
Datum: 28.05.2014
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 15. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-15 U 50/14
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2014:0528.I15U50.14.00

Vorinstanz: Landgericht Wuppertal, 13 O 39/12

Tenor:

I.

Die Berufung des Beklagten gegen das am 06.02.2013 verkündete Urteil der 3. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Wuppertal wird zurückgewiesen.

II.

Der Beklagte trägt auch die Kosten des Berufungsverfahrens.

III.

Das Urteil und das landgerichtliche Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung von EUR 30.000 abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

IV.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

1

I.

2

3

Hinsichtlich des Sachverhaltes wird zunächst gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen auf das angefochtene Urteil des Landgerichts Wuppertal vom 06.02.2013.

Mit seiner gegen dieses Urteil eingelegten Berufung macht der Beklagte im Wesentlichen geltend: Zu Unrecht sei das Landgericht davon ausgegangen, dass er ausschließlich einen rechtlich missbilligten Teil des Marktes bediene. Verfahrensfehlerhaft habe das Landgericht seinen Vortrag im Schriftsatz vom 02.01.2013 unberücksichtigt gelassen. Er habe die gewährte Schriftsatzfrist von „drei Wochen“ gewahrt, weil diese erst mit Eingang des Sitzungsprotokolls erster Instanz zu laufen begonnen habe. Im Übrigen sei aus seinem erstinstanzlichen Vorbringen nicht hervorgegangen, dass er überhaupt einen illegalen Teilmarkt bediene. Er erbringe im Bereich der akademischen Texterstellung lediglich rechtmäßige Dienstleistungen und distanzieren sich auf seiner Internetpräsenz ausdrücklich und entschieden vom Schreiben von Prüfungsleistungen. Er biete beispielsweise die Erstellung von „Fachzeitschriftenartikeln“ oder „Populärwissenschaftlichen Texten“ bzw. „Sachbüchern“ (vgl. Anlage B 35) an. Ebenfalls habe er umfassend vorgetragen und belegt, dass er Coaching-Leistungen erbringe. All dies bewerbe er intensiv und sei mithin auf diesem Gebiet tätig (vgl. Anlage BK1). Seit über zwei Jahren biete er separat eine Autorentätigkeit bei der Texterstellung von Entwürfen für Hochschulschriften, eine Ghostwritertätigkeit für den sonstigen akademischen Bereich sowie eine Ghostwritertätigkeit für den nicht-akademischen Bereich sowie Coaching-Angebote an (vgl. Anlagen BK2 und BK3). Das Landgericht habe auch nicht beachtet, dass er sich auf seiner Internetseite offenkundig und eindeutig von rechtlich missbilligten Angeboten distanzieren. Darüber hinaus mache er in jedem Einzelfall einer Anfrage im Bereich der Texterstellung von Entwürfen für Hochschularbeiten am Ende des jeweiligen Angebotes einen Hinweis, dass er und seine Mitarbeiter in diesem Tätigkeitsbereich als Autoren tätig würden und nur legale Aufträge bearbeitet würden (vgl. Anlagen BK 6, BK 7 und BK 8). Das Landgericht habe den in der angegriffenen Werbung enthaltenen Begriffen „etabliert“ und „seriös“ ein falsches Verständnis der maßgeblichen Verkehrskreise zugrunde gelegt. Er habe einerseits einen sicheren Platz in der Branche und habe sich entsprechend festgesetzt, so dass er „etabliert“ sei: Er - der Beklagte - sei andererseits vertrauenswürdig, glaubwürdig und zuverlässig und damit auch „seriös“. Verfehlt habe das Landgericht angenommen, dass derjenige, welcher sittenwidrige Dienstleistungen anbiete, sich nicht als seriös bezeichnen dürfe. Wer sich für fast ausschließlich illegale Angebote interessiere, beurteile die „Seriosität“ lediglich anhand einer geschäftsmäßigen Betrachtung. Es sei nicht nachvollziehbar, wie das Landgericht zu dem Schluss gekommen sei, das eigene Handeln des Klägers sei nicht rechtsmissbräuchlich, da nicht näher dargelegt worden sei, dass der Kläger selbst ausschließlich einen illegalen Markt bediene.

Der Beklagte beantragt, 5

das Urteil des Landgerichts Wuppertal vom 06.02.2013 – 13 O 39/12 aufzuheben. 6

Der Kläger beantragt, 7

die Berufung des Beklagten zurückzuweisen. 8

Der Kläger verteidigt das landgerichtliche Urteil im Wesentlichen unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens. 9

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte nebst Anlagen verwiesen. 10

II. 11

Die zulässige Berufung des Beklagten ist unbegründet.	12
Zu Recht und mit im Wesentlichen zutreffender Begründung hat das Landgericht den Beklagten gemäß §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, Abs. 2, 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG zur Unterlassung der streitgegenständlichen Werbebehauptungen verurteilt.	13
1.	14
Das Landgericht hat - was mit der Berufung auch nicht angegriffen worden ist - richtig angenommen, dass die Parteien in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis auf dem Gebiet des „wissenschaftlichen Ghostwritings“ stehen. Ergänzend ist diesbezüglich lediglich Folgendes anzuführen (vgl. auch zu einem zwischen denselben Parteien geführten Rechtsstreit: OLG Düsseldorf, Az. 20 U 116/10, Urteil v. 08.02.2011 = GRUR-RR 2011, 474):	15
Grundsätzlich sind im Interesse eines wirksamen lauterkeitsrechtlichen Individualschutzes an das Bestehen eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses keine hohen Anforderungen zu stellen (BGH GRUR 1985, 553 – DIMPLE; BGH GRUR 2004, 877, 878 – Werbeblocker; BGH GRUR 2006, 1042 Tz 16 – Kontaktanzeigen). Die Mitbewerbereigenschaft eines Unternehmers lässt sich dabei nicht abstrakt feststellen, vielmehr ist an die jeweilige konkrete geschäftliche Handlung anzuknüpfen. Sie entscheidet darüber, ob sich der handelnde Unternehmer zu einem anderen Unternehmer in Wettbewerb stellt (<i>Köhler/Bornkamm</i> , UWG, 32. Aufl., § 2 UWG Rn. 96). Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis kann sogar vorliegen, wenn die Parteien unterschiedlichen Branchen angehören (BGH GRUR 1972, 553 – Statt Blumen ONKO-Kaffee; BGH GRUR 1997, 934, 935 – 50% Sonder-AfA; BGH GRUR 2001, 260, 261 – Vielfachabmahner; BGH GRUR 2004, 877, 878 – Werbeblocker; BGH GRUR 2006, 1042 Tz 16 – Kontaktanzeigen; BGH WRP 2007, 1334 Tz 17 – Rechtsberatung durch Haftpflichtversicherer; BGH WRP 2009, 1001 Tz 40 – Internet-Video-Recorder). Entscheidend ist, ob die beteiligten Unternehmen auf demselben sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt tätig sind (BGH GRUR 2001, 78 – Falsche Herstellerpreisempfehlung; BGH GRUR 2007, 1079 Tz 18 – Bundesdruckerei).	16
Dass die Parteien auf dem gleichen zeitlichen und räumlichen Markt tätig sind, nämlich derzeit und zumindest auf deutschem Gebiet, ist unstreitig. Darüber hinaus sind die Parteien auch auf dem gleichen sachlichen Markt tätig, ohne dass es entscheidend darauf ankäme, ob der Kläger selbst nur legale Tätigkeiten anbietet. Wesentlich ist nur, dass die konkret beanstandete Wettbewerbshandlung darin besteht, dass sich der Beklagte als „einer der etabliertesten Anbieter seriöser akademischer Ghostwriter- und Autoren-Dienstleistungen im gesamten deutschsprachigen Raum sowie ... mit Sitz im Herzen Deutschlands ...“ bezeichnet und sich so explizit gegenüber anderen Anbietern derartiger Dienstleistungen ins Verhältnis setzt. Seine Werbeaussage impliziert damit eine Substituierbarkeit der jeweiligen Leistungen.	17
2.	18
Die beanstandete Werbung ist irreführend und damit unlauter im Sinne von § 5 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 3 UWG.	19
Nach den vorgenannten Vorschriften sind geschäftliche Handlungen unter anderem dann irreführend und damit unlauter, wenn sie unwahre Angaben oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben über die Eigenschaften eines Unternehmens enthalten.	20
a)	21

Die Feststellung, ob die angegriffene Werbeangabe „einer der etabliertesten Anbieter seriöser akademischer Ghostwriter und Autoren-Dienstleistungen im gesamten deutschsprachigen Raum sowie Anbieter wissenschaftlicher Coachings (Beratung) und allgemeiner Texterstellung“ irreführend ist, setzt zunächst Klarheit darüber voraus, welche Verkehrskreise von dieser Werbung angesprochen werden. 22

Da die in Rede stehenden Dienstleistungen keine solchen des täglichen Bedarfs sind, richtet sich die betreffende Werbung nicht an das „allgemeine Publikum“, d.h. nicht auch an diejenigen, der nur gelegentlich oder selten selbst einkauft bzw. nachfragt. Vielmehr spricht die betreffende Werbung spezielle Interessenten an, die Bedarf an einem „seriösen akademischen Ghostwriting und Autoren-Dienstleistungen, wissenschaftlichem Coaching (Beratung) oder an allgemeiner Texterstellung“ haben. 23

Die von der Werbung angesprochenen Verkehrskreise sind entgegen der Auffassung des Beklagten allerdings nicht derart eingeeengt, dass darunter nur solche Interessenten fielen, die beabsichtigen, die von Mitarbeitern des Beklagten entworfenen Werke als eigene Prüfungsleistungen einzureichen. In diesem Zusammenhang ist nämlich zu beachten, dass in bestimmten Grenzen durchaus legales Ghostwriting denkbar ist (vgl. beispielsweise OLG Frankfurt a.M. GRUR 2010, 221 – betriebswirtschaftlicher Aufsatz); erst recht gilt dies im Hinblick auf Autoren-Dienstleistungen und wissenschaftliches Coaching (Beratung). Zumindest fühlen sich auch die Interessenten für derartige legale Dienstleistungen durch die beanstandete Werbeaussage angesprochen und zählen deshalb ebenfalls zu den einschlägigen Verkehrskreisen. 24

b) 25

Zutreffend ist das Landgericht zu dem Ergebnis gekommen, dass das Verständnis der maßgeblichen Verkehrskreise dahin geht, dass der Beklagte mit seiner Werbeaussage bei den angesprochenen Verkehrskreisen den Eindruck erweckt, er biete auf dem Gebiet des wissenschaftlichen Ghostwritings und der Autoren-Dienstleistungen in nicht unerheblichem Umfang (auch) legale Betätigungen an. 26

Maßgeblich ist immer die Eignung zur Irreführung, so dass eine Prognoseentscheidung darüber zu treffen ist, wie der Verkehr eine Werbeaussage verstehen wird (vgl. Köhler/Bornkamm, UWG, 32. A., 2014, § 5 UWG Rn 2.169). Der Senat kann die Frage nach der Verkehrsauffassung auf Grund eigener Sachkunde feststellen. Insoweit kommt es nicht darauf an, ob die zur Entscheidung berufenen Richter selbst durch die betreffende Werbung angesprochen werden, da hier eine besondere Erfahrung zur Feststellung der Verkehrsauffassung deshalb nicht erforderlich ist, weil auch die angesprochenen Verkehrskreise für die Beurteilung der fraglichen Werbeangabe keine besonderen Kenntnisse und Erfahrungen einsetzen müssen (vgl. BGH GRUR 2002, 77, 79 – Rechenzentrum; vgl. BGHZ 156, 250, 255 = GRUR 2004, 244, 245 – Marktführerschaft). 27

aa) 28

Zugunsten des Beklagten kann in tatsächlicher Hinsicht unterstellt werden, dass er seit 20 Jahren in der betreffenden Branche (Entwürfe von Dissertationen pp. als Autor; sonstiges Ghostwriting; Coaching) tätig ist und sich dort entsprechend „festgesetzt“ hat; ferner mag ihm zugestanden werden, dass die angesprochenen Verkehrskreise ihn vor diesem Hintergrund als „etabliert“ ansehen würden. 29

Allerdings hat der Beklagte sich nicht etwa darauf beschränkt, sich bloß als „etabliert“ zu bezeichnen, sondern er hat gerade den Superlativ „etabliertest“ verwendet, auch wenn er diesen wiederum durch die Worte „einer der“ in gewissem Umfang relativiert hat. Darin kommt für die angesprochenen Verkehrskreise unmissverständlich zum Ausdruck, dass der Beklagte vorgibt, in der Gruppe der etablierten Unternehmen auf dem relevanten Markt (gemeinsam mit anderen zu dieser Gruppe gehörigen Unternehmen) noch einmal eine herausgehobene Stellung innezuhaben.

bb) 31

Im Zusammenhang mit der beanstandeten Werbeaussage des Beklagten ist - wie schon das Landgericht richtig hervorgehoben hat - ferner zu beachten, dass die Adjektive „etabliertesten“ und „seriös“ nicht isoliert nebeneinander stehen, sondern in einer Kombination verwendet werden und deshalb in ihrer Wechselbezüglichkeit betrachtet werden müssen. Der Beklagte gibt insoweit vor, gerade innerhalb der Gruppe der seriösen Anbieter „einer der etabliertesten“ zu sein. Insofern kann bereits - ohne dass es bereits auf das konkrete Verständnis der Verkehrskreise von dem Begriff „seriös“ im Detail ankäme - festgehalten werden, dass der Beklagte sich zu einem hervorgehobenen Anbieter unter den seriösen Anbietern der Branche zählt und damit ein Fall einer sog. „Spitzengruppenwerbung“ (siehe dazu näher unten) vorliegt.

cc) 33

Entgegen der Auffassung des Beklagten interpretieren die angesprochenen Verkehrskreise das Adjektiv „seriös“ im Kontext der beanstandeten Werbeaussage nicht etwa nur „auf der Basis einer rein geschäftsmäßigen Betrachtung“. Soweit der Beklagte in diesem Zusammenhang geltend macht, das maßgebliche Verständnis der Verkehrskreise entspreche dem herkömmlichen Verständnis von „seriös“ im Sinne von „vertrauenswürdig, glaubwürdig und zuverlässig“ (vgl. den Auszug aus dem „Duden“ gemäß Anlage BK10), lässt er Folgendes außer Acht: Bei der Prüfung, ob eine Angabe über geschäftliche Verhältnisse geeignet ist, den Verkehr irrezuführen, kommt es nicht auf den objektiven Wortsinn und nicht darauf an, wie der Werbende selbst seine Aussage über die Ware oder gewerbliche Leistung verstanden haben will, sondern entscheidend ist allein die Auffassung der Verkehrskreise, an die sich die Werbung richtet (BGHZ 13, 244, 253 = GRUR 1955, 38, 40 – Cupresa-Kunstseide; BGH GRUR 1961, 193, 196 – Medaillenwerbung; BGH GRUR 1987, 171, 172 – Schlussverkaufswerbung I; BGH GRUR 1991, 852, 854 – Aquavit mwN; BGH GRUR 1995, 612, 614 – Sauerstoff-Mehrschritt-Therapie; BGH GRUR 1996, 910, 912 – Der meistverkaufte Europas; BGHZ 156, 250, 252 = GRUR 2004, 244, 245 – Marktführerschaft). Ob eine Angabe geeignet ist irrezuführen, lässt sich daher nur feststellen, wenn man zuvor ihren Sinn ermittelt hat, den sie nach dem objektiven Empfängerhorizont der umworbenen Verkehrskreise hat. Allein deren Vorstellung vom Inhalt der Angabe, die sich nicht mit dem „herkömmlichen Verständnis“ decken muss, ist maßgebend.

In diesem Zusammenhang ist weiter zu beachten, dass eine Werbung meist an etwas den angesprochenen Verkehrskreisen Bekanntes anknüpft (vgl. Köhler/*Bornkamm*, a.a.O., § 5 UWG Rn 2.100). Angesichts der in den letzten Jahren zahlreich publik gewordenen Fälle, in denen unter anderem im Fokus der Öffentlichkeit stehenden Politikern wegen wissenschaftlich unredlichen Verhaltens akademische Grade entzogen wurden, sind die angesprochenen Verkehrskreise besonders sensibilisiert und verbinden den Begriff „seriös“ zwangsläufig mit wissenschaftlicher Redlichkeit. Sie begreifen die beanstandete Werbung des Beklagten deshalb so, als wolle er sich mit dem Attribut „seriös“ gerade von rechtlich missbilligten Dienstleistungen abgrenzen. Sie verbinden mit seiner Werbung die Vorstellung,

dass der Beklagte gerade auf dem Gebiet des legalen rechtmäßigen Ghostwritings zu den etabliertesten Anbietern gehöre. Der vorstehend geschilderte Eindruck der angesprochenen Verkehrskreise wird noch dadurch bestärkt, dass die Werbeaussage auch das Anpreisen (erlaubten) wissenschaftlichen Coachings umfasst. In der Kombination mit „seriös“ im vorgenannten Sinne stellt der Superlativ „etabliertest“ auch keine rechtlich zulässige Übertreibung dar (vgl. dazu Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 5 UWG Rn 2.125 m.w.N.): Es handelt sich vielmehr um eine sachbezogene und grundsätzlich überprüfbare Tatsachenbehauptung, die von den angesprochenen Verkehrskreisen ernst genommen wird (vgl. Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 5 UWG Rn 2.134).

c) 36

Ob der (bestrittene) Beklagtenvortrag die Feststellung erlaubt, dass dieser den Attributen „vertrauenswürdig, glaubwürdig und zuverlässig“ genügt, kann im Hinblick auf das vorstehend ermittelte abweichende Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise von „seriös“ a priori dahinstehen. Entscheidend ist aus den unter b) genannten Gründen allein, dass nicht feststellbar ist, dass der Beklagte zu den etabliertesten Anbietern legaler seriöser akademischer Ghostwriter- und Autoren-Dienstleistungen sowie der weiteren in der Werbeaussage genannten Dienstleistungen im gesamten deutschsprachigen Raum gehört.

aa) 38

Zwar trifft den Anspruchsteller grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast für anspruchsbegründende Umstände. Jedoch bestehen bezüglich Tatsachen, die in den Verantwortungsbereich des Anspruchsgegners fallen, prozessuale Erklärungspflichten. Gerade bei Werbebehauptungen fehlt dem außerhalb des Geschehensablaufs stehenden Kläger oft eine genaue Kenntnis der entscheidenden Tatumstände, so dass es ihm nicht möglich ist, den Sachverhalt von sich aus aufzuklären, während der Beklagte über diese Kenntnisse verfügt und die notwendige Aufklärung ohne weiteres leisten kann. In solchen Fällen entspricht es dem auch im Prozess geltenden Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB), dass der Beklagte die erforderliche Aufklärung leistet, sofern sie ihm nach den Umständen zuzumuten ist (BGH GRUR 1961, 356, 359 – Pressedienst; BGH GRUR 1963, 270, 271 – Bärenfang; BGH GRUR 1969, 461, 463 – Euro-Spirituosen; BGH GRUR 1975, 78, 79 – Preisgegenüberstellung; BGH GRUR 1985, 140, 142 – Größtes Teppichhaus der Welt; BGH GRUR 1992, 42 – Luftfrachtsendungen; BGHZ 120, 320, 327 f = GRUR 1993, 980, 983 – Tariflohnunterschreitung; BGH GRUR 1997, 229, 230 – Beratungskompetenz; BGH GRUR 2004, 246, 247 – Mondpreise?; BGH GRUR 2007, 251 Rn 31 – Regenwaldprojekt II; BGH GRUR 2013, 1058 Rn 23 – Kostenvergleich bei Honorarfactoring). Kommt der Beklagte der (sekundären) Darlegungs- und Beweislast nicht nach, so kann das Gericht davon ausgehen, dass die Behauptung unrichtig oder jedenfalls irreführend ist (§ 138 Abs. 3 ZPO).

Insbesondere im Falle der Berühmung einer Zugehörigkeit zu einer Spitzengruppe ist der Beklagte im Sinne einer prozessualen Aufklärungspflicht verpflichtet, darzulegen und ggf. zu beweisen, worauf sich seine Werbebehauptung stützt (BGH GRUR 1973, 594, 596 – Ski-Sicherheitsbindung; BGH GRUR 1978, 249, 250 – Kreditvermittlung; BGH GRUR 1983, 779, 781 – Schuhmarkt; BGH GRUR 2010, 352 Rn 22 – Hier spiegelt sich Erfahrung; OLG Karlsruhe GRUR 1994, 134, 135), was der Sache nach auf eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast hinausläuft, soweit der Gläubiger - wie hier der Kläger - auf die Beweiserleichterung angewiesen ist. Der wegen unzulässiger Spitzenstellungswerbung auf Unterlassung in Anspruch genommene Beklagte kann sich nicht lediglich zur Verteidigung auf die Darstellung seiner eigenen geschäftlichen Situation beschränken, sondern hat substantiiert die Marktlage unter den in Betracht kommenden Wettbewerbern unter

Berücksichtigung des Klagevortrags darzulegen (vgl. OLG Karlsruhe GRUR 1994, 134).

- bb) 41
- Ausgehend von diesen Grundsätzen ist es ist dem Beklagten nicht - jedenfalls nicht in prozessual ordnungsgemäßer Weise - gelungen, Tatsachen darzulegen, die die Feststellung erlauben, dass vorgenanntes, zumindest bei einem erheblichen Teil der Verkehrskreise infolge der angegriffenen Werbeaussage hervorgerufenes Verständnis auch mit den wirklichen Verhältnissen übereinstimmt. 42
- Soweit der Beklagte im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat die Auffassung vertreten hat, die vorstehenden Grundsätze könnten hier nicht zum Tragen kommen, weil der Klägervortrag eine rein ins Blaue hinein aufgestellte Vermutung beinhalte, ist dem zu widersprechen. Gerade weil der Kläger hinsichtlich der Frage nach dem Wahrheitsgehalt der betreffenden Werbebehauptungen im Gegensatz zum Beklagten außerhalb des Geschehensablaufs steht, fehlt ihm die notwendige genaue Kenntnis der entscheidenden Tatumstände. Aus diesem Grunde darf er sich (jedenfalls zunächst) auf die schlichte Behauptung der Unwahrheit der Werbeangaben zurückziehen. 43
- Ob das Landgericht zutreffend angenommen hat, dass der gesamte erstinstanzliche Vortrag des Beklagten (positiv) den Schluss nahelege, der Beklagte erbringe ausschließlich rechtlich missbilligte Leistungen, nämlich das Schreiben wissenschaftlicher Prüfungsarbeiten, kann dahinstehen. Jedenfalls hat der Beklagte - zumindest nicht in prozessual ordnungsgemäßer Weise - nicht ein einziges Beispiel für von ihm erbrachte legale Dienstleistungen im Bereich der in der beanstandeten Werbeaussage genannten Gebiete darlegen können. 44
- aaa) 45
- Soweit der Beklagte diesbezüglich rügt, das Landgericht habe verfahrensfehlerhaft seinen ergänzenden Sachvortrag in seinem Schriftsatz vom 02.01.2013 nicht mehr berücksichtigt, bleibt dies ohne Erfolg. 46
- Das Landgericht hat den Beklagten zu Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 21.11.2012 zu Recht darauf hingewiesen, dass es ihm im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast obliege, darzutun, dass „er tatsächlich die angepriesenen Leistungen, nämlich insbesondere Coaching-Leistungen und seriöses Ghostwriting erbringe“. Daraufhin ist dem Beklagtenvertreter antragsgemäß eine Schriftsatzfrist gewährt worden. 47
- Laut dem Sitzungsprotokoll wurde insoweit „beschlossen und verkündet“ (Blatt 64 GA): 48
„Schriftsatzfrist für Beklagtenvertreter: 3 Wochen“. Im Hinblick auf die förmliche Beweiskraft des Sitzungsprotokolls vom 21.11.12, hinsichtlich dessen der Beklagte auch keinen Berichtigungsantrag nach § 164 ZPO gestellt hat, steht damit für den Senat gemäß §165 ZPO fest, dass der betreffende Beschluss ergangen und auch verkündet worden ist. Die förmliche Beweiskraft nach § 165 ZPO erfasst unter anderem auch den Erlass und die Verkündung von Beschlüssen in der mündlichen Verhandlung gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 6 und 7 (vgl. BGH NJW 1999, 794; OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2013, 02866; vgl. Musielak/Stadler, ZPO, 10. A., § 165 Rn 1; Beck'scher OK ZPO/Wendtland, 12. Edition, Stand 15.03.2014, § 165 Rn 4).
- Diesen Beschluss, der durchaus in einer in der zivilprozessualen Praxis üblichen Weise formuliert war, durfte der anwaltlich vertretene Beklagte aus rechtlichen Gründen nur so verstehen, dass die Schriftsatzfrist sogleich mit der im Termin erfolgten Verkündung und nicht 49

etwa erst mit Zustellung des Sitzungsprotokolls zu laufen begann. Insoweit bedurfte es nicht etwa der datumsmäßigen Angabe des Fristendes: Gemäß § 329 Abs. 1 S. 1 ZPO gilt nämlich, dass im Falle eines mit Fristsetzung in öffentlicher Sitzung verkündeten Beschlusses die Frist bereits mit der Verkündung zu laufen beginnt, wobei hier der 21.11.2012 (Tag des Ereignisses der Verkündung) bei der Fristberechnung nicht mitgerechnet wird (§§ 222 ZPO, 187 Abs. 1 BGB). Gemäß §§ 222 ZPO, 188 Abs. 2 BGB endete die nach Wochen bestimmte Schriftsatzfrist demnach bereits am 12.12.2012. Insbesondere bedurfte es für die Wirksamkeit des betreffenden verkündeten Beschlusses keiner Zustellung nach § 329 Abs. 2 S. 2 ZPO (vgl. Musielak/Stadler, ZPO, 2014, § 221 Rn 5).

Damit hat das Landgericht das tatsächliche Vorbringen im Schriftsatz vom 02.01.2013 zu Recht unberücksichtigt gelassen und sein Ermessen vertretbar dahingehend ausgeübt, die mündliche Verhandlung nicht wiederzueröffnen (§§ 296a S. 1, S. 2 i.V.m. §§ 139 Abs. 5, 156 ZPO; vgl. BGH NJW-RR 2014, 505). 50

Bis zu diesem richterlichen Hinweis hatte der Beklagte zum Beleg der von ihm in der Werbeaussage in Anspruch genommenen „Seriösität“ keine von ihm erbrachte legale Dienstleistungen im Bereich der in der Werbeaussage aufgezählten Gebiete dargetan, sondern bloß seine „Zuverlässigkeit“ pp. betont. 51

ccc) 52

Auch in der Berufungsinstanz hat der Beklagte keine berücksichtigungsfähigen Tatsachen vorzubringen vermocht, die der Annahme einer Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise entgegen stehen. 53

Bereits mit der Ziffer 5. der Verfügung vom 23.05.2013 (Blatt 122 GA) war der Beklagte im Einzelnen darauf hingewiesen worden, unter welchen Voraussetzungen neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nur zugelassen sind. Gemäß dem Protokoll der mündlichen Verhandlung (Blatt 174 GA) vor dem Senat ist der Beklagte alsdann darauf hingewiesen worden, dass der Senat nach der Vorberatung in Anwendung von § 531 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO weder seinen Vortrag im Schriftsatz vom 02.01.2013, noch seinen Vortrag zu von ihm erbrachten rechtmäßigen Dienstleistungen in den Schriftsätzen zweiter Instanz zuzulassen gedenke. 54

Dies betrifft folgendes Beklagtenvorbringen: Er erbringe im Bereich der akademischen Texterstellung lediglich rechtmäßige Dienstleistungen. Er biete beispielsweise die Erstellung von „Fachzeitschriftenartikeln“ oder „Populärwissenschaftlichen Texte“ bzw. „Sachbüchern“ (vgl. Anlage B 35) an. Ebenfalls habe er umfassend vorgetragen und belegt, dass er Coaching-Leistungen erbringe. All dies bewerbe er intensiv und sei mithin auf diesem Gebiet tätig (vgl. Anlage BK1). Seit über zwei Jahren biete er separat eine Autorentätigkeit bei der Texterstellung von Entwürfen für Hochschulschriften, eine Ghostwriter-Tätigkeit für den sonstigen akademischen Bereich sowie eine Ghostwriter-Tätigkeit für den nicht-akademischen Bereich sowie Coaching-Angebote an (vgl. Anlagen BK2 und BK3). Darüber hinaus mache er in jedem Einzelfall einer Anfrage im Bereich der Texterstellung von Entwürfen für Hochschularbeiten am Ende des jeweiligen Angebotes einen Hinweis, dass er und seine Mitarbeiter in diesem Tätigkeitsbereich als Autoren tätig würden und nur legale Aufträge bearbeitet würden (vgl. Anlagen BK 6, BK 7 und BK 8). 55

(1) 56

Zunächst ist zu beachten, dass Tatsachenvortrag, der - wie hier derjenige im Schriftsatz vom 02.01.2013 - erstinstanzlich zu Recht unberücksichtigt geblieben ist, auch in der 57

Berufungsinstanz ausgeschlossen bleibt (§ 531 Abs. 1 ZPO).

- (2) 58
- Der Beklagte hat trotz des oben erwähnten Hinweises zu Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 08.05.2014 keine Umstände vorgebracht, aufgrund derer entsprechende Noven ausnahmsweise nach § 531 Abs. 2 ZPO zulässig sein sollten. 59
- Vor diesem Hintergrund ist namentlich nicht der Zulassungsgrund nach § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO einschlägig: Es war - wie oben bereits erläutert - seitens des Landgerichts nicht verfahrensfehlerhaft, den Sachvortrag des Beklagten im Schriftsatz vom 02.01.2013 wegen Überschreitens der ihm gewährten Schriftsatzfrist unberücksichtigt zu lassen. Dass das Landgericht Hinweise nicht rechtzeitig erteilt (vgl. § 139 Abs. 4 ZPO), die Schriftsatzfrist von vornherein zu kurz bemessen habe oder in Anbetracht des Schriftsatzes vom 02.01.2013 die mündliche Verhandlung hätte wiedereröffnen müssen (vgl. §§ 296a S.2, 156 ZPO), wird vom Beklagten selbst zu Recht nicht geltend gemacht. Der Beklagte hat sich insoweit allein auf den Standpunkt gestellt, dass die Schriftsatzfrist erst mit der Zustellung des Sitzungsprotokolls zu laufen begonnen habe. 60
- ddd) 61
- Da der Beklagte es demnach nicht vermocht hat, seiner sekundären Darlegungslast prozessual ordnungsgemäß nachzukommen, ist die nach § 138 Abs. 3 ZPO getroffene Feststellung des Landgerichts, wonach der Beklagte ausschließlich einen rechtlich missbilligten Teil des Marktes bediene, nicht zu beanstanden. Jedenfalls besteht keine Grundlage für die Feststellung, der Beklagte sei einer der etabliertesten Anbieter entsprechender legaler Dienstleistungen im deutschen Sprachraum. Daraus folgt, dass die beanstandete Werbeaussage irreführend in Bezug auf diese vorgetäuschte Eigenschaft des Unternehmens des Beklagten und damit unlauter ist. 62
- d) 63
- Soweit der Beklagte (hilfsweise) geltend macht, selbst im Falle, dass er fast ausschließlich sittenwidrige Dienstleistungen erbringe, dürfe nicht die Gleichung aufgestellt werden, ein Anbieter von sittenwidrigen Leistungen dürfe sich nicht als „seriös“ bezeichnen, vermag auch dies seiner Berufung nicht zum Erfolg zu verhelfen. 64
- Selbst wenn ein Kunde, der plant, die Leistung eines Ghostwriters als eigene auszugeben, und dem zumindest im Rahmen einer Parallelwertung in der Laiensphäre bewusst ist, dass ein solches Vorgehen sitten- und damit rechtswidrig ist, den Begriff „seriös“ anders als im oben dargestellten Sinne interpretieren sollte, vermag dies nichts daran zu ändern, dass jedenfalls diejenigen potentiellen Kunden, welche an ausschließlich legalen Angeboten interessiert sind, die Werbeaussage im hier vertretenen Sinne verstehen. Angaben, die die maßgebliche Durchschnittsperson in verschiedener Weise auffassen kann, sind bereits irreführend, wenn auch nur einer der möglichen Anhaltspunkte nicht der Wahrheit entspricht (BGH, GRUR 1997, 665 – Schwerpunktgebiete). Überdies ist zu beachten, dass bereits ein Quorum von ca. einem Viertel der durchschnittlich informierten und verständigen Verbraucher, die in die Irre geführt werden, ausreicht (vgl. Köhler/*Bornkamm*, a.a.O., § 5 UWG Rn 2.106 m.w.N.). 65
- Demgemäß genügt es auch unter diesem Aspekt nicht, dass der Beklagte diejenigen Attribute (vertrauenswürdig, glaubwürdig und zuverlässig), die im allgemeinen 66

Sprachgebrauch den Begriff „seriös“ kennzeichnen mögen, möglicherweise erfüllt.

Die vom Beklagten in diesem Zusammenhang argumentativ herangezogene Entscheidung des Landgerichts Berlin gemäß Anlage BK12 steht der hiesigen Wertung bereits deshalb nicht entgegen, weil diese nicht die Werbung mit dem Attribut „seriös“ betrifft, sondern sich mit der Frage auseinandersetzt, ob ein Anbieter von unter Umständen sittenwidrigen Leistungen unter Hinweis auf das „Vertrauen“ von Kunden werben darf (vgl. Anlage BK12, S. 8, 4. Absatz). Letzteres mag zu bejahen sein, weil Interessenten für rechtlich problematische Dienstleistungen besonders auf eine vertrauliche Handhabung angewiesen sind. 67

e) 68

Die nach alledem durch die beanstandete Werbung hervorgerufene Irreführung ist für die EntschlieÙung der angesprochenen Verkehrskreise auch relevant. Die Fehlvorstellung, es mit einem Unternehmen zu tun zu haben, das zur Spitzengruppe der „seriösen Anbieter von Ghostwriterleistungen“ gehöre, ist ersichtlich geeignet, die Entscheidung des jeweiligen Verbrauchers für einen Vertragsschluss mit diesem Unternehmen positiv zu beeinflussen. 69

f) 70

Ohne Erfolg macht der Beklagte geltend, er habe sich offenkundig und hinreichend auf seiner Website von rechtlich missbilligten Angeboten distanziert (siehe im Einzelnen zum betreffenden Text, der auf jeder Internetseite der Internetpräsenz des Beklagten durch einen Klick auf den Reiter „Vorgehensweise und Rechtliches“ erreicht werden kann: S. 4, 2. Absatz der Berufungsbegründung des Beklagten, Blatt 112 GA). 71

Insoweit gelten diejenigen Grundsätze, wie sie der 20. Zivilsenat des OLG Düsseldorf in einem zwischen den Parteien geführten Parallelverfahren angewandt hat (Urteil vom 08.02.2011, Az. 20 U 116/10 = NJW-RR, 2011, 474), entsprechend: Ein derartiger „Disclaimer“ ist letztlich unbeachtlich. Solche Hinweise werden von Lesern der Internetseite nicht ernst genommen und dürften auch nicht ernst gemeint sein. Die Annahme, dass jemand bereit wäre für eine nicht zu eigenen Zwecken verwendbare Dissertation einen fünfstelligen Betrag zu zahlen, ist ersichtlich lebensfremd. In einem solchen Falle wissen alle Beteiligten, dass Abschlussarbeiten zum Erwerb akademischer Grade unter falschem Namen erstellt werden sollen, die dann auch zum Erwerb des akademischen Grades eingereicht werden. Dass dies jedenfalls sittenwidrig ist und von der Rechtsordnung nicht gebilligt wird, liegt auf der Hand. 72

Soweit der Beklagte in diesem Zusammenhang auf die Entscheidung des OLG Köln gemäß Anlage BK4 (und auf seine früheren entsprechenden Kenntlichmachungen (Anlagen BK5 und BK6) verweist, ist dies unerheblich, weil entsprechende illegale Dienstleistungen dort gerade nicht Gegenstand der Abmahnung waren und sich das OLG Köln folglich mit den hier interessierenden Fragen nicht auseinandergesetzt hat. 73

g) 74

Ebenso wenig verfähgt der erstmals in der Berufungsinstanz erfolgte Hinweis des Beklagten darauf, dass er in jedem Einzelfall einer Anfrage im Bereich der Texterstellung von Entwürfen für Hochschularbeiten am Ende der Erstantwort an Kunden nochmals kenntlich mache, dass seine Mitarbeiter und er als Autoren tätig würden (vgl. die Beispiele gemäß Anlagen BK7 und BK8). 75

76

Zum Einen gelten diesbezüglich die Ausführungen zu „Disclaimern“ im Internet unter f) analog. Zum Anderen handelt es sich um Maßnahmen, die zeitlich nach der beanstandeten Werbeaussage liegen, so dass es bis dahin jeweils schon zu relevanten Irreführungen gekommen sein kann.

3. 77

Das Unterlassungsbegehren des Klägers ist auch unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt rechtsmissbräuchlich. 78

a) 79

Das gilt zunächst in Bezug auf den sog. Einwand der „unclean hands“. 80

Es kann in diesem Zusammenhang dahinstehen, ob das Landgericht zu Recht festgestellt hat, der Kläger bediene zumindest auch legale Teile des betreffenden Marktes. Selbst wenn der Kläger nämlich ausschließlich rechtlich missbilligte Leistungen erbringen sollte, wäre der vom Beklagten geltend gemachte Einwand rechtlich unbeachtlich. 81

Die Verfolgung von Wettbewerbsverstößen ist nicht schon deswegen rechtsmissbräuchlich, weil sich der Anspruchsteller zuvor selbst in ähnlicher Weise unlauter verhalten hat. Der sog. Einwand der „unclean hands“ ist in Bezug auf den Unterlassungsanspruch von vornherein ausgeschlossen, wenn durch den Verstoß zugleich die Interessen Dritter oder der Allgemeinheit berührt werden (BGH GRUR 1967, 430, 432 – Grabsteinaufträge I; BGH GRUR 1977, 494, 497 – DERMATEX; Senat, Urteil vom 31.03.2014 – Az. 15 U 61/14; KG GRUR 2000, 93, 94 – Zugabeverstoß; OLG Frankfurt GRUR-RR 2008, 410; OLG Oldenburg GRUR-RR 2009, 67, 69; Köhler/Bornkamm, UWG, 32. A., 2014, § 8 UWG Rn 4.25; Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 8. A., 2010, § 8 Rn 183). 82

So verhält es sich aber vorliegend: Das Verbot der Irreführung nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG betrifft jedenfalls auch das Interesse der Verbraucher an einer zutreffenden Information betreffend die Eigenschaften eines Unternehmens, wenn er sich darüber klar werden will, ob er eine angebotene Dienstleistung in Anspruch nehmen will. Die Vorgabe einer Spitzenposition eines Unternehmens auf einem bestimmten Markt hat für den Verbraucher zweifellos wesentliche Bedeutung; unter anderem von ihr macht er seine Auftragserteilung abhängig. 83

b) 84

Darüber hinaus ist das Landgericht mit zutreffender Begründung zum Ergebnis gekommen, dass der Unterlassungsanspruch des Klägers auch im Übrigen nicht nach § 8 Abs. 4 UWG ausgeschlossen ist. 85

Insoweit nimmt der Senat auf die mit der Berufung zu Recht nicht angegriffenen Ausführungen des Landgerichts unter S. 6, vorletzter Absatz des landgerichtlichen Urteils Bezug. 86

III. 87

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit findet ihre Grundlage in §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 88

89

Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 ZPO unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt erfüllt sind.

Streitwert: EUR 30.000,- nach der Festsetzung des Landgerichts.

90

