

# Der «gedankenlose» Durchschnittsleser als normative Figur?

Mischa Charles Senn

Dr. iur., Rechtskonsulent, Zürich

**Résumé:** Le principe du critère objectif d'évaluation a une signification générale dans des domaines juridiques très divers. En conséquence de quoi on ne se fonde pas sur l'opinion subjective de la personne concernée, mais sur la compréhension objectivée d'un destinataire moyen. Alors que le droit de la propriété immatérielle en particulier part d'une appréciation s'appuyant sur le cercle des personnes concernées, le droit des médias se fonde toujours sur un lecteur moyen totalement indifférencié. On méconnaît de cette manière que la structure pluraliste de notre société actuelle n'a guère besoin d'une généralisation normative, mais bien plus d'un examen différencié de la compréhension de cercles concrets de personnes. Ceci n'est souvent pas une question de nature juridique, mais une question de fait.

## I. Problematik eines allgemeinen Durchschnittsverständnisses

### 1. Einleitung

Nach dem Grundsatz des objektiven Bewertungsmaßstabes wird allgemein auf das Verständnis eines Durchschnittsbürgers<sup>1</sup> abgestellt. Beispielsweise ist im Urheberrecht ein solcher Durchschnittsrezipient bei der Frage nach dem ästhetischen Gehalt eines Werkes relevant<sup>2</sup>. Im Wettbewerbsrecht ist der Durchschnittskonsument u.a. bei der Frage der Irreführung und Verwechslungsgefahr ausschlaggebend<sup>3</sup>. Dieselbe Methode wird auch im Markenrecht<sup>4</sup> und beim Patentrecht<sup>5</sup> angewandt. Im Bereich des Medien- und Kommunikationsrechts ist die-

ser «objektive Durchschnittsmaßstab» ebenso von Bedeutung.<sup>6</sup>

Unbestritten ist, dass ein individuelles, subjektives Empfinden nicht Richtmass für die Prüfung einer Tatbestandsmäßigkeit sein kann. Deshalb hat die Beurteilung nach einem objektiven Maßstab zu erfolgen. Es wird dabei, allgemein gesprochen, von einem Durchschnittsverständnis ausgegangen. Dieses soll sich auf die durchschnittliche Auffassungsgabe eines Rezipienten beziehen. Das Durchschnittsverständnis ist indessen meist nicht mehr als eine Annahme. Daher ist bei Anwendung der Methode des Abstellens auf ein Durchschnittsverständnis trotz ernsthaftem Versuch einer Objektivierung letztlich eine gewisse Willkür nicht ganz auszuschliessen.

So werden dem Durchschnittsleser fast beliebig viele Fähigkeiten und vor allem Unfähigkeiten zugeordnet - je nach Argumentationsstrategie: Die Palette reicht vom «unbefangenen», «unvoreingenommenen», «vernünftigen», «normalbegabten», «durchschnittlich intelligenten»<sup>7</sup> «flüchtigen», «normal aufmerksamen Durchschnittsleser» bzw. «durchschnittlich aufmerksamen Leser»<sup>8</sup>, «normal empfindenden»<sup>9</sup>, «unbeteiligten» und

- 1 Je nach dem Durchschnittsleser, Durchschnittskonsument, Durchschnittskäufer, Durchschnittsabnehmer etc. genannt, im Folgenden allgemein als **Durchschnittsrezipient** bezeichnet (vgl. zum Ganzen SENN, M., Satire und Persönlichkeitsschutz. Zur rechtlichen Beurteilung satirischer Äusserungen auf der Grundlage der Literatur- und Rezeptionsforschung, Bern 1998, S.64ff. [mit zahlreichen Hinweisen]).
- 2 BGHZ 55, 63; REHBINDER M., Rechtssoziologie, 3.A. Berlin 1993, S.22 Fn 30.
- 3 Vgl. z.B. PEDRAZZINI M.M., Unlauterer Wettbewerb UWG, Bern 1992, S.88; STREULI-YOUSSEF M., in: SIWR V/1, 2.A. Basel 1998, S.144f.; SCHALTEGGER P., Die Haftung der Presse aus unlauterem Wettbewerb, Zürich 1992, S.40; KNAAK R./RITSCHER M., Recht der Werbung in Europa. Schweiz, 2.A. Baden-Baden 1996, N 51; BGE 120 IV 37; 117 IV 193 E.3a; 88 II 55; 87 II 345 E.3; Handelsgericht Bern, U. v. 20.8.96 E.2b (= sic! 1998, 83).
- 4 BGE 122 III 382 («Kamillosan/Kamillon»; mit zahlreichen Hinweisen, auch auf die deutsche Literatur; = sic! 1997, 45ff.); vgl. auch REHBINDER M., Demoskopie als Beweismittel im Markenrecht, in: Marke und Marketing, SMI, Bern 1990, S.358.
- 5 BGer, U. v. 8.2.94 E.2, in: GRUR Int. 1995,167; TROLLER A./TROLLER P., Kurzlehrbuch des Immaterialgüterrechts, 3.A. Basel 1989, S.41.

- 6 Vgl. z.B. SCHÜRMAN L./NOBEL P., Medienrecht, 2.A. Bern 1993, S.241; RIKLIN F., Schweizerisches Presserecht, Bern 1996, § 7 N 16; BÄNNINGER B., Die Gegendarstellung in der Praxis. Unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen und kantonalen Rechtsprechung, Zürich 1998, 95f.; GEISER TH., Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke, Basel 1990 [zitiert Kunstwerke], Rz. 2.50ff.; GLAUS B., Das Recht am eigenen Wort. Informationelle Selbstbestimmung als Schranke der Medienfreiheit - mit allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Mediengespräch, Bern 1997, S.52. BGE 111 II 211; 107 II 4.
- 7 BGE 111 IV 68 E.3.
- 8 BGE 118 II 319 E.4a und 4b.
- 9 BGE 96 IV 69.

«unbedarften»<sup>10</sup> über den «unverbildeten» und den «gedankenlosen» usw. Durchschnittsbürger. Es soll sogar eine «Durchschnittsmoral»<sup>11</sup> geben, die im übrigen aber weder dem «Durchschnittsgläubigen» noch dem (gläubigen) «Durchschnittschristen»<sup>12</sup> zugeordnet werden kann.

## 2. Zunehmende Kritik

Der Rechtsprechung und den meist unreflektierten Übernahmen in der Literatur zum Rückgriff auf den Durchschnittsbürger stehen vermehrt kritische Meinungen gegenüber, da mit dem Abstellen auf irgendeinen Durchschnittsbürger zum einen völlig offen bleibt, ob überhaupt die relevante Personengruppe einbezogen ist. Zum anderen ist die dem «Durchschnittsmeiner» unterschobene Auffassungsgabe in den seltensten Fällen rechtsgenügend abgeklärt (weil angeblich eine Rechtsfrage vorliegt<sup>13</sup>). Vielmehr ist festzustellen, dass hinter dem Durchschnittsverständnis fast regelmässig die eigene Auffassung des beurteilenden Richters steht<sup>14</sup>.

10 Diese und die vorgenannte Bezeichnung wurde tatsächlich vom Bundesgericht gebraucht: BGer, U. v. 22.3.96 E.3 («Drogensekte» [betr. StGB 173ff.], = *medialex* 1996, S.159).

11 RIKLIN, Presserecht (Fn 6), § 5 N 18.

12 Zürcher Obergericht im «Achterbusch-Film»-Prozess (U. v. 24.5.85, ZR 1986, Nr.44, S.101, [103]) bzw. schon das Bezirksgericht Zürich im gleichen Fall (U. v. 4.12.84, SJZ 1985, S.98 [100]).

13 Siehe dazu Ziff.II.1.

14 SCHWEIZER R., Die Entdeckung der pluralistischen Wirklichkeit. Durchschnittsleser, Presse-recht, Verständiger Verbraucher, Wettbewerbsrecht, Wertvorstellungen, Grundnorm, 2. Aufl. Berlin 1998, S.28; vgl. auch NORDEMANN, Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 1994, Rn 51 (S.50): «Der verständige «Durchschnittsgewerbetreibende» ist in Wahrheit mit dem Richter identisch (...).» SEIBERT T.-M., Der Durchschnittsleser als Mittler gerichtlicher Kommunikationsvorstellungen, in: GREWENDORF G. (Hrsg.), Rechtskultur als Sprachkultur. Zur forensischen Funktion der Sprachanalyse, Frankfurt a.M. 1992, S.332-371, 339, bemerkt: «Der Durchschnittsleser ist kein demoskopisches Konstrukt; er ist: das Gericht», und spricht daher vom «gerichtlichen Durchschnittsleser» (!). Das Bundesgericht sagt dies wohl nicht ganz beabsichtigt, aber desto unverblümt, wenn es ausführt, dass eine Äusserung so zu verstehen sei, «wie sie nach der Auffassung des Richters vom unbefangenen Durchschnittsleser verstanden wird» (BGer, U. v. 10.6.96 E.2d.bb, «Tierversuch», = *medialex* 1996, 161 [Hervorhebung vom Verfasser]).

Das - auch nur annäherungsweise - «ermittelte» Verständnis ist auch dann kaum je eine tatsächlich-objektive Meinung, sondern eine Meinung, wie sie nach den gerade aktuellen<sup>15</sup> Wertvorstellungen des Richters sein sollte. Das Verhalten und Verständnis des Durchschnittslesers hat in den Augen des Richters demnach einen normativen Vorbildscharakter<sup>16</sup>, der nach einer antizipierten Handlungsweise verlangt<sup>17</sup>. Nicht zu Unrecht wird der Durchschnittsleser daher als «normative Fiktion», «Rechtsfigur, mehrdeutige Argumentationsfigur», «theoretisches Gedankengebilde» oder auch als «rezeptionsästhetisches Instrument» bezeichnet<sup>18</sup>. Nähere Details über die geistige und soziale Struktur dieses «juristischen Normalverbrauchers» werden jedoch kaum je enthüllt. Das rührt daher, dass einerseits darüber keine empirischen Daten erhoben bzw. zugänglich gemacht werden und andererseits keine solchen erhoben werden müssen, solange dabei von einer Rechtsfrage ausgegangen wird.

Kritik am relativ pauschalen und undifferenzierten Abstellen auf eine Durchschnittsauffassung ist daher angebracht. GEISER beispielsweise meint zutreffend, dass der Grundsatz des objektiven Bewer-

15 Auf die (unstreitige) Wandelbarkeit des Wertbewusstseins braucht an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden, vgl. dazu OTT W., Wertgefühl und Wertobjektivismus, in: JAKOB R./USTERI M./WEIMAR R. (Hrsg.), Psyche, Recht, Gesellschaft. Widmungsschrift für M. Rehbinder, Bern/München 1995, S.108f.; SCHULZE G., Die Erlebnisgesellschaft. Kultursoziologie der Gegenwart, 6.A. Frankfurt a.M. 1996, S.475ff.

16 Das erst noch vom Richter selbst umschrieben wird. BRÜGGEMANN H., Der «unvoreingenommene Durchschnittsleser» - eine Geburt aus dem Geiste der Justiz, Alternative 124, Febr. 1979, S.22-30, 27, gebraucht sogar den Begriff «Gesinnungsordnung», welche durch die Figur des Durchschnittslesers entworfen werde.

17 Vgl. schon LIMBACH J., Der verständige Rechtsgenosse, Berlin 1977, S.4 und 87f. und LARENZ K., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2.A. Berlin 1969, S.427.

18 Vgl. z.B. SEIBERT (Fn 14), S.354; GEISER, Kunstwerke (Fn 6), Rz 2.50; PEDRAZZINI, UWG (Fn 3), S.89. Weitere Literaturangaben bei SENN, Satire und Persönlichkeitsschutz (Fn 1), S.68f. Demgegenüber spricht man bei der Methode des Rückgriffs auf den Durchschnittsrezipienten von Kunstgriff (vgl. SCHWEIZER [Fn 14], S.9; BVerfG, U. v. 7.12.76 [= NJW 1977, 799 (800)]; NOLTE G., Beleidigungsschutz in der freiheitlichen Demokratie, Berlin 1992, S.57).

**Zusammenfassung:**  
Der Grundsatz des objektiven Bewertungsmaßstabes hat allgemeine Bedeutung in ganz unterschiedlichen Rechtsgebieten. Danach ist nicht auf die subjektive Auffassung eines Betroffenen, sondern auf das objektivierte Verständnis eines Durchschnittsrezipienten abzustellen. Während sich die Beurteilung insbesondere im Immaterialgüterrecht auf den jeweilig massgebenden Verkehrskreis abstützt, wird im Medienrecht nach wie vor von einem ausgesprochen undifferenzierten Durchschnittsleser ausgegangen. Dabei wird verkannt, dass die pluralistische Struktur unserer heutigen Gesellschaft kaum mehr eine normative Verallgemeinerung, sondern eine differenzierte Betrachtung des Verständnisses der konkreten Personenkreise verlangt. Gerade dies ist aber vielfach keine Rechtsfrage, sondern eine Frage tatsächlicher Natur.

tungsmassstabes lediglich besagt, «dass es nicht auf das subjektive Empfinden der Parteien ankommen kann. Wer aber der durchschnittliche Leser ist und welches Textverständnis diesem zukommt, bleibt erst zu bestimmen»<sup>19</sup>. Immerhin glaubt GEISER festzustellen, dass die «Bezeichnung des massgeblichen Personenkreises in der Rechtsprechung insofern genauer geworden ist, als nicht mehr vom [unbestimmten] «Durchschnittsbürger» auszugehen ist (...)», sondern auf den Leserkreis des entsprechenden Presseerzeugnisses abgestellt werden könne. Das wäre zwar schon ein gewisser Fortschritt, ist aber in der Rechtsprechung entgegen seiner An-

nahme noch keineswegs so eindeutig vollzogen<sup>20</sup>. Zustimmung verdient jedoch die Ansicht, wonach «nur auf die tatsächlich vorherrschende Meinung jener Kreise abgestellt werden» kann, «in der die zu beurteilende Äusserung verbreitet wird»<sup>21</sup>. Auch das (deutsche) Bundesverfassungsgericht hat dem «flüchtigen und gedankenlosen Leser»<sup>22</sup>, welcher gemeinhin mit dem Durchschnittsleser identisch ist, nicht attestieren können, dass dieser interessiert, aufmerksam und geeignet sei, das Ergebnis einer Interpretation zu begründen. Daher ist das Abstellen auf diesen Leser ein **unangemessener Interpretationsmassstab**<sup>23</sup>. Das insbesondere dann, wenn die Information ersichtlich politische und aufmerksame Leser **voraussetzt** und sich an diese **richtet**. Sogar der EuGH verlangt bezüglich des Konsumenten inzwischen ein höheres Anforderungsprofil, indem (auch) vom Durchschnittskonsumenten gewisse qualifizierende Eigenschaften verlangt werden. Er geht deshalb vom selbstständigen, informierten und mündigen Verbraucher aus<sup>24</sup>. Genauso wie die «Fehlvorstellungen einer Minderheit unverständiger Verbraucher (...) nicht schutzwürdig»<sup>25</sup> sind, kann für das massgebende Verständnis nicht von jenem Verständnis eines beliebigen Durchschnittslesers ausgegangen werden. Ein besonderes Schutzbedürfnis ist lediglich Kindern zuzugestehen<sup>26</sup>.

Es ergibt sich somit das Postulat, dass nicht von einem beliebigen Durchschnittsverständnis, sondern vom Verständnis eines spezifizierten Adressatenkreises auszugehen ist. Es muss somit auf den jeweilig **massgebenden Personenkreis und dessen Verständnisrepertoire** abgestützt werden.

Das wird teilweise ja bereits vollzogen, insbesondere im Bereich des Immaterialgüterrechts<sup>27</sup>. Es ist nicht ersichtlich, weshalb dies in andern Bereichen, wie beispielsweise im Medienrecht oder bei Fragen des Persönlichkeitsschutzes, nicht ebenso Geltung haben kann. Einen Schritt in die Richtung einer Ausweitung des Gebotes für eine spezifizierte Beurteilung machte inzwischen das OLG München, indem es nicht auf ein allgemeines Durchschnittsverständnis, sondern auf

- 19 GEISER TH., Zivilrechtliche Fragen des Kommunikationsrechts, *medialex* 1996, S.203-216, 205f.; weitere Kritik aus medienrechtlicher Sicht bei GLAUS (Fn 6), S.52 und 92 (der vom «problematischen Massstab des Verständnisses des Durchschnittsbürgers [...]» spricht), BÄNNINGER (Fn 6), 95ff. und SENN M., Zum Rezeptionsverständnis von Satire in der schweizerischen Rechtsprechung, *medialex* 1996, S.179-181, 180f., sowie SENN M., Aspekte der rechtlichen Beurteilung satirischer Äusserungen, sic! 4/1998 (Ziff.III.2 [Seitenangabe bei Redaktionsschluss noch nicht bekannt]). BUCHER A., Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 2.A. Basel 1995, Rn 492, übernimmt diesen Durchschnittsleser auch nur in Anführungszeichen.
- 20 Demgegenüber trifft das für die deutsche Rechtsprechung zu: LÖFFLER M. (fortgeführt von WENZEL K.E. und SEDELMEIER K.), *Presserecht*, München 1997, LPG § 6 Rn 90 (mit Darstellung der Rechtsprechung); OLG München, U. v. 19.6.97 (= AFP 1997, 930) mit einer Anmerkung von R. SCHWEIZER (S.931-935, zitiert Anmerkung).
- 21 GEISER, *Kunstwerke* (Fn 6), Rz 2.51; ebenso bereits SCHUMACHER R., Die Presseäusserung als Verletzung der persönlichen Verhältnisse, insbesondere ihre Widerrechtlichkeit, Fribourg 1960, S.147.
- 22 BGH, U. v. 15.11.94 («Caroline von Monaco», JZ 1995, 360). Ähnlich auch schon BGE 21 S.175. FEZER K-H.: Erste Grundsätze des EuGH zur markenrechtlichen Verwechslungsgefahr - oder: «Wie weit springt die Raubkatze?», NJW 1998, 715.
- 23 BVerfG, Beschl. v. 7.12.76 (= NJW 1977, 799); WENZEL K.E., Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung. Handbuch des Äusserungsrechts, Köln 1994, Rn 4.5.; BÄNNINGER (Fn 6), 97ff.; vgl. auch BGE 111 IV 68 E.3.
- 24 «Mars»-Entscheidung des EuGH (U. v. 6.7.95, = GRUR Int. 1995, 804 [805]); FEZER (Fn 22), 715; TROGE T., «Berechtigte Verbrauchererwartungen» und Schutz der Verbraucherinteressen im europäischen Recht, AJP 1998, S.158-174, 159f.; BÜTTNER H., Die Irreführungsquote. Folgen eines sich ändernden Normverständnisses, GRUR 1996, S.533-541, 534; WEBER R. H., Deregulierung und Konsumentenschutz - Grundlagen, JKR 1996, Bern 1996, S.15-78, 57f. Ferner REHBINDER M., Zum Rechtsbegriff des Konsumenten, JKR 1995, Bern 1995, S.59-74, 71f.
- 25 BÜTTNER (Fn 24), 540.
- 26 REICH N., Europäisches Verbraucherrecht. Eine problemorientierte Einführung in das europäische Wirtschaftsrecht, Baden-Baden 1996, N 15b.
- 27 Z.B. TROLLER/TROLLER (Fn 5), S.41, verlangen zu Recht, dass nach dem Fachmann des **jeweiligen Fachgebietes** zu differenzieren sei. Vgl. auch BGE 122 III 382 («Kamillosan/Kamillan, Kamillon»; = sic! 1997, 45ff.), wo auf die massgebenden Verkehrskreise (vgl. MSchG 47 II) hingewiesen wird (E.1) und zudem eine Differenzierung vorgenommen wird zwischen der (geringen) Aufmerksamkeit eines Konsumenten von Massentartikeln des täglichen Bedarfs und dem Unterscheidungsvermögen der Konsumenten von Spezialprodukten, die an einen relativ geschlossenen Kreis verkauft werden (E.3a).

einen bestimmten und bestimmbaren Teil der Leserschaft einer bestimmten Zeitschrift abstellte. Damit wendete ein Gericht dieses Postulat ausdrücklich im Medienrecht (hier: Presserecht) an. Für eine spezifizierte Beurteilung bedurfte es indes einer Abstützung auf eine demoskopische Erhebung. Damit war aber eine Tatfrage zu beurteilen<sup>28</sup>.

## II. Lösungsansätze

### 1. Die Unterscheidung in Rechts- und Tatfrage

Grund für den Rückgriff auf ein Durchschnittsverständnis ist, dass der Richter bei der Prüfung des Vorliegens der tatbestandsmässigen Voraussetzungen auf eine entpersonalisierte, objektivierte Methode abstellen muss. Er kann diese Methode dahingehend nachvollziehen, dass er beim Durchschnittsverständnis von der Beantwortung einer Rechtsfrage, vom Vorliegen eines Erfahrungssatzes oder vom Bestehen einer Tatfrage ausgeht.

Aus der Analyse der Rechtsprechung zum Durchschnittsleser ist zu folgern, dass die «Rechtsfigur» Durchschnittsleser bzw. dessen Verständnis - teils stillschweigend, teils explizit - vielfach als unbestimmter Rechtsbegriff betrachtet wird.

Die Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatfrage (sowie Erfahrungssatz) bereitet anerkanntermassen Schwierigkeiten, und häufig wird eine logische und methodische Unterscheidung nicht vorgenommen<sup>29</sup>. Eine **Tatfrage** kann umschrieben werden als Frage danach, ob sich rechtserhebliche Tatsachen verwirklicht haben, während eine **Rechtsfrage** die rechtliche Würdigung der Tatsachen, d.h. die Rechtsanwendung des in Frage kommenden Tatbestandes gestützt auf die festgestellten Tatsachen, darstellt<sup>30</sup>.

Folgende Beispiele sollen die praktischen Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Rechts- und Tatfrage in verschiedenen Rechtsgebieten veranschaulichen:

- Beim Vertragsabschluss sind die Äusserungen der Parteien eine Tatfrage<sup>31</sup>. Welche rechtliche Bedeutung diesen Äusserungen zukommt, ist eine Rechts-

frage, d.h. die Frage, nach welchen Grundsätzen eine solche auszulegen ist<sup>32</sup>.

- Die Abgrenzung zwischen Tatsachenbehauptung und Meinungsäusserung ist eine Rechtsfrage<sup>33</sup>.
- Die (markenrechtliche) Unterscheidbarkeit ist ein Rechtsbegriff. Bei der Prüfung der Frage, ob diese Unterscheidbarkeit gegeben ist, hat der Richter die Anschauung des (massgeblichen) Verkehrskreises zu berücksichtigen, was zumindest solange eine Tatfrage ist, als darüber keine gesicherte Kenntnis besteht<sup>34</sup>. Rechtsfrage hingegen ist, inwieweit auf Erfahrungssätze abgestellt werden darf und ob zutreffende Erfahrungssätze der rechtlichen Beurteilung zugrunde liegen<sup>35</sup>.

Für diese **Erfahrungssätze** kann sich der Richter auf die allgemeine Lebenserfahrung und sein eigenes Wissen abstützen<sup>36</sup>. Hingegen muss er sich auf die Beurteilung von Sachverständigen beziehen, wenn es sich um Erfahrungssätze handelt, die sich ausserhalb seiner eigenen Erfahrung befinden<sup>37</sup>. Schliesslich reicht auch in anderen Bereichen, so insbesondere der Soziologie, die eigene Vorstellung (Erfahrung), die man «als teilnehmender Beobachter der eigenen Kultur gesammelt hat», nicht aus, um ihr eine wissenschaftlich gesicherte, er-

28 SCHWEIZER, Anmerkung (Fn 20), 932.

29 VOGEL O., Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 4.A. Bern 1995, 13 N.162ff.; LARENZ K./CANARIS C-W., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3.A. Berlin 1995, S.128 und 131.

30 OG 43 IV; VOGEL (Fn 29), 13 N.163; LARENZ/CANARIS (Fn 29), S.128.

31 BGE 105 II 166 E.2. Ebenso ist das Wissen massgeblicher Personen eine Tatfrage (vgl. BGE 118 II 62, 113 II 27; 111 II 74; MEISSER J.D., in: SIWR III, Basel 1996, 449f. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

32 GULDENER M., Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3.A. Zürich 1979, S.481; BGE 118 II 365 E.1 (mit Hinw.); 119 II 451 E.3a (= Pra 84 [1995] Nr.36).

33 NOLTE (Fn 18), S.62. Allerdings ist die Frage, ob eine Äusserung vom Durchschnittsrezipienten als Tatsachenbehauptung oder als Meinungsäusserung verstanden wird, tatsächlicher Natur (vgl. SCHWEIZER, Anmerkung [Fn 20], S.935, mit Hinweisen).

34 KNAAK R., Demoskopische Umfragen in der Praxis des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts, Weinheim 1986, S.5; BGH, U. v. 5.7.84 («Patented»). Hinsichtlich der Beurteilung der Verwechslungsgefahr meint E. MARBACH (in: SIWR III, Basel 1996, S.99), dass man auch argumentieren könnte, dass diese «letztlich eine antizipierte Beweiswürdigung und damit tatbeständlicher Natur» sei.

35 GULDENER (Fn 32), S.483.

36 MESSMER G./IMBODEN H., Die eidg. Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, Rz 94f.

37 GULDENER (Fn 32), S.483 Fn 31; vgl. auch KNAAK (Fn 34), S.6; BGE 111 II 72 E.3a.

kennnistheoretische Relevanz zu verleihen<sup>38</sup>. Erfahrungssätze dienen «nicht der Feststellung von Tatsachen, sondern der Ermittlung einer blossen Wahrscheinlichkeit von Tatsachen»<sup>39</sup>. Sie bleiben «nur Ausdruck von unreflektierten subjektiven Eindrücken oder sogar von gesellschaftspolitischen Vorurteilen», wenn sie nicht auf überprüfbar empirischem Material oder auf wissenschaftlichem Beweis beruhen<sup>40</sup>. Erfahrungssätze vermögen u.U. die sichere Erkenntnis, die der Rechtsanwendung oder der Beweiswürdigung dient, zu ersetzen, aber nur **sofern** sie unzweifelhaft, unstrittig oder noch aktuell sind<sup>41</sup>. Ist deren Richtigkeit strittig oder ungewiss, so ist darüber Beweis zu führen, insbesondere in Bereichen, in denen das Gericht kein gesichertes Wissen besitzt<sup>42</sup>. Die eigene oder «soziale Erfahrung» reicht zu einer sicheren Beurteilung längst nicht in allen Fällen aus, «so dass eine gewisse Unsicherheit verbleibt»<sup>43</sup>, da dem Richter eine «zwangsläufig beschränkte Erfahrung»<sup>44</sup> eigen ist. Die Methode des Abstellens auf den Verständnishorizont resp. das Verständnisrepertoire eines rein fiktiven, weil vom Richter selbst angenommenen Rezipienten unterliegt bekanntlich selbst

der Gefahr der Subjektivierung<sup>45</sup>, die «schliesslich zu einer Beliebigkeit führen kann, weil ihr (...) eine empirisch fundierte Grundlage fehlt»<sup>46</sup>. Daher ist beim Abstellen auf Erfahrungssätze Vorsicht geboten.

Von der Beantwortung einer Rechtsfrage ist in diesem Zusammenhang nur dann auszugehen, wenn fraglos kein Zweifel am vermuteten Verständnis dieses Durchschnittsrezipienten vorliegt. Bestehen solche Zweifel oder besteht nur schon Grund zur Annahme eines solchen Zweifels, dann hat das Gericht von sich aus das sachverhaltsrelevante Verständnis ermitteln zu lassen. Auf jeden Fall muss es dies tun, wenn die Ansicht des Gerichtes oder die der Gegenseite bestritten (worden) ist. Damit gelangt man nun zu Fragen der trichterlichen Überprüfung.

## 2. Das massgebliche Durchschnittsverständnis als Tatfrage

Es wurde in Ziff.I.2 dargelegt, dass dem Verständnis des Durchschnittsrezipienten ein normativer Charakter zugedacht wird. Diese Betrachtungsweise berücksichtigt indessen kaum die realen Gegebenheiten. In einer pluralistischen Wirklichkeit, wie sie heute besteht, müssen Wertkonvention und Normbewusstsein einzelner Segmente der Gesellschaft nicht zwangsläufig mit denen anderer Gruppen korrelieren<sup>47</sup>. Was beispielsweise für die eine Gruppe als unsittlich angesehen wird, kann für einen anderen Personenkreis im schlimmsten Fall geschmacklos sein. Fragen des Verständnisses sind daher bei jenem Personenkreis zu ermitteln, an welchen die Äusserung auch gerichtet war. Massgebend ist somit der angesprochene Rezipientenkreis. Dies ist schliesslich im Wettbewerbs- und Kennzeichenrecht bereits anerkannte Doktrin.

Wie auch das Bundesgericht in verschiedenen Entscheiden festgestellt hat, sind die Auffassung, das Verständnis bzw. die Vorstellung eines massgeblichen Abnehmerkreises allesamt Tatfragen<sup>48</sup>. Eine Begründung, weshalb das beim Verständnis des Rezipienten ausserhalb dieser Bereiche anders sein soll, blieb bisher aus<sup>49</sup>. Neuerdings scheint das Bundesgericht in-

38 Vgl. SCHULZE (Fn 15), S.141.

39 BGE 118 II 365 E.1; GULDENER (Fn 32), S.482.

40 SCHWANDER I., Bemerkungen zum Entscheid des Bundesgerichts v. 12.1.94, AJP 1994, S.380-384, 381.

41 SCHWANDER (Fn 40), S.381; LARENZ/CANARIS (Fn 29), S.107ff.; BGH U. v. 15.2.96 E.II.2a und d («Philishave II», = NJW 1996, 2161 = WRP 1996, 729).

42 GULDENER (Fn 32), S.319; SCHWANDER (Fn 40), S.381; MESSMER/IMBODEN (Fn 36) Rz 95; BGE 111 II 72 E.3a.

43 LARENZ/CANARIS (Fn 29), S.107.

44 BENDA E., Demoskopie und Recht, Allenspach 1972, S.11.

45 GEISER, Kunstwerke (Fn 6), Rz 2.50.

46 SEVECKE T., Die Benetton-Werbung als Problem der Kommunikationsfreiheiten, AfP 1994, S.196-198 (197); vgl. auch die bei SENN, Satire und Persönlichkeitsschutz (Fn 1), S.66ff., zitierte Literatur.

47 Vgl. SCHULZE (Fn 15), S.174 und 364; SCHWEIZER, Anmerkung (Fn 20), S.932 Fn 13; SENN, Satire und Persönlichkeitsschutz (Fn 1), S.75ff.

48 BGE 99 II 401 E.1c; 87 II 349 E.3a.

49 Das Bundesgericht geht im Zusammenhang mit der Beurteilung des «Anstands- und Sittlichkeitsgefühls» ohne Begründung von einer Rechtsfrage aus: «Welcher Sinn einer (...) Äusserung beizulegen ist, beurteilt sich in aller Regel danach, wie der unbefangene Hörer oder Leser durchschnittlicher Intelligenz sie in guten Treuen verstehen kann. Diese objektivistische Betrachtungsweise hat das Bundesgericht (...) angewendet, und es hat entsprechend als Rechtsfrage frei geprüft, ob z.B. eine bestimmte Äusserung ehrverletzend sei (...).» BGE 111 IV 68 E.3; vgl. auch BGE 118 II 62; 113 II 27; 88 II 28 E.II.4; MEISSER (Fn 31), 449f.

dessen auch im Bereich des Medienrechts und Persönlichkeitsschutzes zur Tatfrage zu tendieren, ohne diesen Wandel allerdings zu begründen<sup>50</sup>.

Es kann der Beurteilung über das angeblich vorhandene Verständnis nicht generell die Beantwortung einer Rechtsfrage oder das Abstellen auf einen Erfahrungssatz zugrunde gelegt werden. Die Beurteilung muss sich vielmehr auf einen tatsächlich überprüfbaren Beurteilungsmassstab anhand der sachverhaltsrelevanten Ausgangslage abstützen<sup>51</sup>. Und damit liegt bei der Prüfung des Verständnisses des angesprochenen Rezipientenkreises vielfach eben eine Tatfrage vor. Vorauszugehen hat indessen eine eingehende, einzel-fallweise Beurteilung<sup>52</sup> darüber, ob das konkret in Frage stehende Verständnis als Rechts- oder als Tatfrage zu behandeln ist.

### 3. Demoskopische Umfragen

Solche Tatfragen können durch Demoskopie ermittelt werden. Der hier zur Diskussion stehende Gegenstand der Demoskopie betrifft die Auffassung bzw. das Verständnis des massgeblichen Rezipienten.

Die Ermittlung der Verkehrsauffassung durch demoskopische Umfragen wird in der Schweiz noch mehrheitlich abgelehnt, deren grundsätzliche **Eignung** indessen hervorgehoben<sup>53</sup>. Das Bundesgericht hat in einem Fall der Deutung des Begriffes «Unzüchtigkeit» den Antrag abgelehnt, das Sittlichkeitsempfinden des Durchschnittsbürgers mittels empirischer Umfrage festzustellen, gleichzeitig aber festgehalten, dass es dem Richter nicht versagt sei, «sich der demoskopischen Umfrage zu bedienen, um rechtlich relevante Publikumsmeinungen zu ermitteln»<sup>54</sup>. Voraussetzung sei jedoch, dass solche Erhebungen nach kantonalem Recht zulässig seien, sie als taugliches Beweismittel erscheinen und dem Richter

die - kraft Bundesrecht - freie Beweiswürdigung erhalten bleibe<sup>55</sup>.

Nach deutschem Recht ist die prinzipielle Eignung und Zulässigkeit des Beweismittels der demoskopischen Umfrage unstreitig<sup>56</sup>. Sie ist sogar die «bestverfügbare Methode zur Feststellung der Verkehrsauffassung (...)»<sup>57</sup>. Der Grundsatz des empirisch gesicherten Massstabes zur Feststellung einer Tatbestandsmässigkeit ist dort unbestritten. Aus rein praktischem Gesichtspunkt darf die Publikumsbefragung dagegen nicht ausgeschlossen werden. Wenn lediglich aus Gründen der Vermeidung aufwendiger Verfahren auf die eigene Sachkunde des Richters abgestellt werden soll<sup>58</sup>, kann dies eine Verletzung rechtlicher Grundsätze bedeuten<sup>59</sup>. Aus diesen Gründen soll und kann auf das Beweismittel einer demoskopischen Umfrage (u.U. auch auf ein Sachverständigen-Gutachten<sup>60</sup>) abgestellt werden. ■

50 So hielt es fest, dass es Tatfrage (und damit für das Bundesgericht verbindlich) sei, was «beim Durchschnittsleser als bekannt vorausgesetzt werden darf (Art. 63 Abs.2 OG)» (BGer, U. v. 7.6.95 E.2a und c [«VPM c. «Berner Zeitung», = *medialex* 1996, 41f.]). Es ging hier um die Frage, welches Vorverständnis (und damit Grundlage für das Verständnis) einer Äusserung vorgelegen hat.

51 GEISER, Kunstwerke (Fn 6), Rz 2.51.

52 Diese Vorfrage selbst ist eine Rechtsfrage.

53 REHBINDER, Demoskopie (Fn 4), S.363f.; MEISSER (Fn 31), 449f.

54 BGE 103 IV 96 E.2b [Hervorhebung vom Verfasser]. Die Begründung des Antrages lautete u.a. dahingehend, dass das Durchschnittsempfinden eine statistische Tatsache sei.

55 BGE 103 IV 96 E.2b. Die Vorinstanz hatte die Verwertung einer entsprechenden Umfrage aus Gründen des kantonalen Prozessrechtes wegen fehlender Beweiskraft abgelehnt. Zur freien Beweiswürdigung vgl. BGE 114 II 289 E.2a.

56 BÜTTNER (Fn 25), S.537; REHBINDER, Rechtssoziologie (Fn 2), S.89; SEIBERT (Fn 14), S.340f. Ausdrücklich nun auch das U. des OLG München v. 19.6.97 (= AfP 1997, 930), dazu die Anmerkung von SCHWEIZER (Fn 20), S.931ff.

57 SCHWEIZER, Entdeckung (Fn 14), S.92 Anm.160 und S.31f. (mit Hinweisen).

58 Wie das WENZEL ([Fn 23], Rn 4.37) in pragmatisch motivierter Absicht vorschlägt.

59 BVerfG, Beschl. v. 13.11.92 (= NJW 1993, 1461).

60 SENN, Satire und Persönlichkeitsschutz (Fn 1), S.103f.