

HERTIN & Partner · Kurfürstendamm 54/55 · D-10707 Berlin

Landgericht Berlin
Littenstr. 12-17
10179 Berlin



Via beA

Ihr Zeichen
Unser Zeichen IV 9/22 sz
Sekretariat Fr. Scholz Tel.: 885 929 - 41

Berlin, 08.07.2022

52 O 64/22

In Sachen

Lette International Verlagsgesellschaft mbH ./ Akademe der Künste

führen wir wie folgt aus:

A. Zum Sachverhalt

I. Die wirtschaftlichen Eckdaten

1. Die Kostenseite

Die wirtschaftlichen Eckdaten zur Zeitschrift Sinn und Form, wie sie von der Beklagten vorge-
tragen werden, können nicht stimmen. So führt sie aus, dass die Gesamtausgaben im Jahr
2019 bei 130.000 EUR und im Jahr 2020 bei 134.000 EUR gelegen haben. Gleichzeitig er-
wähnt sie, dass für die Zeitschrift bei der Beklagten zweieinhalb Stellen vorgesehen sind, da-
von eine nach dem Vergütungstarif E15 und eineinhalb nach dem Vergütungstarif E13.

Allein schon die damit verbundenen Personalkosten für Sinn und Form übersteigen den als
Gesamtausgabe genannten Betrag erheblich. Die Gehaltsspanne in der Entgeltgruppe E13
liegt (ohne Zulagen) im Bereich zwischen 4.187 EUR und 6.090 EUR, wobei ein Angestellter

HERTIN & Partner PartG mbB

PROF. DR. PAUL W. HERTIN ¹
DR. HERMANN-JOSEF OMSELS * ¹
DR. TOBIAS BOECKH * ^{2,3}
DR. SVEN LANGE * ^{2,3}
DR. LUKE BUCHANAN * ³
JULIA BECKER * ^{2,3}
DR. MARTIN BEHRNDT ^{2,3}
DR. KAAWEH MOLAWI ^{2,3}
DR. CHRISTIAN ZOTT ¹
DR. SEBASTIAN CREUTZ ¹
DR. JULIA MÜLLER ²

* Partner der Partnerschaft
1 Rechtsanwalt
2 Patentanwalt, Eur. Trademark and Design Attorney
3 European Patent Attorney

mit mindestens 3 Jahren Berufserfahrung bereits 4.911,44 EUR erhält. Die Gehaltsspanne in der Entgeltgruppe E15 liegt zwischen 5.017 EUR und 7.144 EUR, wobei eine Person mit 3-jähriger Berufserfahrung bereits eine Vergütung in Höhe von 5.738,77 EUR erhält. Wenn die Klägerin jeweils das Gehalt nach 3 Jahren zugrunde legt, kostet die Beklagte die E15-Stelle 68.865,24 EUR/Jahr, die volle E13-Stelle 58.937,28 EUR/Jahr und die halbe E13-Stelle 29.468,64 EUR/Jahr.

Diese Personalkosten in Höhe von 157.231,16 EUR müssen noch um die Sozialabgaben erhöht werden, sodass sich eine Personalkostenlast in Höhe von knapp 200.000 EUR ergibt. Tatsächlich werden die Kosten höher sein, da die Beklagte für die Zeitschrift Sinn und Form langjährige Mitarbeiter beschäftigt und noch Jahressonderzahlungen und andere Zulagen berücksichtigt werden müssen.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Zeitschrift Sinn und Form nach Angaben der Beklagten im Jahr 50.000 EUR für Herstellung, Vertrieb und Autorenhonorare erhält. Unterschlagen wird, dass die Zeitschrift darüber hinaus kostenlos auf weitere erhebliche sachliche und personelle Mittel der Beklagten zurückgreift, die von Konkurrenzprodukten durch eigene Einnahmen selbst finanziert werden oder auf die sie aufgrund der verursachenden Kosten gegebenenfalls verzichten müssen. Diese müssen in die Gesamtrechnung einbezogen werden.

Zu diesen Leistungen gehören u.a. Büroräume (am Pariser Platz!) und deren Ausstattung (Möbel, Computer – Hardware, Software, Wartung –), Veranstaltungsräume, Lagerräume (für Archiv und Backlist), Heizung, Wasser, Strom, Telekommunikation, Website (Gestaltung und Wartung), Reinigung, Archivnutzung, Rechts- und Steuerberatung, Hören-Gutachten, Buchhaltung, Rechnungswesen, Geldverkehr, etc. Hinzu kommen weitere „Zuschüsse“, die nicht zu den Kostenpositionen „Herstellung, Vertrieb und Autorenhonorare“ gehören wie Versicherungen, Künstlersozialkasse (KSK), Kosten für Reisen, Unterkünfte, Messestände (die Zeitschrift ist auf Buchmessen in Frankfurt und Leipzig präsent) etc.

Die Klägerin schätzt, dass die Gesamtkosten sich auf 400.000–500.000,- EUR/Jahr belaufen. Allein die Personalkosten liegen weit über dem Budget, das anderen, nichtsubventionierten Kulturzeitschriften zur Verfügung steht. So kann sich die Klägerin nur leisten, ihren Mitarbeitern weniger als die Hälfte dessen zu zahlen, was Redakteure von Sinn und Form als Angestellte des Öffentlichen Dienstes erhalten.

2. Steuerbegünstigung

Ergänzend kommt hinzu, dass die Beklagte und damit auch die Zeitschrift Sinn und Form laut AdKG gemeinnützig und steuerbefreit sind, anders als ihre Konkurrenten in freier Trägerschaft.

3. Einnahmen und Unterdeckung

Den Ausgaben von 400.000–500.000,- EUR/Jahr stehen nach Angaben der Beklagten eigene Einnahmen aus Verkäufen von bis zu 80.000,- EUR/Jahr gegenüber. Mindestens 80 % der mit der Herausgabe von Sinn und Form verbundenen Kosten werden mithin staatlich subventioniert. In den siebzehn Jahren seit der Neugründung der Beklagten im Jahr 2005 sind – die heutige Subventionshöhe als gleichbleibend unterstellt – also etwa 8,5 Millionen Euro zur Subventionierung einer einzigen Kulturzeitschrift aufgewendet wurden, während andere Kulturzeitschriften wie Lettre International von dem der Beklagten übergeordneten Staatsministerium für Kultur und Medien jegliche Subventionierung, selbst noch unter den Kulturförderungsbedingungen der Pandemie („Neustart Kultur“) unter explizitem Verweis auf die grundgesetzlich gebotene Staatsferne der Presse verweigert wurde.

4. Marktpräsenzpflicht

Andererseits zeigt der Hinweis der Beklagten auf die Verpflichtung von Sinn und Form, einen Äquivalenzbetrag von 50.000,- EUR zu der angegebenen jährlichen Fördersumme von 50.000 EUR zusätzlich durch Verkäufe zu erzielen, dass die Redaktion der Zeitschrift auf dem Pressemarkt Einnahmen generieren soll, und das natürlich im Wettbewerb zu den konkurrierenden Kulturzeitschriften. Zwar steht aktuell nicht zu befürchten, dass die Zeitschrift eingestellt wird, wenn dieses Ziel nicht erreicht wird. Trotzdem folgt aus der Vorgabe, dass die Zeitschrift sich im Wettbewerb, wenn auch mit unfairen Mitteln wie dauerhaften Verkäufen weit unter Selbstkosten, bewähren soll.

II. Öffentliche Förderung von Kulturzeitschriften und sonstigen Kulturpublikationen

Der Beklagten ist einzuräumen, dass eine Reihe von Kulturzeitschriften und sonstigen, wiederholt, aber nicht periodisch erscheinenden Kulturpublikationen, die im Wettbewerb zu Kulturzeitschriften stehen, öffentlich gefördert werden. Daraus folgt aber nicht, dass diese öffentliche Förderung zulässig ist. Die Klägerin lässt dies derzeit an zwei Beispielen vom Verwaltungsgericht Berlin überprüfen.

Unabhängig davon gibt es wesentliche Unterschiede zwischen der öffentlichen Förderung dieser Publikationen und der Herausgabe der Zeitschrift Sinn und Form. So werden diese Zeitschriften nicht direkt von staatlichen Institutionen herausgegeben, sondern von privaten Trägern, die über kommunale oder föderale Institutionen oder ihrerseits staatssubventionierte Mittlerorganisationen staatliche Zuschüsse für bestimmte Leistungen (Druck, Layout, Übersetzungen u.a.) erhalten. Die Redakteure werden dabei nicht vom Staat bezahlt und sind keine Angestellten des Staates. Die Zeitschriften verstehen sich nicht als Akteure, die im öffentlichen Auftrag ihrer staatlichen Geldgeber handeln. Zahlreiche dieser Publikationen erscheinen auch nicht periodisch und mindestens viermal pro Jahr, sind also keine Zeitschriften im klassischen Sinne. Die Förderung erfolgt schließlich häufig punktuell, auf Antrag von Fall zu Fall, und nicht über Jahre und Jahrzehnte hinweg regelmäßig.

Unabhängig von diesen Unterschieden zur Trägerschaft und Finanzierung der Zeitschrift Sinn und Form bedeutet die Bezuschussung einzelner Kulturzeitschriften mit öffentlichen Geldern für konkurrierende Kulturzeitschriften, die keinerlei Förderung erhalten, einen erheblichen wirtschaftlichen Wettbewerbsnachteil. In diesem Marktumfeld gelingt es herausragenden Kulturzeitschriften wie dem „Philosophie Magazin“ und „Lettre International“ nur mit Mühe, sich wirtschaftlich über Wasser zu halten. Obwohl diese Zeitschriften eine weit höhere verkaufte Auflage aufweisen, als beispielsweise Sinn und Form, geht es ihnen wirtschaftlich im Vergleich mit den subventionierten Zeitschriften erheblich schlechter. Ihr Überleben ohne Subventionen ist stets in Frage gestellt. Dass es ihnen aber doch gelingt, zeigt aber auch, dass sich Kulturzeitschriften prinzipiell, anders als im Hoeren-Gutachten (S. 15) unterstellt, durchaus allein durch Heftverkäufe und Anzeigenwerbung auf dem freien Markt halten können.

III. Qualitätsanspruch von Sinn und Form und Lettre International

Die Klägerin spricht der Zeitschrift Sinn und Form einen hohen Qualitätsanspruch nicht ab. Dass sie in der Landschaft der Kulturzeitschriften allerdings einzigartig und alles überragend ist, wie im Hoeren-Gutachten behauptet wird, mag allenfalls die Auffassung einzelner Journalisten sein, kann jedoch bei weitem nicht als allgemeine oder herrschende Meinung gelten.

Der vielfach preisgekrönten Publikation *Lettre International* wurden über 34 Jahre hinweg mindestens ebenso viele oder mehr und ebenso superlativische Kritiken in führenden Medien und bei führenden Kulturjournalisten, Schriftstellern und Denkern zuteil wie Sinn und Form.

Eine Auswahl:

„*Lettre International* ist einzigartig. Es gibt weltweit kein vergleichbares Printmedium.“ „*Lettre* bewirkt Explosionen der Erkenntnis. *Lettre International* lebt von der Idee der Wahrheit, zu der ja unablässig die des Scheins gehört. *Lettre International* wirkt mal als ein scharfes Skalpell, das Sein und Schein von einander löst, mal als ein Rammbock, der die von der Propaganda errichteten Mauern zum Einsturz bringt.“ (Frankfurter Rundschau)

- „Denn von innovativem Wagemut lebt *Lettre*. Mit ihrer breiten, an Unübersehbarkeit grenzenden Themenpalette aus aktueller Weltpolitik, Literatur, Kunst, Philosophie und ästhetischer Theorie stößt die Zeitschrift inmitten einer noch immer weit gehend auf den eigenen Bauchnabel konzentrierten deutschen kulturellen Öffentlichkeit ein Fenster nach Europa und zur ganzen Welt auf.“ (Die Zeit)
- „Die Einheit von Schreiben und Handeln, Politik und Kunst, Literatur und Wissenschaft bei *Lettre* ist einzigartig.“ (Frankfurter Allgemeine am Sonntag)
- „Eine geistige Herausforderung von unschätzbarem Wert.“ (Neue Zürcher Zeitung)“
- „*Lettre International* ist mit der guten Abstimmung von Reportagen, Essays und Interviews zweifellos eine der weltweit besten Zeitschriften überhaupt. In ihr findet sich der Traum einer Zeitschrift nahezu verwirklicht: ihre Zeit zu schreiben.“ (Dagens Nyheter)
- „*Lettre International*, die derzeit wichtigste Zeitschrift mit intellektuellem Niveau in Deutschland.“ (Der Tagesspiegel)
- „Ein wahrer Parnass, wo sich Dissidenten und Querdenker in wohlthuender Höhenluft begegnen.“ (Hessischer Rundfunk)
- „Eine großartige Zeitschrift!“ (Saarländischer Rundfunk)
- „*Lettre* lebt von innovativem Wagemut. *Lettre* erscheint geradezu als Weltwunder.“ (Die Zeit)
- „Die interessanteste und bestaussehende Kulturzeitschrift Europas. Engagierte, altmodische, verrückte, moderne, avantgardistische, politische, gegenwartsinteressierte, großartige Schriftsteller, Fotografen, Künstler und Philosophen aus aller Welt prägten das Magazin seit seiner Gründung. Supermagazinismus.“ (Frankfurter Allgemeine am Sonntag)

- „Seit ihrer Gründung präsentiert sich *Lettre International* als der bedeutendste Gedankenumschlagplatz der europäischen Intelligenz.“ (Basler Zeitung)
- „*Lettre* ist so etwas wie die BBC-Weltnachrichten auf dem Gebiet des intellektuellen Essays.“ (Berliner Zeitung)

Andere Kulturzeitschriften haben ebenfalls einen hohen Qualitätsanspruch. Die Beklagte kann sich deshalb für Ihre Zeitschrift Sinn und Form nicht darauf berufen, dass sie ein einzigartig hohes Niveau bedient und eine gravierende Lücke füllt, weil die konkurrierenden Kulturzeitschriften nicht an dieses Niveau heranreichen könnten und somit gewissermaßen ein dringendes Bedürfnis der Allgemeinheit besteht, diese qualitative Lücke zu schließen.

IV. Historie der Zeitschrift Sinn und Form

Die Darstellung der heldenhaften Geschichte der Zeitschrift Sinn und Form bedarf einer Korrektur. Die Zeitschrift war bereits in der DDR eine Staatszeitschrift und stand grundsätzlich unter Kontrolle der Staatsführung der DDR und der SED. Zwar gewährte die Zeitschrift einen kleinen Spielraum für kritische Diskussionen der offiziellen Kulturpolitik der SED. Oppositionelle Schriftsteller und Dissidenten konnten jedoch bis zur Wende 1989 in der Regel nicht in Sinn und Form veröffentlichen und hatten faktisch Publikationsverbot, wie etwa die Autoren Wolf Biermann, Jürgen Fuchs, Erich Loest, Hans-Joachim Schädlich, Bettina Wegner, Monika Maron, Klaus Schlesinger, Stefan Heym, Jens Reich, Günter Kuhnert, Lutz Rathenow, Rudolf Bahro, Uwe Bastian, Siegmar Faust, Katja Havemann, Rolf Henrich, Stephan Krawczyk, Gert Neumann, Joachim Wenzel und viele andere mehr. Die Zeitschrift war also keineswegs der Hort der intellektuellen und literarischen Opposition, als den die Beklagte sie rückblickend einstufen möchte.

Auch die Behauptung einer privilegierten „traditionellen“ Perspektive auf die Literaturen Mittel- und Osteuropas ist fragwürdig. International namhafte, qualitativ überragende, dissidente bzw. oppositionell eingestellte Autoren aus Polen, Tschechien, Ungarn, Bulgarien, Rumänien oder der Sowjetunion – wie Joseph Brodsky, Václav Havel, Ludvík Vaculík, Milan Kundera, Libuse Moníková, Adam Michnik, György Dalos, Viktor Jerofejew, Blaga Dimitrova, Tzvetan Todorov, Julia Kristeva, Kazimierz Brandys, Bohumil Hrabal oder Czesław Miłosz – kamen in Sinn und Form bis zum Zusammenbruch der DDR 1989 so gut wie nicht vor. Die „traditionelle Perspektive“ war nach politischen Maßgaben um kritische Autoren bereinigt. Diese der DDR-Staatspolitik weitestgehend angepasste Redaktionsarbeit wurde bis heute nicht grundlegend kritisch aufgearbeitet.

Die angebliche exklusive Perspektive auf die Literaturen Mittel- und Osteuropas überzeugt aber auch deshalb nicht, weil Auslandstexte in Sinn und Form bis 1989 kaum veröffentlicht wurden. 1989 betrug die Anzahl an Übersetzungen in der Zeitschrift Sinn und Form knapp 9 %. Dies entspricht auch im Wesentlichen dem Anteil von Texten aus Mittel- und Osteuropa, weil westliche und westeuropäische Texte in Sinn und Form eher selten veröffentlicht wurden.

V. Inhalt und Autoren der streitgegenständlichen Ausgabe

1. Zum Inhalt der Beiträge in der streitgegenständlichen Ausgabe

In der streitgegenständlichen Ausgabe Januar/Februar 2022 ist nicht ein einziger Beitrag enthalten, welcher einen inhaltlichen oder thematischen Bezug zur Beklagten hätte. Nachfolgend soll in kurzen Worten der Inhalt, Entstehungsanlass und die Herkunft der Beiträge beschrieben werden.

Das Heft enthält 17 Beiträge.

1. **Isabel Fargo Cole**, „Worte, Wörter, Wandlungen“ erkundet Wandlungen und Leitmotive in Biographie und Werk des 1922 geborenen und 1984 gestorbenen Schriftstellers Franz Fühmann. Es beschreibt, wie Fühmann versucht, ungelöste Widersprüche fruchtbar zu machen und berichtet von seiner Vision, uns von der Zermürbung durch festgefahrene Sprachkämpfe zu befreien.
2. **Franz Fühmann**, „Das Ungefähre gilt nicht mehr“ ist eine Sammlung von Gedichten aus den Jahren 1953/1954.
3. **Ingo Schulze**, „Ich möchte Ihnen Hoffnung machen“ ist ein Porträt Franz Fühmanns und der Art und Weise, wie dieser sich aus zwei Weltanschauungsformen, dem Nationalsozialismus und dem Stalinismus, entwickelt hat. Der Text schildert das „Selbstbild des Gescheiterten“.
4. **Volker Braun**, „Luf-Passion“. Der Text entstand als Kommentar zur Eröffnung des Berliner *Humboldt-Forums* und erschien in gekürzter Fassung am 22.09.2021 bereits in der Berliner Zeitung (der Text „fußt auf Schriftverkehr im Wilhelminischen Kaiserreich“.)
5. **Sebastian Kleinschmidt**, „Menschenferne und Gottesnähe“. Der Text ist die Druckfassung eines am 12.08.2021 im *Schweriner Dom* gehaltenen Vortrags.
6. **Ruth Johanna Benrath**, „Psalm. Aus der Tiefen. Gedichte“
7. **Julien Gracq**, „Novalis und Heinrich von Ofterdingen“, ist ein bereits 1967 für eine französische Übersetzung des »Heinrich von Ofterdingen« geschriebener Essay.

8. **Christine Wolter**, „Dante, ein paar Anmerkungen“ ist ein Gedicht über Dante, sein Schicksal als Emigrant und sein Grab.
9. **László F. Földényi**, „Die Wahrheit erlügen“ ist die Druckfassung des 7. *Carl E. Schorske Vortrags* vom 13.06.2017 in Wien zu den Schriftstellern Daniel Defoe und Heinrich von Kleist.
10. **Eugène Ionesco**, „Elegien für kleine Wesen.“ Der rumänische Lyriker Alexandru Bulucz präsentiert frühe Gedichte des jungen Ionesco.
11. **Christoph Meckel**, „Was ein Gedicht kostet“ ist die Präsentation eines Typoskripts von Meckel aus dem Jahr 1968, als dieser Gastdozent an der *University of Texas* in Austin war. Es handelt von der Zuständigkeit und Unzuständigkeit eines Lyrikers.
12. **Jürgen Becker**, „Die Rückkehr der Gewohnheiten“ sind sogenannte „Journalgedichte“ als Vorabdruck aus dem im Frühjahr 2022 im Suhrkamp-Verlag erschienenen Buch „Die Rückkehr der Gewohnheiten“. Erste Zeile: „ – Fortsetzend das Selbstgespräch und wie es hervorkommt aus dem Schatten des früher Gesagten.“
13. **Walle Sayer**, „Das Zusammenfallen der Zeit“ ist poetische Prosa: „*Im Herbstlicht mit einer Leiter erdend, überprüft der Rekonvaleszent die Halterungen an der Starenkästen ...*“.
14. **Christoph Paret**, „Wettbewerb mit Toten“ ist eine Kritik verschiedener Texte und Thesen von Boris Groys über das Glück des Theoretikers, die auch zwei unterschiedliche Weisen sind, sich mit der Sterblichkeit auseinanderzusetzen.
15. **Albertine Trutmann**, „Sanskrit-Lyrik auf deutsch?“, über die Schwierigkeit der Übertragung von Sanskrit Gedichten ins Deutsche und von ästhetischen, rhythmischen und stimmungsmäßigen Problemen dabei.
16. **Marcel Beyer**, „Und wie geht der Gesang“ ist die Druckfassung einer Laudatio zur Verleihung des *Rainer-Malkowski-Preises* an Anja Kampmann am 6.09.2021 in München.
17. **Günter Thimm**, „Nicht immer Kiefer am Waldrand“ ist eine Meditation über Wälder und Bäume, wie sie in ihnen gewidmeten Gedichten zur Erscheinung kommen.

Unter den 17 Beiträgen befinden sich drei (3) Preisreden bzw. öffentliche Vorträge, vier (4) ältere, zum Teil jahrzehntealte und jenseits jeden Akademiezusammenhangs entstandene Texte und zwei (2) Vor- und Nachveröffentlichungen (aus Büchern, internen Skripts oder Zeitungen). Kein einziger Beitrag nimmt Bezug auf die Tätigkeit der Beklagten oder das, was die Akademie und ihre Mitglieder umtreibt. Von dem akademieinternen Diskurs über Literatur, auf den die Beklagte über das Hoeren-Gutachten referiert, findet sich in der streitgegenständlichen Ausgabe nichts. Jedenfalls wird in keiner Weise deutlich, inwieweit unter den Akademiemitgliedern aktuell über die Rezeptionstheorie von Boris Groys oder die Spiritualität in

apokalyptischer Zeit, den Heinrich von Ofterdingen¹ oder die Kosten eines Gedichts debattiert wird, oder inwieweit jahrzehntealte oder auch gegenwärtige Gedichte von Franz Fühmann, Christine Wolter, Ruth Johanna Benrath, Eugène Ionesco oder Jürgen Becker gerade brandaktuelle Themen des internen Diskurses sind. Aus der streitgegenständlichen Ausgabe von Sinn und Form ergibt sich dazu nichts, und dies wird auch im Übrigen von der Klägerin mit Nichtwissen bestritten.

Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass Diskurse zu den Autoren, Themen und Inhalten der streitgegenständlichen Ausgabe auch in anderen Zeitschriften und Publikationen unter Einschluss universitärer Angebote wie etwa der Zeitschrift für Germanistik des Instituts für deutsche Literatur an der HU Berlin stattfinden. Sinn und Form übernimmt keine Aufgabe, die der freie Markt nicht auch erfüllt. Wie schon vorstehend zur Qualität gilt auch für den Inhalt, dass die Zeitschrift Sinn und Form am Markt keine Lücke schließt, die im Interesse der Allgemeinheit geschlossen werden müsste. Es gibt keine qualitative oder inhaltliche Lücke.

2. Zu den Autoren der streitgegenständlichen Ausgabe

Im Hoeren-Gutachten wird aber nicht nur ausgeführt, dass Sinn und Form ein adäquates Mittel darstelle, um den akademieinternen Diskurs über Literatur nach außen zu tragen. Sinn und Form wirke, so heißt es, auch auf die Beklagte zurück, etwa indem Autoren publiziert würden, die später zu Akademiemitgliedern werden.

Diese Argumentation geht anhand der Autoren, Themen und des Inhalts der streitgegenständlichen Ausgabe von Sinn und Form ebenfalls nicht auf. Die weitaus überwiegende Anzahl der Beiträge in der Zeitschrift Sinn und Form stammt nicht von Autoren, die Mitglieder der Akademie sind.² Vielmehr arbeitet Sinn und Form wie jegliche andere, privatwirtschaftlich organisierte Zeitschrift auch, indem sie literarische Texte unterschiedlicher Autoren und Texte freier Autoren aus allen möglichen nationalen und internationalen Quellen veröffentlicht, Übersetzun-

¹ Der Beitrag stammt aus dem Jahr 1967.

² Von den im Hoeren-Gutachten auf S. 31 aufgelisteten 131 Autoren sind 85 bereits verstorben, 13 vor 1949, Charlotte Brontë bereits 1855. 35 der Autoren haben auch in Lettre International teils mehrfach publiziert und einige davon wurden von Lettre International erst in den deutschen Sprachraum eingeführt. Viele Autoren der streitgegenständlichen Ausgabe wie bspw. Ingo Schulze, Volker Braun, Christoph Meckel (+2020), Marcel Beyer oder Jürgen Becker sind im literarischen Leben Deutschlands allgegenwärtig und auf ein Medium wie Sinn und Form für ihre Veröffentlichungen sicher nicht angewiesen. Auch berühmte ausländische Autoren wie Eugène Ionesco (+1994) sind auf Sinn und Form als Plattform nicht angewiesen. Dies gilt erst recht für alle noch lebenden Autoren, die auf Seite 31 des Hoeren-Gutachtens erwähnt werden. Alle Autoren der streitgegenständlichen Ausgabe hätten ihre Beiträge ebenfalls anderweitig veröffentlichen können, zum Beispiel in Lettre International.

gen von Artikeln ausländischer Zeitschriften nachdruckt oder auch Vorträge, Preisreden und Nachrufe dokumentiert (wie in der streitgegenständlichen Ausgabe die Laudatio auf Anja Kampmann (kein Akademiemitglied) zur Verleihung des Rainer-Malkowski³-Preises der Bayerischen Akademie der Schönen Künste 2020).

Auch das Argument der Beklagten, dass in Sinn und Form Autoren veröffentlicht würden, die später Mitglieder der Akademie werden, geht bei genauerer Betrachtung nicht auf. In diesem Zusammenhang ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Sektion Literatur bei der Beklagten höchstens 75 Mitglieder haben darf, die in der Regel auf Lebenszeit, jedenfalls langjährig, Mitglieder bleiben. Dem stehen ca. 100 Beiträge in Sinn und Form pro Jahr gegenüber. Als Talentshop für die Rekrutierung von Akademiemitgliedern ist Sinn und Form deshalb eher ungeeignet. Die Klägerin kennt auch nicht eine Person, die Mitglied der Akademie wurde, weil sie zuvor in der Zeitschrift Sinn und Form etwas veröffentlicht hat. Es scheint auch etwas abwegig anzunehmen, dass eine Zeitschriftenveröffentlichung als künstlerischer Leistungsausweis und als Kriterium einer Akademieaufnahme der Veröffentlichung von Romanen, Gedichtbänden oder essayistischen Büchern, der Komposition von Opern und Musikstücken, der Regie von Spiel- oder Dokumentarfilmen, dem architektonischen Entwurf und der Realisation eines Bauwerks oder der Schaffung eines malerischen oder skulpturalen Werks gleichzustellen ist.

Tatsächlich wird mit der Aufnahme einer Person als Mitglied deren Gesamtwerk gewürdigt. Niemand ist wegen einer Veröffentlichung in Sinn und Form Mitglied der Akademie geworden. Niemand ist kein Mitglied der Akademie geworden, weil er nicht in der Zeitschrift Sinn und Form veröffentlicht hat.

3. Berührungspunkte zur Beklagten

Eine Auswertung der Klägerin ergab, dass etwa im Jahr 2020 bei großzügiger Betrachtung ungefähr 9 % aller Beiträge des gesamten Jahrgangs irgendeinen Bezug zur Beklagten hatte, d. h. von einem Autor stammte der Mitglied der Beklagten ist, oder (selten) inhaltlich oder thematisch im Zusammenhang mit der Tätigkeit der Beklagten stand (Archivmaterialien, Preisreden, Nachlassdokumente, Erinnerungen oder Reflexionen von Akademiemitarbeitern). Die empirische Auswertung des AdK-Bezugs der Autoren verschiedener weiterer Jahrgänge kam zu vergleichbaren Resultaten.

³ Ebenfalls kein Mitglied der Beklagten.

In der streitgegenständlichen Ausgabe gibt es in keinem der Beiträge eine thematische oder inhaltliche Beziehung zur Beklagten. Die Zeitschrift Sinn und Form kann folglich nicht dem Zweck dienen, akademieinterne Diskurse nach außen zu tragen.

B. Rechtliche Ausführungen

Für die Begründetheit des Klageantrags ist es nicht erforderlich, dass die Herausgabe der im Klageantrag bezeichneten Ausgabe der Zeitschrift Sinn und Form verfassungswidrig ist. Es reicht, dass sie rechtswidrig ist und beispielsweise gegen §§ 3, 3a UWG in Verbindung mit dem Gebot der Staatsferne der Presse verstößt.

I. Gebot der Staatsferne der Presse

1. Das Gebot der Staatsferne der Presse in der Rechtsprechung

Bezüglich des Inhalts des Gebots der Staatsferne der Presse sind die Parteien unterschiedlicher Auffassung. Die Klägerin hält es mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die Beklagte hat ihre eigene Auffassung.

Die Beklagte ist der Ansicht, dass sich aus dem Gebot der Staatsferne der Presse lediglich ergebe, dass der Staat und seine Untergliederungen keinen Einfluss auf den Inhalt von Presseerzeugnissen nehmen dürfe. Dieser Ansicht zufolge darf der Staat eigene Presseerzeugnisse am Markt anbieten, wenn nur durch organisatorische Maßnahmen und Prozeduren sichergestellt ist, dass er keinen Einfluss auf den Inhalt der staatlichen Presseerzeugnisse hat (Hören-Gutachten S. 28 f).

Mit dieser Auffassung verkennt die Beklagte grundlegend die Reichweite des Gebots der Staatsferne der Presse, wie es in der Rechtsprechung entwickelt wurde. So heißt es beim Bundesverfassungsgericht:

„Presseunternehmen müssen sich im gesellschaftlichen Raum frei bilden können. **Sie arbeiten nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen und in privatrechtlichen Organisationsformen. Sie stehen miteinander in geistiger und wirtschaftlicher Konkurrenz**, in die die öffentliche Gewalt grundsätzlich nicht eingreifen darf.“

(BVerfG, Urteil vom 05. August 1966 – 1 BvR 586/62 –, BVerfGE 20, 162, 174 - Spiegel-Urteil; Hervorhebungen durch den Unterzeichner; ebenso BVerfG, Beschl. v. 25.1.1984 – 1 BvR 272/81, Rdn. 56 – Springer/Wallraff, BVerfGE 66, 116)

Der BGH schreibt in Anlehnung daran in Stadtblatt Crailsheim II:

„Die Presse steht als Verbindungs- und Kontrollorgan zwischen dem Volk und seiner gewählten Vertretung (...). **Diese der Presse zufallende "öffentliche Aufgabe" kann von der organisierten staatlichen Gewalt**, zu der auch die Kommune als mittelbare Staatsverwaltung zählt, **nicht erfüllt werden (...). Presseunternehmen müssen sich im gesellschaftlichen Raum frei bilden können. Sie stehen miteinander in geistiger und wirtschaftlicher Konkurrenz**, in die die öffentliche Gewalt grundsätzlich nicht eingreifen darf (...). Eine ausufernde hoheitliche Öffentlichkeitsarbeit birgt Gefahren für die Neutralität der Kommunikationsprozesse; die öffentliche Hand muss sich in Art, Frequenz und Umfang in Zurückhaltung üben (), ...“

(BGH, Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 112/17, Rn. 31 - Crailsheimer Stadtblatt II, GRUR 2019, 1224; Hervorhebungen durch den Unterzeichner)

Zur Pressefreiheit in der Ausprägung des Gebots der Staatsferne der Presse gehört mithin u.a., dass der Staat die Presse als Institution nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen und in privatrechtlichen Organisationsformen arbeiten lassen muss. Das schließt ein konkurrierendes Presseerzeugnis einer bundesunmittelbaren Körperschaft des öffentlichen Rechts aus.

Zur Pressefreiheit gehört weiterhin, dass Presseunternehmen miteinander in geistiger und wirtschaftlicher Konkurrenz stehen. In dieses Konkurrenzverhältnis darf der Staat nicht eingreifen, insbesondere nicht durch eine eigene Zeitschrift, die sich der wirtschaftlichen Konkurrenz entzieht, höchst defizitär arbeitet und trotzdem langfristig abgesichert ist, weil die Verluste vom Staat ausgeglichen werden.

2. Zur wirtschaftlichen Konkurrenz

Wirtschaftliche Konkurrenz spielt sich bei Presseerzeugnissen auf verschiedenen Ebenen ab. Zunächst konkurrieren Presseerzeugnisse natürlich beim Absatz an die Leserschaft. Erfolgsfaktoren sind der Preis, die Werbung und andere Vertriebsaktivitäten, Inhalt und Qualität sowie andere Parameter. Jeder Wettbewerber kann nur bestehen, wenn die erzielten Erlöse für das Produkt es erlauben, die Gestehungskosten des Produkts mindestens zu kompensieren. An diesem Gebot der Selbsterhaltung muss sich jeder Marktteilnehmer orientieren und seine Preise, Vertriebsstrukturen und Inhalte entsprechend gestalten.

Wirtschaftliche Konkurrenz besteht aber auch im Entstehungsprozess. Alle materiell und ideell in eine Zeitschrift eingehenden Komponenten sind grundsätzlich Teil eines Marktgeschehens. Die Redakteure und fest beschäftigten Mitarbeiter werden vor dem Hintergrund eines Arbeitsmarktes verpflichtet, die auf Honorarbasis bezahlten Mitarbeiter werden nach einem Markt für Texte, Übersetzungen, Korrektoratsleistungen, Leistungen von Literaturagenten und Scouts,

graphische Gestaltung und Webdesign, also für die entsprechenden Leistungen honoriert. Ebenso existiert ein internationaler Markt für die Übersetzungsrechte an Texten, deren Originalfassung in anderen Sprachen vorliegt.

Auch in der Materialisierung einer Zeitschrift gehen marktabhängige Leistungen ein. Es gibt einen Markt für Papier und seine verschiedenen Qualitäten, einen Markt für Druckleistungen, einen Markt für Transporte, einen Markt für Redaktionsräume, Archivräume oder auch einen Markt für Dienstleistungen wie Computer, Computerwartung, Webdesign, Website und Webseitewartung. Grundsätzlich müssen sich alle publizistischen Marktteilnehmer daher an den durch den Markt gebildeten Preisen orientieren, und damit in einen privatwirtschaftlichen Wettbewerb mit ihren Mitbewerbern treten.

Tritt nun ein staatssubventionierter Konkurrent als Marktteilnehmer in Erscheinung, der sich an die allen anderen Wettbewerbern auferlegten Marktregeln nicht halten muss – und seine Produkte weit unter den Gestehungskosten verkaufen kann, weil seine Verluste auf dem Beschaffungsmarkt durch Steuermittel kompensiert sind –, wird der Wettbewerb in Bezug auf alle in die Zeitschrift eingehenden Komponenten wie auch in Bezug auf den Verkaufspreis extrem verzerrt. Auf diese Weise hebeln staatliche Mittel den freien Wettbewerb der Presse aus, indem alle nicht-subventionierten Zeitschriften gezwungen werden, relativ höhere Verkaufspreise (für Einzelhefte und Abonnements) aufzurufen und gleichzeitig relativ niedrigere Löhne und Honorarleistungen zu zahlen.

3. Zur geistigen Konkurrenz

Mit den ökonomischen Konsequenzen engstens verbunden ist der mit einer Dauersubventionierung durch den Staat einhergehende politische Aspekt der Abhängigkeit und Unfreiheit subventionierter Zeitschriften. Wenn die Presse ihre Funktion als „Vierte Gewalt“ zwischen Regierung und Staat einerseits und der Gesellschaft andererseits wahrnehmen soll, kann sie dies nur als unabhängige Presse. Und die Etablierung einer selektiven Pressesubventionierung einzelner Zeitschriften und deren Privilegierung gegenüber der Konkurrenz hat Auswirkungen auf die gesamte Presselandschaft wie der faule Apfel im Korb. Daran ändern Verfahrensregeln nichts, die der Redaktion einer Zeitschrift Unabhängigkeit sichern sollen. Trotz dieser Verfahrensregeln bleibt jeder Mitarbeiter wirtschaftlich von seinem Arbeitgeber abhängig und persönlich seinen Autoren verbunden, die nicht immer durch Qualität glänzen müssen, weil die wirtschaftliche Zukunft der Zeitschrift ja ohnehin gesichert ist. Wer nur 3.000 Exempla-

re einer Zeitschrift verkaufen will und keinerlei Wirtschaftlichkeitsgebot unterliegt, kann seine persönlichen Vorlieben nach Lust und Laune kultivieren.

4. Zwischenfazit

Wenn auf den vorliegenden Sachverhalt der zutreffende Begriff des Gebots der Staatsferne der Presse im Sinne von geistiger und wirtschaftlicher Konkurrenz angewendet wird, wie er vom Bundesverfassungsgericht entwickelt wurde und höchstrichterlicher Rechtsprechung entspricht, fällt die Argumentation der Beklagten weitgehend in sich zusammen.

II. § 2 AdKG und die Herausgabe von Sinn und Form

Die Beklagte ist der Auffassung, dass die Herausgabe der Zeitschrift Sinn und Form eine öffentliche Aufgabe sei, mit der sie nach § 2 AdKG betraut wurde. Auch darin kann ihr nicht gefolgt werden.

In § 2 Abs. 1 AdKG heißt es:

„Die Akademie der Künste dient der Repräsentation des Gesamtstaates auf dem Gebiet der Kunst und Kultur; sie hat die Aufgabe, die Künste zu fördern und die Sache der Kunst in der Gesellschaft zu vertreten. Die Akademie der Künste spricht aus selbständiger Verantwortung. Sie soll von der Hauptstadt Berlin ausgehend internationale Wirkung entfalten und sich als national bedeutsame Einrichtung der kulturellen Entwicklung sowie der Pflege des kulturellen Erbes widmen. Die Akademie der Künste berät und unterstützt die Bundesrepublik Deutschland in Angelegenheiten der Kunst und Kultur.“

Die Gesetzesbegründung schreibt dazu:

„Die AdK hat die Aufgabe, die Kunst zu fördern und den Bund in allen Angelegenheiten der Kunst zu beraten. Sie soll öffentlich wirken und sich sowohl der Vermittlung neuer künstlerischer Tendenzen als auch der Pflege des kulturellen Erbes widmen.

Die AdK hat ein interdisziplinäres Archiv (vgl. § 10), zu dem neben dem historischen Archiv und der Kunstsammlung, deren Bestände bis in das Gründungsjahr der Akademie zurückreichen, die Archivabteilungen Bildende Kunst, Baukunst, Musik, Literatur, Darstellende Kunst, Film- und Medien-Kunst sowie eine umfangreiche Bibliothek und zwei Gedenkstätten gehören. Die AdK vergibt Preise und finanzielle Zuwendungen zur Unterstützung von Künstlern/Künstlerinnen, die zum einen aus Sondervermögen und zum anderen aus fünf Stiftungen bürgerlichen Rechts finanziert werden.“

Die Zeitschrift Sinn und Form wird in der Gesetzesbegründung an keiner Stelle erwähnt!

Von der Erfüllung der Aufgaben nach § 2 AdKG bis zur Herausgabe einer Kulturzeitschrift, die am Markt in unfairen Konkurrenz zu anderen Kulturzeitschriften steht, ist es ein weiter Weg. Wenn die Beklagte meint, dass die Herausgabe der Zeitschrift Sinn und Form zur Erfüllung ihrer Aufgaben ‚*notwendig*‘ sei, unterstellt sie, dass sie ihre Aufgaben nicht mehr erfüllen könne, wenn von ihr keine Gedichte von Franz Fühmann, Christine Wolter, Ruth Johanna Benrath, Eugène Ionesco oder Jürgen Becker veröffentlicht würden, wie dies in der streitgegenständlichen Ausgabe der Zeitschrift Sinn und Form der Fall ist. Sie unterstellt, dass sie ihrer gesetzlichen Aufgabe nicht mehr nachkommen könne, wenn sie keine Essays zur Rezeptionstheorie von Boris Groys oder zur Spiritualität in apokalyptischer Zeit veröffentlicht. Das ist natürlich unsinnig und widerlegt augenfällig das Argument der Notwendigkeit, so als ginge die Gesetzeserfüllung gar nicht ohne Sinn und Form.

Tatsächlich gibt es vielfältige und wesentlich naheliegendere Maßnahmen, wie die Beklagte ihren Aufgaben nachkommen kann als durch die Herausgabe einer Kulturzeitschrift für einen sehr kleinen Interessentenkreis – auch wenn diese bei einer Auflage von 3.000 Exemplaren von der Beklagten terminologisch missglückt – als „Massenmedium“ bezeichnet wird. Die Gesetzesbegründung erwähnt zur Aufgabenerfüllung beispielsweise Preise oder finanzielle Zuwendungen. § 2 der Satzung der Beklagten nennt Ausstellungen, Diskussionen, Film-, Theater- und Tanzveranstaltungen, Konzerte, Lesungen, Preisverleihungen, Publikationen, Seminare, Stipendien, Tagungen, Vorträge und Werkstätten mit künstlerischen Positionen der Gegenwart. Die Herausgabe einer Kulturzeitschrift wird als Mittel der Aufgabenerfüllung nicht erwähnt. Sie wird in der Satzung lediglich unter dem Titel ‚Weitere Einrichtungen‘ in § 13 Abs. 2 genannt, wobei dieser Titel verdeutlicht, dass die Herausgabe der Zeitschrift Sinn und Form eben nicht zu den in § 2 des AdKG und der Satzung genannten genuinen Aufgaben der Beklagten gehört, sondern eine Art Annex­tätigkeit darstellt.

Dieser Sachverhalt wird augenfällig dadurch bestätigt, dass die Beklagte als Kulturzeitschrift nur die Zeitschrift Sinn und Form mit einem Schwerpunkt auf Literatur und Kulturessayistik herausgibt. Von den anderen Sektionen der Beklagten (Bildende Kunst, Darstellende Kunst, Baukunst, Musik, Film und Medien) werden keine Zeitschriften herausgegeben. Deren Aufgabe wird auch nicht von der Zeitschrift Sinn und Form mit wahrgenommen. Diese beschränkt sich ja, wie die Beklagte selbst schreibt, bewusst auf das Mittel der Sprache und schließt damit die Bildende Kunst, Darstellende Kunst, Baukunst, Musik und den Film als Themen weitgehend aus. Sie ist deshalb gar nicht in der Lage, „die Künste“ in der Gesellschaft zu fördern und in die Gesellschaft hinein zu tragen, wie die Beklagte meint.

Die Behauptung, mit Sinn und Form die „hoheitliche Aufgabe“ der Akademie als „Massenmedium“ zu realisieren, ist auch deshalb falsch, weil neben Sinn und Form eine zweite Zeitschrift der Beklagten herausgegeben wird, das auf deutsch und englisch dreimal jährlich erscheinende „Journal der Akademie der Künste“, das im Unterschied zu Sinn und Form tatsächlich inhaltlich umfangreich auf Projekte, Vorhaben, Veranstaltungen und Versammlungen der Beklagten eingeht. Dieses Journal wird allen Akademiemitgliedern (und weiteren Interessenten auf Bestellung) kostenlos zugestellt und informiert regelmäßig über Arbeitsprozesse der Beklagten. Es ist für jedermann in der Akademie der Künste erhältlich und auch gratis online abrufbar unter www.adk.de/de/akademie/publikationen/reihen/journal-der-kuenste.htm bzw. <https://issuu.com/journalderkuenste>

III. Fehlende verfassungsrechtliche Legitimation für Sinn und Form

Wir hatten zwar zuvor darauf hingewiesen, dass es für die Begründetheit der Klage nicht erforderlich ist, dass die Herausgabe der Zeitschrift Sinn und Form durch die Beklagte verfassungswidrig ist. Da die Beklagte aber sehr bemüht ist, die Herausgabe der Zeitschrift verfassungsrechtlich zu legitimieren, wollen wir nachfolgend auf deren Argumentation eingehen und zeigen, dass sie in mehrfacher Hinsicht nicht verfängt.

1. Staatliches Informationshandeln und sonstige staatliche Öffentlichkeitsarbeit

Die Beklagte ist der Auffassung, dass es für die Herausgabe der Zeitschrift Sinn und Form keiner Ermächtigungsgrundlage bedürfe. Sie beruft sich dabei auf die Rechtsprechung des BVerfG zum Informationshandeln und zur Öffentlichkeitsarbeit staatlicher Funktionsträger. Diese Argumentation hält einer Überprüfung nicht stand.

a)

Die Beklagte beruft sich zur Rechtfertigung ihrer Auffassung auf die Osho-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, Beschl. v. 26.6.2002 – 2 BvR 670/91, BVerfGE 105, 252) und sich daran anschließende Entscheidungen. Daraus folgt tatsächlich, dass bei mittelbar-faktischen Grundrechtseingriffen durch staatliches Informationshandeln im Rahmen der staatlichen Öffentlichkeitsarbeit außer der Aufgabenzuschreibung keine besondere Ermächtigungsgrundlage erforderlich ist. Darauf kann die Beklagte sich aber nicht berufen, weil die Herausgabe der Zeitschrift Sinn und Form kein staatliches Informationshandeln und auch keine sonstige Öffentlichkeitsarbeit gemäß der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist.

b)

Die Herausgabe der Zeitschrift Sinn und Form ist kein staatliches Informationshandeln. Staatliches Informationshandeln setzt voraus, dass die vom Staat erteilten Informationen der Allgemeinheit andernfalls nicht verfügbar sind, weil beispielsweise die gesellschaftlichen Kräfte nicht ausreichen, um ein hinreichendes Informationsgleichgewicht herzustellen (BVerfG, Beschl. v. 26.6.2002 – 2 BvR 670/91, Rdn. 74, BVerfGE 105, 252).

Abgesehen davon, dass hinsichtlich der Inhalte der Zeitschrift Sinn und Form in der Gesellschaft keine Informationslücke besteht, stellen die Inhalte schon an sich kein staatliches Informationshandeln dar. Es geht nicht um die Unterrichtung der Öffentlichkeit über Vorgänge und Entwicklungen, die für den Bürger und das funktionierende Zusammenwirken von Staat und Gesellschaft von Wichtigkeit sind (BVerfG, Beschl. v. 26.6.2002 – 2 BvR 670/91, Rdn. 76, BVerfGE 105, 252). Es geht um Aufsätze, Essays, Gedichte, Kurzgeschichten etc., die lediglich ein sehr spezifisches Interesse eines sehr kleinen Teils der Bevölkerung bedienen und nicht ansatzweise der Information über gesellschaftlich relevante Bereiche dienen.

c)

Die Zeitschrift Sinn und Form fällt auch nicht unter den Begriff der Öffentlichkeitsarbeit im Sinne der Verfassungsgerichtsrechtsprechung. Öffentlichkeitsarbeit von Regierung und Körperschaften soll den Grundkonsens im demokratischen Gemeinwesen lebendig erhalten und die Bürgerinnen und Bürger zur eigenverantwortlichen Mitwirkung an der politischen Willensbildung sowie zur Bewältigung vorhandener Probleme befähigen. Darunter fällt namentlich die Darlegung und Erläuterung der Politik der Regierung hinsichtlich getroffener Maßnahmen und künftiger Vorhaben angesichts bestehender oder sich abzeichnender Probleme sowie die sachgerechte, objektiv gehaltene Information über Fragen und wichtige Vorgänge auch außerhalb oder weit im Vorfeld der eigenen gestaltenden politischen Tätigkeit, welche die Bürger unmittelbar betreffen. (vgl. BVerfG, Urt. v. 09.06.2020 – 2 BvE 1/19, Rn. 49, BVerfGE 154, 320; Urt. v. 16.12.2014 – 2 BvE 2/14, Rn. 41, BVerfGE 138, 102).

Die Herausgabe einer Kulturzeitschrift durch die Beklagte als staatlichem Organ ist keine Öffentlichkeitsarbeit in diesem Sinne. Ein Aufsatz über Novalis oder ein Gedicht von Fühmann dienen weder der Darlegung und Erläuterung der Politik oder der Tätigkeit der Beklagten, und sie informieren den Bürger auch nicht über ihn unmittelbar betreffende Fragen und Vorgänge außerhalb oder im Vorfeld der eigenen gestaltenden politischen Tätigkeit.

d)

Selbst wenn die Herausgabe der Zeitschrift Sinn und Form als Informationshandeln oder Öffentlichkeitsarbeit einer Körperschaft des öffentlichen Rechts verstanden werden könnte, folgt daraus entgegen der Auffassung der Beklagten nicht, dass die Herausgabe keiner Ermächtigungsgrundlage bedarf. Denn staatliches Informationshandeln und eine weitergehende staatliche Öffentlichkeitsarbeit bedürfen dann einer besonderen, ausdrücklichen Ermächtigung durch den Gesetzgeber, wenn sich eine staatliche Maßnahme nach ihrer Zielsetzung und ihren Wirkungen als Ersatz für eine Maßnahme darstellt, die als Grundrechtseingriff im herkömmlichen Sinne zu qualifizieren ist. Durch die Wahl eines solchen funktionalen Äquivalents zu einem klassischen Eingriff kann das Erfordernis einer besonderen gesetzlichen Grundlage nicht umgangen werden (BVerfG, Beschl. v. 26.6.2002 – 2 BvR 670/91, Rdn. 76, BVerfGE 105, 252).

Die Herausgabe der Zeitschrift Sinn und Form ist zwar kein Eingriff in das Grundrecht der Pressefreiheit der Klägerin durch eine dirigistische Maßnahme. Sie stellt sich aber nach der Zielsetzung und ihren Wirkungen als Ersatz zu einer solchen Maßnahme dar.

Durch die Veröffentlichung einer eigenen Zeitschrift, die im Wettbewerb zu anderen Zeitschriften am Markt steht, greift die Beklagte gezielt und unmittelbar in das Grundrecht der Pressefreiheit in Form der Institutsgarantie ein, die gewährleisten soll, dass Presseerzeugnisse sich im gesellschaftlichen Raum frei bilden können und nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen und in privatrechtlichen Organisationsformen sowie in geistiger und wirtschaftlicher Konkurrenz zu einander stehen (BVerfG, Urt. v. 5.8.1966 – 1 BvR 586/62 –, BVerfGE 20, 162, 174 - Spiegel-Urteil).

Die öffentliche Gewalt darf in die Pressefreiheit als Institutsgarantie grundsätzlich nicht eingreifen. Genau das Gegenteil erfolgt aber durch die Herausgabe der Zeitschrift Sinn und Form. Der Staat greift zwar nicht dirigistisch in das Institut der freien Presse ein, faktisch aber gleichwirkend durch ein staatliches, hochgradig subventioniertes Konkurrenzprodukt. Ob ein Presseerzeugnis angewiesen wird, bestimmte Beiträge zu veröffentlichen oder ob der Staat diese Beiträge in einer eigenen Zeitschrift veröffentlicht, macht mit Bezug auf das Gebot der Staatsferne der Presse nur einen kleinen graduellen Unterschied. In beiden Fällen bedarf es ebenso einer gesetzlichen Grundlage wie etwa für die staatliche Förderung einzelner Medien (vgl. dazu OVG Berlin, Urteil vom 25.04.1975 – II B 86/74, NJW 1975, 1938).

Die Eingriffe in das Grundrecht der Pressefreiheit anderer Herausgeber von Kulturzeitschriften lässt sich entgegen der Auffassung der Beklagten nicht mit dem Argument herunterspielen, dass es doch für die Klägerin nicht spürbar sei, wenn ein Interessent, der ein Exemplar der

Zeitschrift Sinn und Form erworben hat, im Einzelfall als Käufer von Lettre International ausfalle. Es geht nämlich bei weitem nicht um Einzelfälle. Die Beklagte vertreibt ihre Zeitschrift in einer Auflage von 3.000 Exemplaren, unter anderem an 2.200 Abonnenten. Jeder einzelne Abonnent überlegt sich, ob er daneben auch noch eine andere Kulturzeitschrift wie Lettre International kaufen möchte. Angesichts der verkauften Auflage von Lettre International handelt es sich beim Käuferkreis von Sinn und Form um eine wirtschaftlich bedeutsame Anzahl potentieller Käufer von Lettre International. Das Hoeren-Gutachten stellt selbst heraus, wie schwierig es in wirtschaftlicher Hinsicht um das Überleben von Kulturzeitschriften in ihrem begrenzten Marktsegment bestellt ist. Umso intensiver wird die Klägerin in ihrer Ausübung des Grundrechts der Pressefreiheit durch eine vom Staat hochgradig subventionierte Kulturzeitschrift wie Sinn und Form beeinträchtigt, die zudem zu nicht marktgerechten Dumping-Preisen vertrieben wird.⁴

Die Nachteile konkurrierender Zeitschriften schlagen sich aber nicht nur in den steuerfinanzierten Dumpingverkaufspreisen für Einzelhefte und Abonnements nieder, sondern auch in überdurchschnittlich attraktiven Angebotspreisen für die Honorare von Autoren, Übersetzern, Scouts usw. Der Staat wird im Ergebnis zum Handlanger einer systematischen Marktverzerrung im Bereich der Presse als Konstituente der gesellschaftlichen Öffentlichkeit. Er privilegiert durch seine Subventionen auf monopolistische Art und Weise eine minimale Anzahl von Akteuren gegenüber allen anderen Marktteilnehmern. Wenn man – wie es anhand der Inhalte der streitgegenständlichen Ausgabe offensichtlich ist – davon ausgeht, dass Sinn und Form die behauptete „hoheitliche“ Aufgabe im Namen der Akademietätigkeit de facto nicht realisiert, liegt der Schluss nahe, dass sich unter dem Deckmantel der Erfüllung einer hoheitlichen Aufgabe eine Gruppe von Intellektuellen und Literaten unter dem Dach der Akademie organisiert hat, die eine Zeitschrift wie jede andere herausgibt, dies allerdings unter den Bedingungen fürstlicher Staatsfinanzierung und der Vortrag von der Erfüllung der staatlich gebotenen Akademieaufgabe, die Künste in die Gesellschaft zu tragen, dabei eher ein Vorwand ist, um dem munteren Treiben den Heiligenschein „hoheitlicher“ Würde und Immunität gegenüber Kritik zu verleihen.

Darüber hinaus ergibt sich aus der Osho-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Übrigen nicht, dass staatliches Informationshandeln, das zu einem nur mittelbar-faktischen Grundrechtseingriff führt, generell keiner Ermächtigungsgrundlage bedarf. Es hat zwar ausge-

⁴ Während Lettre International bei nur viermaligem Erscheinen einen Abonnementpreis von 55 Euro ansetzen muss (13.75 pro Einzelheft im Abo), um wenigstens überleben zu können, wird das Abonnement von Sinn und Form bei sechsmaligem Erscheinen für lediglich 45 Euro (7.50 Euro pro Einzelheft) verkauft, also zu 55 Prozent des Lettre-Preises. Dieser subventionsfinanzierte, kalkulierte Unterbietungspreis ist ausschließlich durch die Staatssubventionen möglich.

führt, dass sich die faktisch-mittelbaren Wirkungen staatlichen Handelns „regelmäßig“ nicht ohne weiteres normativ festlegen lassen, weil die Beeinträchtigung „nicht in einem staatlicherseits geforderten Verhalten des Normadressaten, sondern in den Wirkungen staatlichen Handelns für einen Dritten (liegt), die insbesondere vom Verhalten anderer Personen abhängen. Die Beeinträchtigung entsteht aus einem komplexen Geschehensablauf, bei dem Folgen grundrechtserheblich werden, die indirekt mit dem eingesetzten Mittel oder dem verwirklichten Zweck zusammenhängen. Derartige faktisch-mittelbare Wirkungen entziehen sich typischerweise einer Normierung“ (BVerfG, Beschl. v. 26.6.2002 – 2 BvR 670/91, Rdn. 79, BVerfGE 105, 252). Gemeint ist, dass der informierende Staat nicht vorhersehen kann, wann er über was informieren muss und welche Auswirkungen seine Informationen auf das Verhalten der Bürger haben. Daher kann auch keine vorausgehende staatliche Normierung erfolgen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.6.2002 – 2 BvR 670/91, Rdn. 78, BVerfGE 105, 252).

Darum geht es bei der Herausgabe von Sinn und Form durch die Beklagte aber nicht. Die Zeitschrift bedient keinen wechselnden Ad hoc-Informationsbedarf der Bevölkerung. Sie dient auch nicht der Darstellung der Tätigkeit der Beklagten in der Öffentlichkeit. Ihre Herausgabe durch die Beklagte lässt sich ohne weiteres normieren. Es könnte ein Gesetz geschaffen werden, mit dem die Beklagte berechtigt wird, die Zeitschrift Sinn und Form herauszugeben.⁵ Wegen der Beeinträchtigung der Grundrechtsausübung anderer Verlage wäre für die Herausgabe eine Ermächtigungsgrundlage jedenfalls möglich und erforderlich.

Dazu verweisen wir auf eine weitere Entscheidung des BVerfG. In der Sache ging es um die Erwähnung eines rechtsextremen Verlags im Verfassungsschutzbericht. Der sah sich dadurch in seinem Grundrecht der Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG verletzt. In BVerfG, Beschl. v. 24.5.2005 - 1 BvR 1072/01, Rdn. 52 – Junge Freiheit, BVerfGE 113, 63, führt das Gericht zunächst aus:

„Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gewährt den Trägern der Pressefreiheit ... ein subjektives Abwehrrecht auch gegen Beeinträchtigungen, die mittelbar über eine Einflussnahme des Staates auf Dritte eintreten, etwa dadurch, dass das Verhalten dieser Dritten die publizistischen Wirkungsmöglichkeiten oder die finanziellen Erträge des Presseorgans in einer Weise nachteilig beeinflusst, die einem Eingriff gleichkommt.“

Das Bundesverfassungsgericht ging mithin davon aus, dass die Erwähnung im Verfassungsschutzbericht nicht lediglich eine mittelbar-faktische Beeinträchtigung des Grundrechts der Pressefreiheit darstellte, auch wenn die Erwähnung keinen dirigistischen Eingriff in das Grundrecht darstellte.

⁵ Ob ein solches Gesetz im Lichte des Gebots der Staatsferne der Presse mit Art. 5 Abs. 1 GG vereinbart werden kann, soll an dieser Stelle nicht diskutiert werden.

Das Bundesverfassungsgericht ging dann weiterhin davon aus, dass der Verfassungsschutzbericht kein Informationshandeln und keine Öffentlichkeitsarbeit im vorstehend beschriebenen Sinne darstellt.

„Der Verfassungsschutzbericht ist kein beliebiges Erzeugnis staatlicher Öffentlichkeitsarbeit. Er zielt auf die Abwehr besonderer Gefahren (§ 1 VSG NRW) und stammt von einer darauf spezialisierten und mit besonderen Befugnissen (vgl. §§ 5 ff. VSG NRW) ausgestatteten Behörde Insofern geht eine Veröffentlichung im Verfassungsschutzbericht über die bloße Teilhabe staatlicher Funktionsträger an öffentlichen Auseinandersetzungen oder an der Schaffung einer hinreichenden Informationsgrundlage für eine eigenständige Entscheidungsbildung der Bürger, etwa als Marktteilnehmer (vgl. BVerfGE 105, 252, 267 ff.), hinaus. ...“ (Rdn. 54)

„Die Verteidigung von Grundsätzen und Wertvorgaben der Verfassung durch Organe und Funktionsträger des Staates kann auch mit Hilfe von Informationen an die Öffentlichkeit und der Teilhabe an öffentlichen Auseinandersetzungen erfolgen. Führt das staatliche Informationshandeln aber zu Beeinträchtigungen, die einem Grundrechtseingriff gleichkommen (vgl. BVerfGE 105, 252, 273), bedürfen sie der Rechtfertigung (vgl. BVerfGE 105, 279, 299 ff.) -- zu Art. 4 GG.“ (Rdn. 59)

Gemeint mit der Rechtfertigung war eine Ermächtigungsgrundlage, die das Bundesverfassungsgericht in der erwähnten Entscheidung dann im folgenden prüfte.

Aus dieser Rechtsprechung lässt sich ableiten: Maßnahmen des Staates, mit denen in Grundrechte eingegriffen wird, bedürfen nur dann keiner Ermächtigungsgrundlage, wenn es sich um staatliches Informationshandeln oder Öffentlichkeitsarbeit handelt, welche lediglich zu mittelbar-faktischen Grundrechtsbeeinträchtigungen führen können und sich einer vorausschauenden Normsetzung entziehen. Da diese Voraussetzung auf die Zeitschrift Sinn und Form nicht zutrifft, darf sie von der Beklagten nur aufgrund einer ausdrücklichen Ermächtigungsgrundlage veröffentlicht werden, an der es fehlt.

2. Grundrechtsbindung bei staatlicher Öffentlichkeitsarbeit

a)

Vorstehend wurde ausgeführt, dass die Beklagte sich für die Herausgabe der Zeitschrift Sinn und Form entgegen der Ausführungen im Hoeren-Gutachten aus mehreren Gründen nicht auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum staatlichen Informationshandeln und zu staatlicher Öffentlichkeitsarbeit berufen kann. Selbst wenn sie dies könnte, müsste jedoch für die Herausgabe (ausnahmsweise) eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage geschaffen werden, da sich die Herausgabe der Zeitschrift keiner vorausschauenden Normierung entzieht. Die Erwähnung der Zeitschrift in der Satzung der Beklagten reicht als Ermächtigungsgrundlage selbstverständlich nicht aus, da die Beklagte kein Gesetz- oder Verordnungsgeber ist.

b)

Doch selbst wenn weiterhin unterstellt würde, dass die Beklagte sich für die Herausgabe der Zeitschrift Sinn und Form auf die Rechtsprechung zum Informationshandeln und der Öffentlichkeitsarbeit der öffentlichen Hand berufen könnte und keine Ermächtigungsgrundlage erforderlich ist, kommt ergänzend hinzu, dass jede einzelne Maßnahme der öffentlichen Hand (wie vorliegend die Herausgabe einer Zeitschrift) selbstverständlich an die Grundrechte und an Recht und Gesetz gebunden ist (BVerfG, Urt. v. 16.12.2014 – 2 BvE 2/14, Rn. 42, BVerfGE 138, 102; s.a. BVerfG, Urt. v. 09.06.2020 – 2 BvE 1/19, Rn. 51 f, BVerfGE 154, 320). Die Beklagte dürfte deshalb selbst im Fall des unnormierten Handelns zu Zwecken der Informations- und Öffentlichkeitsarbeit nicht beliebig publizieren. Sie muss als Körperschaft des öffentlichen Rechts bei der Herausgabe der Zeitschrift natürlich weiterhin das Grundrecht der Pressefreiheit und das Gebot der Staatsferne der Presse beachten. Sie verstößt gegen diese Verpflichtung, wenn sie eine eigene, hochgradig subventionierte Zeitschrift in Konkurrenz und als Äquivalent zu den sonstigen am Markt vertreten Kulturzeitschriften herausgibt.

c)

Es kommt hinzu, dass die Beklagte auch beim Informationshandeln und bei der sonstigen Öffentlichkeitsarbeit den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit berücksichtigen muss (BVerfG, Beschl. v. 26.6.2002 – 2 BvR 670/91, Rdn. 91, BVerfGE 105, 252).

aa) Die Feststellung, ob eine staatliche Maßnahme verhältnismäßig, d. h. erforderlich, angemessen und verhältnismäßig im engeren Sinne ist, muss an dem Zweck ansetzen, dem das staatliche Handeln dient. Die Aufgabe der Beklagten besteht nach § 2 AdK-Gesetz darin, die Sache der Kunst zu fördern und sich der kulturellen Entwicklung sowie der Pflege des kulturellen Erbes zu widmen. Zur Erreichung dieses Zwecks sind im Lichte des Grundrechts der konkurrierenden Kulturzeitschriften Aufsätze über Novalis oder Franz Fühmann, Gedichte von Franz Fühmann, Ruth Johanna Benrath, Christine Wolter, Eugène Ionesco oder Jürgen Becker in einer periodisch erscheinenden Zeitschrift ebensowenig erforderlich wie Essays zu den Schwierigkeiten biografischen Schreibens oder zur Entstehung von Gedichten. Wäre dies anders, müsste die Beklagte in den anderen Sektionen ihrer Tätigkeit, z.B. Bildende Kunst, Baukunst, Musik, Darstellende Kunst, Film und Medien, ebenfalls Zeitschriften veröffentlichen. Tatsächlich ist dies aber nicht der Fall.

bb) Die Ausführungen der Beklagten zur Verhältnismäßigkeit können dagegen nicht ansatzweise überzeugen.

(1) Wenn die Angemessenheit damit begründet wird, dass der Allgemeinheit erhebliche Vorteile daraus erwachsen sollen, dass es eine Literaturzeitschrift gibt, die nicht primär gewinnorientiert arbeitet, werden die Verhältnisse auf den Kopf gestellt.

Zum einen ist unstrittig, dass der Markt für Kulturzeitschriften äußerst schwierig ist, und die Beklagte sollte daher kohärenterweise statt von Gewinnorientierung eher von materiellem Verzicht, Askese und Selbstaussbeutung der Macher als Ermöglichungsbedingung unabhängiger Kulturzeitschriften schreiben.

Zum anderen erscheinen in Sinn und Form keine Beiträge, die nicht genauso gut auch in anderen Kulturzeitschriften erscheinen könnten (in denen dieselben Autoren ohnehin ebenfalls veröffentlichen). Die Beiträge decken auch nicht etwa Themen ab, die anderswo nicht behandelt würden. Auch qualitativ gibt es keine Unterschiede. Der einzige Unterschied ist insoweit, dass Sinn und Form vom Staat herausgegeben und finanziert wird. Das schlägt sich auch darin nieder, dass die Redakteure von Sinn und Form mehr als doppelt so viel verdienen, als sich eine frei finanzierte Kulturzeitschrift leisten könnte.

Mit der Begründung der Beklagten ließe sich auch rechtfertigen, dass die Herausgabe einer Tageszeitung, die nicht gewinnorientiert arbeiten muss, eine sinnvolle Maßnahme zur Unterrichtung der Allgemeinheit ist, der „erhebliche Vorteile daraus erwachsen, dass es eine ...zeitschrift gibt, die nicht primär gewinnorientiert arbeitet“ (Hoeren-Gutachten Seite 34 oben). Denn die Orientierung einer Tageszeitung „alleine an der ... Qualität der Beiträge, nicht an Kriterien von Absatzwahrscheinlichkeit und zu erwartender Kundenaufmerksamkeit, erlaubt es, die Vielfalt ... abzubilden“ (ebenda). Mit solchen Worten kann man sich einen Verfassungsverstoß schönreden und vergessen lassen, dass zum Grundrecht der Pressefreiheit im Sinne einer Institutsgarantie gehört, dass Presseerzeugnisse in geistiger und wirtschaftlicher Konkurrenz am Markt bestehen müssen. Für Kulturzeitschriften, die – insoweit unstrittig – auf einem sehr schwierigen Markt tätig sind, gilt nichts anderes. Gerade wegen des „kleinen“ Marktes trifft es sie allerdings umso härter, wenn der Staat eigene Zeitschriften als dauersubventionierte Konkurrenzprodukte auf dem Markt veranstaltet, die sich aufgrund ihrer Steuerfinanzierung nicht an wirtschaftlichen Grundsätzen orientieren muss, ja – angeblich zur Qualitätssicherung – nicht einmal will. Etwas geradezu Perverses haftet solchen Konstellationen dadurch an, dass die steuerzahlenden, nichtsubventionierten Zeitschriften mittels ihrer Steuern indirekt auch noch die sie selbst bedrohenden Dumpingpreise ihrer staatssubventionierten und steuerbefreiten Konkurrenten mitfinanzieren müssen.

Nicht zu vergessen ist auch die politische Dimension von dauerhaft staatssubventionierten Publikationen. Mit einer staatlichen Kolonisierung der zivilgesellschaftlichen publizistischen

Sphäre und den dadurch entstehenden finanziellen und existentiellen Abhängigkeitsverhältnissen zwischen Staat und Presse wird tendenziell auch die politische Unabhängigkeit der Presse in ihrer kritischen gesellschaftlichen Funktion als „Vierte Gewalt“ in Frage gestellt.

(2) Die Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs in das Grundrecht der Pressefreiheit kann auch nicht mit dem Hinweis der Beklagten auf die Aufgabe des Staates herbeigeredet werden, Kunst und Künstler zu fördern. Denn es ist ja nicht so, dass die qualitativ hochwertigen Beiträge, die in Sinn und Form erscheinen, nicht auch anderweitig veröffentlicht werden könnten. Jede Kulturzeitschrift würde sich glücklich schätzen, Aufsätze und Essays etwa von Ingo Schulze, Volker Braun oder Jürgen Becker zu veröffentlichen. Sinn und Form ist für Autoren vielmehr nur eine zusätzliche Publikationsmöglichkeit am Kulturmarkt. Dies rechtfertigt aber keinen gravierenden Eingriff in das Grundrecht der Pressefreiheit anderer Herausgeber von Kulturzeitschriften unter besonderer Berücksichtigung des Gebots der Staatsferne der Presse. Denn mit diesem Argument können beliebig viele weitere Presseerzeugnisse des Staates gleich welcher Art legitimiert werden, zumal der Staat nicht nur verpflichtet ist, die Künste zu fördern, sondern beispielsweise auch die Presse. Eine (staatliche) Tageszeitung mehr am Markt würde die berufliche Entfaltung von Journalisten ebenso fördern wie eine Kulturzeitschrift die berufliche Entfaltung von Schriftstellern.

(3) Schließlich meint die Beklagte, dass die wirtschaftliche Belastung von Kulturzeitschriften, die mit Sinn und Form im Wettbewerb stehen, in einem vernünftigen Verhältnis zu den Vorteilen stehe, die der Allgemeinheit durch die Herausgabe der Zeitschrift Sinn und Form erwachsen. Zur Begründung gibt sie an, dass es sich auf dem Markt für Literatur- und Kulturzeitschriften noch schwieriger als im sonstigen Printbereich gestalte, die Aufwendungen für eine Kulturzeitschrift zu refinanzieren.

Diese Argumentation ist absurd. Weil der Markt für Literatur- und Kulturzeitschriften schwierig ist, wäre es umso mehr Aufgabe des Staates, hier auf gravierende Markteingriffe durch eigene hochgradig subventionierte Kulturzeitschriften vollständig zu verzichten, um den freien, nicht subventionierten Marktteilnehmern eine Chance zum Überleben zu lassen. Immerhin gelten die wirtschaftlichen Schwierigkeiten bei der Herausgabe von Kulturzeitschriften für alle freien Kulturzeitschriften gleichermaßen und werden durch staatlich subventionierte Konkurrenz nur verstärkt. Die Herausgabe einer staatlichen Kulturzeitschrift ist deshalb schon im Ansatz nicht geeignet, die Vielfalt auf dem Markt für Kulturzeitschriften zu erhalten.

IV. Stadtblatt Crailsheim und ‚Sinn und Form‘

Zurück zum UWG. Der Beklagten ist im Grundsatz darin zuzustimmen, dass sich die Entscheidung Stadtblatt Crailsheim II des BGH nicht ohne weiteres auf den vorliegenden Sachverhalt übertragen lässt. Denn in der Stadtblatt Crailsheim II-Entscheidung war ein Gemeindeblatt zu beurteilen, das grundsätzlich mit zulässigen Informationen im Rahmen des staatlichen Informationshandelns und der Öffentlichkeitsarbeit der Gemeinde verbreitet werden durfte. Deshalb hatte der BGH differenziert zwischen eindeutig zulässigen Inhalten, eindeutig unzulässigen Inhalten und einem Grenzbereich, in dem die Zulässigkeit situationsabhängig beurteilt werden muss. (BGH Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 112/17, Rn. 37 ff - Crailsheimer Stadtblatt II, GRUR 2019, 1224).

Diese Differenzierung muss vorliegend nicht vorgenommen werden, weil es – jedenfalls in der streitgegenständlichen Ausgabe der Zeitschrift Sinn und Form – keinen Inhalt gibt, der von staatlichem Informationshandeln oder sonstiger staatlicher Öffentlichkeitsarbeit, wie sie vorstehend näher beschrieben wurden, gedeckt wäre. Kein Beitrag enthält Informationen von allgemeiner Bedeutung für das politische, gesellschaftliche oder wirtschaftliche Verhalten der Allgemeinheit, kein Beitrag informiert über die Tätigkeit und Pläne der Beklagten. Kein Beitrag hat einen irgendwie erkennbaren spezifischen Bezug zur Beklagten. Alle Beiträge könnten genauso gut auch in anderen Kulturzeitschriften stehen. Die Zeitschrift Sinn und Form ist aufgrund ihrer Inhalte von der ersten bis zur letzten Seite ein Äquivalent zu anderen Kulturzeitschriften, die am Markt von privaten Verlagen angeboten werden. Ihre Herausgabe durch die Beklagte verstößt deshalb gegen das Gebot der Staatsferne der Presse als einer Marktverhaltensregelung im Sinne des § 3a UWG.

Es gibt aber auch andere Unterschiede zwischen dem vorliegenden Sachverhalt und dem Sachverhalt, welcher der Stadtblatt Crailsheim II-Entscheidung des BGH zugrunde gelegen hat. Nur sprechen diese Unterschiede nicht für, sondern gegen die Beklagte:

- die Herausgabe der Zeitschrift Sinn und Form ist keine öffentliche Aufgabe. Die Herausgabe eines Gemeindeblatts kann demgegenüber durchaus eine öffentliche Aufgabe sein.
- in der Stadtblatt Crailsheim II-Entscheidung erfolgte die Abgrenzung zwischen zulässigem Gemeindeblatt und unzulässigem Presseerzeugnis vor dem Hintergrund des Aufgabenbereichs von Gemeinden unter Berücksichtigung des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG. Auf Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG kann die Beklagte sich nicht stützen. Auch eine andere Verfassungsnorm, mit der die Herausgabe einer Kulturzeitschrift durch den Staat gerechtfertigt werden könnte, ist nicht ersichtlich.

- der BGH musste in der Stadt Crailsheim II-Entscheidung, wie die Beklagte betont, nicht entscheiden, ob eine öffentliche-rechtliche Körperschaft aufgrund eines formellen Gesetzes eine Zeitschrift veröffentlichen darf. Diese Frage stellt sich vorliegend allerdings auch nicht, weil sich entgegen der Auffassung der Beklagten aus § 2 AdKG nicht die Befugnis ableiten lässt, dass die Beklagte in Konkurrenz zu privatwirtschaftlich tätigen Verlagen eine Kulturzeitschrift herausgeben darf.

V. Gebot der Staatsferne der Presse - Reprise

Das Gebot der Staatsferne der Presse findet auf den vorliegenden Sachverhalt in zwei Ausprägungen Anwendung.

1. ‚Wie‘ der Veröffentlichung

Zunächst enthält das Gebot der Staatsferne der Presse eine Marktverhaltensregelung, die erfasst, wie die Beklagte die Zeitschrift Sinn und Form herausgibt, d.h. mit welchen Beiträgen und in welcher Aufmachung. Dazu hatten wir festgehalten, dass die Beiträge in der streitgegenständlichen Ausgabe nicht vom zulässigen Informationshandeln oder zulässiger Öffentlichkeitsarbeit der Beklagten oder einer ausreichenden Ermächtigungsgrundlage gedeckt sind.

Ergänzend ist zu berücksichtigen, dass sich die Zeitschrift Sinn und Form dem Verbraucher auch ansonsten als Äquivalent zu anderen Kulturzeitschriften präsentiert. Sie wird an denselben Verkaufsorten wie andere Kulturzeitschriften angeboten. Das zurückhaltende Layout oder die Buchform sowie die weitgehende Werbefreiheit finden sich auch bei anderen Kulturzeitschriften wie beispielsweise Text und Kritik (seit 1963), Merkur (seit 1947 und damit älter als Sinn und Form), Die neue Rundschau (seit 1890 und damit älter als Sinn und Form) oder Akzente (seit 1954). Es ist auch nicht erkennbar, dass es sich bei Sinn und Form um eine staatliche Publikation handelt. Bei dieser Erkennbarkeit handelt es sich gewissermaßen um ein K.-o.-Kriterium (siehe BGH, Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 112/17, Rn. 36 - Crailsheimer Stadtblatt II, GRUR 2019, 1224). Zwar weist die Beklagte zu Recht darauf hin, dass in jeder Ausgabe der Zeitschrift steht, dass sie von der Akademie der Künste herausgegeben wird. Dem angesprochenen Verkehr ist aber nicht bekannt, dass die Akademie der Künste eine bundesunmittelbare Körperschaft des öffentlichen Rechts und damit Staat ist.

2. ‚Ob‘ der Veröffentlichung

Das Gebot der Staatsferne der Presse enthält darüber hinaus auch eine Marktzutrittsregel, die – ausnahmsweise – in den Anwendungsbereich von § 3a UWG fällt. Es ist nämlich entgegen einem weitverbreiteten Glauben nicht so, dass Marktzutrittsregeln generell nicht gegen § 3a UWG verstoßen können. Regelungen über den Marktzutritt gehören als reine Marktzutrittsregelungen nur dann nicht zu den Marktverhaltensregelungen, wenn sie bestimmten Personen den Marktzutritt aus Gründen verwehren, die nichts mit deren Marktverhalten, d. h. der Art und Weise zu tun haben, wie diese Personen am Markt agieren. Eine Marktzutrittsregelung kann allerdings auch eine sekundär wettbewerbsbezogene Schutzfunktion aufweisen und damit zugleich das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer regeln (BGH GRUR 2017, 95, Rdn. 16 - Arbeitnehmerüberlassung).

Eine Regelung, die den Marktzugang reglementiert, stellt insbesondere dann eine Marktverhaltensregelung dar, wenn sie unmittelbar auf die Herstellung der Wettbewerbsgleichheit zwischen den auf dem betreffenden Markt tätigen Unternehmen gerichtet ist (BGH GRUR 2020, 303, Rdn. 42 – Pflichten des Batterieherstellers). Darunter fällt auch das Gebot der Staatsferne der Presse, mit dem unter anderem gewährleistet werden soll, dass der Pressemarkt privatrechtlich organisiert wird und die Marktbeteiligten in wirtschaftlicher Konkurrenz zueinander stehen. Der BGH geht außerdem davon aus, dass gesetzliche Bestimmungen, die den Marktzutritt von einer öffentlich-rechtlichen Erlaubnis abhängig machen, auch Marktverhaltensregelungen sind. Dann muss im umgekehrten Fall aber auch gleiches gelten, wenn der Marktzutritt – wie vorliegend – von einer (verfassungskonformen) gesetzlichen Ermächtigung abhängt. In beiden Fällen bedarf es einer öffentlich-rechtlichen Rechtsgrundlage und Befugnis für den Marktzutritt.

VI. Die Beklagte als Grundrechtsträger

Abschließend soll noch darauf hingewiesen werden, dass die Beklagte sich nicht auf eine Analogie zur Rundfunkfreiheit oder Wissenschaftsfreiheit berufen und deren Betätigungsspielraum für sich reklamieren kann, auch wenn die Rundfunkfreiheit durch öffentlich-rechtliche Einrichtungen wie Rundfunkanstalten und die Wissenschaftsfreiheit durch öffentlich-rechtliche Einrichtungen wie Universitäten gewährleistet wird. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des BVerfG, dass staatliche Einrichtungen sich nur insoweit auf Grundrechte berufen können, wie sie vom Grundrechtskatalog adressiert werden (BVerfG, Urt. v. 18.5.1971 – 2 BvR 1/68, Rdn. 22, BVerfGE 31, 314; Beschl. v. 9.4.1975 – 2 BvR 879/73, Rdn. 52 f – AOK, BVerfGE 39, 302; zuletzt BVerfG, Beschl. v. 21.12.2021 – 2 BvR 1844/20, Rdn. 46). Das ist

bei Universitäten und Rundfunkanstalten wegen Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 S. 1 GG der Fall, bei der Beklagten nicht. Die Beklagte kann sich mithin für die Herausgabe der Zeitschrift Sinn und Form nicht auf eigene Grundrechte berufen. Urteile des BVerfG zu grundrechtlich abgesicherter Tätigkeit der Rundfunkanstalten können nicht auf die Beklagte übertragen werden.

Dr. Omsels
Rechtsanwalt

Dieses elektronische Dokument trägt keine Unterschrift, weil es einfach signiert auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 130a Abs. 3 Alt. 2 ZPO in der seit dem 01.01.2018 geltenden Fassung eingereicht worden ist.