das Rechtsgefühl.
Jeder Mensch hat ein mehr oder weniger unterschiedliches Rechtsgefühl. Deshalb ist es schwierig vorherzusehen, wie der Entscheider, vor allem das Gericht, im einzelnen Fall (»dezisionistisch«) nach seinen eigenen Vorstellungen urteilen wird.
3. Die Krise des Rechts.
Die Wissenschaft und vor allem die Praxis überwinden den Dezisionismus und damit die unvorhersehbaren Entscheidungen nach Rechtsgefühl nicht grundlegend. Dies gilt insbesondere auch grundsätzlich für Entscheidungen zu allen unbestimmten Rechtsbegriffen. So ergibt sich allein schon aus diesem Grunde bereits heute eine Krise des Rechts. Diese Krise ist erheblich größer, als sie, soweit überhaupt, in der Wissenschaft zur Kenntnis genommen wird und in der Praxis bewusst ist. Diese Krise wächst. Sie wächst bereits deshalb, weil der Bestand selbstverständlicher gemeinsamer Auffassungen unsicherer und kleiner wird. Umso schwieriger wird die Risikoerkennung und Risikominimierung für Compliance.
4. Die Bedeutung der pluralistischen Wirklichkeit für das Recht.
Sie muss bei der Definition von Rechtsbegriffen erkannt werden. In aller Regel fassen nicht alle gleich auf, und bei der Definition von Rechtsbegriffen ist festzulegen, auf wen es ankommt: auf die Auffassung des den Einzelfall entscheidenden Gerichts (normativ oder als Erleichterung zum Beweismaß) oder auf einen relevanten Verkehrskreis. Soll im Rahmen der Compliance das Risiko erkannt und minimiert werden, muss heute bei allen Begriffsdefinitionen zusätzlich die pluralistische Wirklichkeit mit bedacht werden. Es muss demnach im Gesetz oder bei der Rechtsanwendung definiert werden, wessen Auffassung erheblich ist, und ob eine Quote verlangt werden muss und welche.
5. Potenzierung der Problematik um die Bedeutung der pluralistischen Wirklichkeit für das Recht.
Für die Risikoerkennung und -minimierung im Rahmen der Compliance (aber auch für viele weitere Aufgaben) steigert sich die Unvorhersehbarkeit dadurch, dass der Compliance-Verantwortliche einerseits unsicher ist, wie der Entscheider denkt und urteilt sowie dadurch, dass er andererseits nicht weiß, wie diejenigen auffassen, deren Auffassungen rechtserheblich sind.
In dem bei Fn. 10 geschilderten Fall beispielsweise,

Robert Schweizer

- a) weiß der Compliance-Verantwortliche nicht, wie das Gericht den Satz auffassen wird,
- b) weiß er nicht, wie die Millionen Leserinnen und Leser den Satz verstehen,
- c) ist dem Compliance-Verantwortlichen erst recht unbekannt, wie sich die unterschiedlichen Auffassungen der Leserinnen und Leser verteilen (70 % so, 10 % anders, und 20 % sind unentschieden), und
- d) ist für ihn unvorhersehbar, welche Quote ein Gericht verlangen wird (reichen ihm die 10 %?).

Dieses Beispiel steht für unzählige Fälle, auch zu wertenden Begriffen, welche Tag für Tag zu bewältigen sind.

Es liegt nun an den Compliance-Verantwortlichen, sich für ihren Bereich auf diese Grundlagen einzustellen. Gegenmaßnahmen sind möglich.