
Datum: 23.10.2007
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 87/07
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2007:1023.4U87.07.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 11 O 4/07

Tenor:

Unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels wird auf die Berufung der Klägerin das am 03. Mai 2007 verkündete Urteil der II. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bielefeld teilweise abgeändert.

Über die vom Landgericht ausgesprochene Verurteilung hinaus wird der Beklagte zu 2) verurteilt,

1.

es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu EUR 250.000,-, ersatzweise Ordnungshaft oder der Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs die nachfolgenden Behauptungen aufzustellen, zu veröffentlichen und/oder zu verbreiten,

02.11.2006:

„An dieser Stelle fällt mir nur ein Wort ein: LÜGE. Anders kann man diese Texte der Firma F.de nicht begreifen. Kann sich nicht mal ein Anwalt dieser offensichtlichen Falschaussage annehmen? Denn es ist kaum zu glauben, dass diese Aussage ein Einzelfall ist.“

„Hier soll der Besteller bewusst irregeführt werden, in dem ihm Glauben gemacht wird: Kaufe hier und Du bekommst die Ware schnell und direkt.“ wie geschehen in dem im Internet veröffentlichten Text des Beklagten zu 2) gemäß Anlage K 2.

17.10.2006:

„... Wenn aber der Werbende damit seine Besucher wissentlich hinter das Licht führt, ...“ wie geschehen in dem im Internet veröffentlichten Text des Beklagten zu 2) gemäß Anlage K 2,

2.

schriftlich Auskunft darüber zu erteilen, auf welchen Internetseiten und Blogs die unter Ziffer 1. aufgestellten Behauptungen über die Klägerin eingestellt wurden.

3.

Es wird festgestellt, dass der Beklagte zu 2) verpflichtet ist, der Klägerin den Schaden zu ersetzen, der ihr aus den Handlungen gemäß Ziffer 1 entstanden ist und/oder noch entstehen wird.

4.

Der Beklagte zu 2) wird ferner verurteilt, an die Klägerin einen Betrag in Höhe von EUR 472,80 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 27. Januar 2007 zu zahlen.

Im übrigen bleibt die Klage abgewiesen.

Von den Gerichtskosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Klägerin 2/3 und der Beklagte zu 2) 1/3.

Von den außergerichtlichen Kosten der Klägerin tragen diese 2/3 selbst und 1/3 der Beklagte zu 2.).

Die Klägerin trägt die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 1).

Von den außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2) tragen dieser 2/3 selbst und 1/3 die Klägerin.

Von den Gerichtskosten des Rechtsstreits zweiter Instanz tragen die Klägerin 3/4 und der Beklagte zu 2) 1/4.

Von den außergerichtlichen Kosten der Klägerin tragen diese 3/4 selbst und 1/4 der Beklagten zu 2.).

Die Klägerin trägt die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 1).

Die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2) tragen dieser selbst und die Klägerin je zur Hälfte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

Die zulässige Berufung ist teilweise begründet.

1) Der Unterlassungsantrag ist nach der erfolgten Klarstellung bestimmt genug im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Er hat zwar die Unterlassung der hervorgehobenen Behauptungen zum Gegenstand. Es sind aber dabei die konkreten Verletzungshandlungen in den Antrag einbezogen. Die genannten Äußerungen sollen so und in einem solchen Zusammenhang unterlassen werden, wie sie in den Berichten des Beklagten zu 2) an den genannten Tagen im Internet unter internetseite.de/ internetseite2de und internetseite3.com gemacht worden sind.

2) Die Klägerin hat einen Anspruch auf Unterlassung der im Tenor zu Ziffer 1 genannten Äußerungen nach §§ 8 Abs. 1, 3, 4 Nr. 7 UWG gegen den Beklagten zu 2). Der Beklagte zu 2) hat insoweit in der Absicht, fremden Wettbewerb zu fördern, die Dienstleistungen eines Mitbewerbers des geförderten Unternehmens pauschal herabgesetzt.

a) Die Erfahrungsberichte des Beklagten in Form von sog. Blogs sind Wettbewerbshandlungen im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG gewesen. Eine Wettbewerbshandlung liegt auch vor, wenn jemand zur Förderung eines fremden Unternehmens tätig wird. Das kann auch und gerade ein Mitarbeiter eines solchen Unternehmens sein, der sein Unternehmen durch ein bestimmtes Verhalten fördern will. Der vom Beklagten zu 2) durch sein Verhalten objektiv geförderte Internetshop des Beklagten zu 1) und die Klägerin stehen auch in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis zueinander. Die Erfahrungsberichte waren von Fachkenntnis geprägt und jedenfalls inhaltlich ersichtlich auch geeignet, ernsthafte Zweifel an der Leistungsfähigkeit der Klägerin zu wecken und damit auch ohne ausdrückliche Empfehlung andere Unternehmen und damit auch den bei Google teilweise unmittelbar nach der Klägerin aufgelisteten Betrieb des Beklagten zu 1) zu begünstigen. Daraus ergibt sich hier zwar noch keine tatsächliche Vermutung für eine Förderungsabsicht des Beklagten zu 2). Er ist nämlich kein Unternehmer, sondern als Mitarbeiter im Unternehmen des Beklagten zu 1) Privatmann und im Internet erkennbar auch als solcher aufgetreten. Da es sich bei der Motivation um einen inneren Vorgang handelt, obliegt es aber den Beklagten darzulegen, welche Interessen der Beklagte zu 2) mit der objektiv förderlichen Tätigkeit für die Beklagte zu 1) verfolgt hat. Entscheidend ist insoweit, was der Beklagte zu 2) bei seiner Anhörung vor dem Landgericht geäußert hat. Er hat sich zum einen über das Geschäftsgebaren der Klägerin, insbesondere deren unrichtige Behauptung, zehn Jahre Berufserfahrung zu haben, gerade als jemand, der langjährig im Erotikmarkt tätig ist, besonders geärgert. Zum anderen wollte er mit seinem privaten

Engagement aber auch verhindern, das die Klägerin mit einem solchen Verhalten der Konkurrenz und damit auch der langjährig tätigen Beklagten zu 1) Kunden "abfischen" wollten. Damit hat der Beklagte zu 2) selbst hinreichend deutlich gemacht, dass er in dem anzuwendenden weiten Verständnis zumindest auch den Wettbewerb des Internetshops des Beklagten zu 1) fördern wollte, in dem diesem seine Kunden erhalten blieben. Es reicht aus, wenn eine solche Förderabsicht als zusätzliche Motivation neben einem privaten Unmut und einer dadurch veranlassen Meinungsäußerung besteht. Das gilt insbesondere deshalb, weil Grundlage des Unmuts in erster Linie auch Fachkenntnisse, die der Beklagte zu 2) aufgrund seiner jahrelangen Erfahrungen im Unternehmen des Beklagten zu 1) insbesondere im Hinblick auf den Vertrieb von Erotikartikeln und die Werbung dafür erworben hatte und die ihm eine Beurteilung des Geschäftsgebarens der Klägerin erst möglich machten. Das Verhalten der Klägerin war dem Beklagten zu 2) auch nicht privat, sondern als maßgeblichem Mitarbeiter der Beklagten zu 1) betrieblich bekannt geworden. Soweit es in den Berichten auch um seine Erfahrungen mit der Klägerin als privater Käufer ging, spricht schon angesichts der Aufmerksamkeit, die der Beklagte zu 2) dem Geschäftsgebaren der Klägerin insgesamt zugewandt hat, alles dafür, dass es sich um Testkäufe gehandelt hat. Die Tatsache, dass der Beklagte zu 2) erkennbar als Privatmann aufgetreten ist und einen privaten Aliasnamen gebraucht hat, ist kein entscheidendes Argument für ein Handeln ohne eine zumindest auch bestehende Förderabsicht. Ein solches Auftreten kann gerade auch deshalb erfolgt sein, um die bestehende Verbindung des Beklagten zu 2) zum konkurrierenden Internethandel nicht erkennbar werden zu lassen.

b) Der Beklagte zu 2) hat gemäß § 4 Nr. 7 UWG unlauter gehandelt, weil er die Klägerin in seinen Erfahrungsberichten mit den im Tenor unter Ziffer 1 genannten Äußerungen pauschal herabgesetzt hat. Die Herabsetzung kann insbesondere in einer Verringerung der Wertschätzung des Mitbewerbers in den Augen der von der Mitteilung erreichten Marktpartner zu sehen sein. Dabei kommt es darauf an, ob sich die angegriffene Äußerung noch in den Grenzen einer sachlich gebotenen Erörterung hält oder bereits eine pauschale Abwertung der fremden Dienstleistung darstellt (BGH GRUR 1997, 227, 228 –Aussehen mit Brille). Letzteres ist nur dann der Fall, wenn zu den mit jeder Äußerung über konkurrierende Unternehmen möglichen negativen Wirkungen für die Konkurrenz besondere Umstände hinzutreten, die den Vergleich in unangemessener Weise abfällig, abwertend oder unsachlich erscheinen lassen (BGH GRUR 1999, 1100 –Generika Werbung). Wer in Wettbewerbsabsicht einen Mitbewerber durch eine Tatsachenbehauptung oder ein Werturteil herabsetzt, wird dabei strenger beurteilt als jemand, der ohne Wettbewerbsabsicht handelt (BGH GRUR 1964, 392, 394 –Weizenkeimöl). Selbst dann, wenn ein Werturteil richtig und eine geschäftsschädigende Äußerung wahr ist, folgt daraus noch nicht, dass ein Wettbewerber berechtigt ist, einen Mitbewerber durch die Art der Verbreitung herabzusetzen und ihn geschäftlich zu schädigen. Das ist nur dann der Fall, wenn der Wettbewerber nach einer hinreichenden Abwägung der sich aus Art. 5 GG und § 3, 4 Nr. 7 UWG ergebenden gegensätzlichen Interessen einen ausreichenden Anlass hat, die Verfolgung seiner wettbewerbslichen Interessen mit der Herabsetzung des Mitbewerbers zu verbinden und sich dabei die Kritik nach Art und Maß im Rahmen des Erforderlichen und sachlich Gebotenen hält.

aa) Soweit die Klägerin die Äußerung des Beklagten zu 2): **"Also auch in diesem Fall: Der Hersteller möchte F.de nicht mehr beliefern."** als pauschale Herabsetzung verboten wissen will, fehlt es an den oben genannten Voraussetzungen. Zwar wird erkennbar, um welchen Hersteller es geht und was der vorige Fall war, nachdem die Klägerin nunmehr ein Verbot dieser Äußerung unter Einbeziehung ihres Umfelds, nämlich des Blogs vom 13. November 2006 begehrt. Die in diesem Zusammenhang gefallene Äußerung, von der man

dann weiß, dass es um das Unternehmen J AG geht, das nach der Firma G die Klägerin auch nicht mehr beliefern will, ist aber nicht als herabsetzend anzusehen. Zu berücksichtigen ist dabei zunächst, dass es sich nach der insoweit nicht angegriffenen Feststellung des Landgerichts um eine wahre Tatsachenbehauptung gehandelt hat. Diese wahre Tatsachenbehauptungen ist nicht herabsetzend, weil die Art der Information und der gewählte Wortlaut das Maß des Erforderlichen nicht übersteigen. Die Tatsache, dass entgegen der von der Klägerin in Zusammenhang mit ihrer Kostenkalkulation in der Werbung herausgestellten Belieferung vom Hersteller auch in diesem Fall ein namhafter Hersteller nicht zur Belieferung der Klägerin bereit gewesen ist, kann man kaum schonender ausdrücken. Es handelt sich auch um eine angesichts der aggressiven Werbung der Klägerin noch angemessene Reaktion, in seinem Meinungsforum von dem tatsächlichen Ergebnis einer Nachfrage beim Hersteller zu berichten, weil es auch für Verbraucher und Wettbewerber gleichermaßen von großer Bedeutung sein kann, wie besonders günstige Preise zustande kommen.

bb) Anderes gilt für die Äußerung des Beklagten zu 2): **"An dieser Stelle fällt mir nur ein Wort ein: LÜGE. Anders kann man diese Texte der Firma F.de nicht begreifen. Kann sich nicht einmal ein Anwalt dieser offensichtlichen Falschaussage annehmen? Denn es ist kaum zu glauben, dass diese Aussage ein Einzelfall ist."** Selbst wenn die damit angegriffene Werbeaussage der Klägerin von den angesprochenen Verbrauchern falsch dahin verstanden werden könnte, dass die Klägerin unmittelbar von der Firma G beliefert worden sei und auch in Zukunft beliefert werde, gibt ein dadurch bedingtes eventuelles Aufklärungsinteresse dem Beklagten zu 2) jedenfalls nicht das Recht, insofern von "LÜGE" und "offensichtlicher Falschaussage" zu sprechen. Diese abfällige und unsachliche Wortwahl ist im Rahmen einer Wettbewerbshandlung in keinem Fall zulässig. Damit ist der Rahmen des erforderlichen Maßes der Aufklärung überschritten und deutlich gemacht worden, dass es dem Beklagten zu 2) insoweit jedenfalls nicht in erster Linie um sachliche Information und Richtigstellung gegangen ist, sondern um eine so nicht gebotene Herabsetzung der Klägerin als Mitbewerberin des geförderten Unternehmens. 8

cc) Ähnliches gilt für die Äußerung **"Hier soll der Besteller bewusst irregeführt werden, in dem ihm Glauben gemacht wird: Kaufe hier und Du bekommst die Ware schnell und direkt."** Dabei kann wie immer im Rahmen des § 4 Nr. 7 UWG sogar offen bleiben, ob es sich um eine Tatsachenbehauptung oder eine Meinungsäußerung handelt. Der Vorwurf der beabsichtigten "bewussten Irreführung" hält sich nach Art und Maß nicht mehr im Rahmen des Erforderlichen. 9

dd) Auch die vom Beklagten zu 2) besonders übel vermerkte Tatsache, dass die Klägerin trotz ihrer erst kurzen Präsenz auf dem Erotikmarkt mit einer langjährigen Produkterfahrung warb, berechnete ihn nicht zu der Äußerung: **"Wenn aber der Werbende damit seine Besucher wissentlich hinter das Licht führt, ..."** Diese Tatsachenbehauptung ist auch zum Zwecke der Klarstellung der Marktverhältnisse für die angesprochenen Verbraucher jedenfalls so nicht erforderlich gewesen. Der ausdrückliche und geschäftsschädigende Vorwurf des "hinter das Licht führen", der etwas abgewandelt dem in anderem Zusammenhang erhobenen Vorwurf der "wissentlich bewussten Irreführung" entspricht, sprengt gleichfalls das gebotene Maß und macht auch und gerade in Zusammenhang mit den anderen Äußerungen deutlich, dass die Herabwürdigung der Mitbewerberin durch diese Art der Darstellung im Vordergrund steht. 10

ee) Nicht herabsetzend in diesem Sinne ist aber die weitere Äußerung: **"... Aber jetzt kommt der Hammer. Formulierungen, die so schwammig sind, das jeder Anwalt seine Freude haben wird: ..."** Insoweit handelt es sich eher um eine von der eigenen Wertung des 11

Beklagten zu 2) geprägte Meinungsäußerung des Beklagten zu 2) allenfalls mit einem Tatsachenkern, die angesichts der Tatsache, dass die zugrunde liegende Erklärung der Klägerin tatsächlich nicht durch Klarheit und Übersichtlichkeit hervorsticht, nicht abfällig erscheint. Sie ist in diesem Zusammenhang auch nicht unsachlich, denn im Hinblick auf die Belehrung über bestehende Rücksenderechte verlangt bereits der Gesetzgeber eine Formulierung, die klar und verständlich ist.

4) Der Klägerin steht wegen dieser Wettbewerbsverletzung durch den Beklagten zu 2) kein Unterlassungsanspruch gegen den Beklagten zu 1) zu. Dieser muss als Betriebsinhaber hier nicht für das Verhalten des Beklagten zu 2) als seines Betriebsangehörigen nach § 8 Abs. 2 UWG einstehen. Der Beklagte zu 1) hat die herabsetzenden Behauptungen weder selbst aufgestellt noch veranlasst. Er haftet für sie auch nicht nach § 8 Abs. 2 UWG als Betriebsinhaber des Internethandels, der mit der Klägerin in unmittelbarem Wettbewerb steht. Es fehlt insoweit an einer feststellbaren Betriebsbezogenheit der veröffentlichten Äußerungen des Beklagten zu 2). Es reicht insoweit für sich allein nicht aus, dass sie dem Betrieb zugute kommen sollen und können. Es kommt hinzu, dass das Verhalten des Beklagten zu 2) für den Beklagten zu 1) nicht in vergleichbarer Weise beherrschbar war wie bei einem betrieblichen Handeln eines Mitarbeiters. Der Beklagte zu 1) hätte insbesondere die entsprechenden Äußerungen auch durch eine Weisung an den betriebsangehörigen Beklagten zu 2) nicht verhindern können, weil es sich überhaupt nicht um einen betrieblichen Vorgang handelte und weder vorgetragen noch ersichtlich ist, dass der Beklagte zu 1) überhaupt von diesem den Betrieb fördernden Engagement seines Buchhalters wusste, bevor dies der Klägerin zur Kenntnis gebracht wurde. Der Schutzzweck der Norm, nämlich dass sich der Inhaber eines Unternehmens, dem Wettbewerbshandlungen zugute kommen, nicht hinter von ihm abhängigen Dritten verstecken können soll (vgl. Hefermehl/Köhler, Wettbewerbsrecht, 25. Auflage, § 8 UWG Rdn. 2.33), ist hier deshalb nicht betroffen, weil es in Bezug auf die streitgegenständlichen Äußerungen nach dem vorliegenden Sachverhalt an einer entsprechenden Abhängigkeit des Beklagten zu 2) fehlt. Sämtliche Argumente, die die Klägerin zur angeblichen Haftung des Beklagten zu 1) als Betriebsinhaber vorbringt, sprechen zwar für eine Förderungsabsicht des Beklagten zu 2). Diese allein führt bei einem Vorgehen außerhalb des Betriebes aber noch nicht zur Haftung des Inhabers des geförderten Betriebes nach § 8 Abs. 2 UWG (vgl. auch BGH, Urteil vom 19. April 2007 –I ZR 92/04 –Gefälligkeit).

12

5) Soweit die geltend gemachten Unterlassungsansprüche gegen die Beklagten aus Wettbewerbsrecht nicht bestehen, können sie erst recht nicht aus dem Recht der unerlaubten Handlung geltend gemacht werden. Insoweit gibt es –jedenfalls im Hinblick auf die Abwägung zwischen Meinungsäußerungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht oder Eigentumsrecht strengere Voraussetzungen. Insbesondere kommt auch keine Haftung des Beklagten zu 1) aus § 831 BGB in Betracht, wenn dieser nicht als Betriebsinhaber für das private Verhalten eines Betriebsangehörigen als seinem Verrichtungsgehilfen einstehen muss. Insoweit würde es auch an der entsprechenden Weisungsbefugnis fehlen, auf die die Haftung entscheidend abstellt.

13

6) Soweit der Klägerin gegen den Beklagten zu 2) Unterlassungsansprüche wegen Wettbewerbsverletzungen zustehen, steht ihr aus dem Gesichtspunkt des § 242 BGB auch ein Auskunftsanspruch über die Verbreitung der Behauptungen zu, der etwas weiter ausfallen muss als der vom Landgericht zugesprochene Auskunftsanspruch. Es muss zusätzlich Auskunft darüber erteilt werden, auf welchen Internetseiten und Blogs die zu unterlassenden Behauptungen vom 17. Oktober 2006 und vom 02. November 2006 verbreitet wurden.

14

7) Es ist ferner erweiternd festzustellen, dass der Beklagte zu 2) verpflichtet ist, der Klägerin den Schaden zu ersetzen, der ihr aus den festgestellten Verletzungshandlungen vom 17. Oktober 2006 und vom 02. November 2006 entstanden ist. Er hat jedenfalls fahrlässig gehandelt und haftet deshalb nach § 9 UWG für den Ersatz eines der Klägerin aufgrund der Verletzungshandlungen entstandenen Schadens. Angesichts der Wettbewerbssituation besteht auch eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Klägerin auch ein Schaden entstanden ist, den sie ohne die Auskunft noch nicht beziffern kann.

8) Die Klägerin hat auch einen Anspruch auf anteilige Erstattung der nicht anrechenbaren Geschäftsgebühr nach VV 2400 in Höhe von 1.005,40 €. Die Höhe der Gebühr ergibt sich bei einem Streitwert von 30.000 € und einem Gebührensatz von 1,3. Gegen diesen Ansatz wendet sich die Klägerin auch gar nicht mehr. Die Abmahnung war nur teilweise gerechtfertigt. Im Verhältnis zum Beklagten zu 2) obsiegt die Klägerin bei pauschaler Betrachtung nur zu 2/3. An sich könnte die Klägerin somit nur 2/3 der Gebühr, nämlich 670,27 € ersetzt verlangen. Da ihr bereits 197,47 € (statt vorgesehener 197,45 €) vom Landgericht zugesprochen worden sind, kann sie Erstattung weiterer 472,80 € nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz seit dem 26. Januar 2007 beanspruchen. 16

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision sind nicht gegeben. 17

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO. 18

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Ziffer 10, 711, 713 ZPO. 19