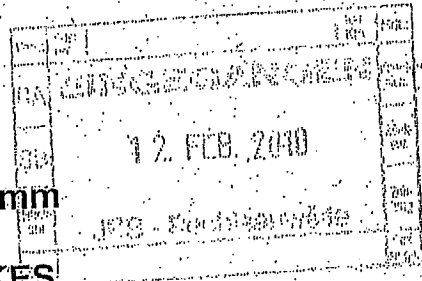


Verkündet am 28.01.2010

Decker, Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle.



Oberlandesgericht Hamm

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

I-4 U 157/09

I-12 O 184/08

Landgericht Bochum

In dem Rechtsstreit

des

[Redacted name]

Beklagten und Berufungsklägers,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte

[Redacted lawyer names]

gegen

[Redacted name]

Klägerin und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Jaschinski Biere Brexl,
Christinenstr. 18/19, 10119 Berlin,

hat der 4. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm auf die mündliche Verhandlung vom 28.01.2010 durch den Richter am Oberlandesgericht B■■■■, den Richter am Oberlandesgericht F■■■■ und den Richter am Oberlandesgericht Dr. K■■■■ für **Recht** erkannt:

Die Berufung des Beklagten gegen das am 07. Juli 2009 verkündete Urteil der 12. Zivilkammer – Kammer für Handelssachen – des Landgerichts Bochum wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

I.

Die Parteien bieten Endkunden im Internet Matratzen unterschiedlicher Hersteller an. Im März 2008 hatte der Beklagte, dessen Angebote unter der Internetadresse „matratzendiscount.de“ abrufbar sind, auf der Verkaufsplattform eBay in der Rubrik „Testberichte und Ratgeber“ einen Beitrag eingestellt, in dem er zur „Vorsicht bei Matratzen-Schnäppchen zum Halben Preis“ aufrief. In dem Beitrag (Anlage K 3 Bl.26) wurde auf „schwarze Schafe“ im Bereich des Matratzenhandels und deren Arbeitsweise hingewiesen. Als Schlagwörter waren angegeben: Matratzen, Atlantis, Fey, Belmonte, ■■■■■. Der Beitrag wurde bis zum 17. März 2008 1404 Mal aufgerufen.

Die Klägerin hat in dem Ratgeber eine auf sie bezogene wettbewerbswidrige Herabsetzung und Anschwärzung gesehen und die Beklagte mit anwaltlichem Schreiben

vom 17. März 2008 (Anlage K 4 -Bl.30 ff.) abmahnen lassen. Mit Anwaltsschreiben vom selben Tage hat die Klägerin die eBay International AG auffordern lassen, den Testbericht zu entfernen (Anlage K 5 -Bl.35 ff.). Nach der Behauptung der Klägerin wurde der Bericht am 28. März 2008 durch die Firma eBay entfernt. Das habe diese mit E-Mail vom gleichen Tage bestätigt.

Mit der am 17. Juli 2008 beim Landgericht eingegangenen Klage hat die Klägerin den Beklagten auf Unterlassung der Verbreitung des Berichts unter den Adressen „testberichte.ebay.de“ und „testberichte ebay.at“, auf Auskunft und Feststellung der Schadensersatzpflicht des Beklagten und schließlich auf Erstattung der Kosten der Rechtsverfolgung in Bezug auf die Abmahnung des Beklagten und die Aufforderung der Firma eBay zur Entfernung des Berichts in der Gesamthöhe von 3.560,40 € in Anspruch genommen. Die Klägerin hat die Klage im Hinblick auf den Unterlassungsantrag zurückgenommen, nachdem der Beklagte noch vor der Zustellung der Klage am 24. Juli 2008 eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben hat. Über den Auskunftsanspruch hat das Landgericht durch Anerkenntnisurteil vom 7. Oktober 2010 entschieden, nachdem der Beklagte diesen Anspruch anerkannt hat. Im vorliegenden Rechtsstreit geht es somit nur noch um die Feststellung der Schadensersatzpflicht des Beklagten und die Erstattung der Kosten der Rechtsverfolgung.

Die Klägerin hat gemeint, sie könne angesichts der wettbewerbsrechtlich unlauteren Verbreitung des Ratgebers durch den Beklagten die Anwaltskosten erstattet verlangen, die in Zusammenhang mit der berechtigten Abmahnung in Höhe von 1.780,20 € entstanden seien. Dabei ist die Klägerin von einer 1,3 fachen Geschäftsgebühr und einem Streitwert von 100.000,-- € ausgegangen, der ihrem Unterlassungsinteresse entspreche. Sie hat ferner gemeint, der Beklagte müsse ihr unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag und des Schadensersatzes auch die Anwaltskosten erstatten, die ihr durch die Aufforderung des Plattformbetreibers eBay zur Entfernung des Ratgebers entstanden seien. Dadurch seien bei einem Streitwert von gleichfalls 100.000,-- € Kosten in Höhe von weiteren 1.780,20 € angefallen. Diese Kosten könne sie, die Klägerin, von der Firma eBay nicht erstattet verlangen, da diese für den Inhalt der Berichte nicht hafte, jedenfalls so lange nicht, wie sie auf einen wettbewerbswidrigen Inhalt nicht hingewiesen worden sei. Mit nachgelassenem Schriftsatz vom 11. Dezember 2008 hat die Klägerin behauptet, sie habe die Kosten

der beiden Abmahnungen zwischenzeitlich ausgeglichen. Sie hat gemeint, angesichts des weigerlichen Verhaltens des Beklagten in Bezug auf die Erstattung der Kosten habe sich ein etwaiger Freistellungsanspruch ohnehin bereits in einen Zahlungsanspruch umgewandelt. Die Klägerin hat ferner behauptet, sämtliche in dem Ratgeber geäußerten Tatsachen seien auf sie bezogen und unrichtig. Die Aufnahme von [REDACTED] als Schlagwort könne der Leser des Berichts nur so verstehen, dass die Klägerin zu den „Schwarzen Schafen“ gehöre. Die Aufnahme ihres Unternehmensschlagworts in den Katalog der Schlagwörter sei auch durch den Beklagten erfolgt. Niemand anderer als der Berichtverfasser habe Einfluss darauf, was als Schlagwort angegeben werde. Die Schlagwörter könnten auch durch Dritte nicht beliebig verändert werden. Das sei vielmehr nur unter Verwendung des allein dem Verfasser bekannten Benutzeraccounts möglich. An der Unrichtigkeit der Tatsachenbehauptungen ändere es auch nichts, dass der Beklagte angebliche Beispielfälle vorgetragen habe, die die Richtigkeit seiner Behauptungen über ihre Geschäftspraktiken belegen sollten. Die geschilderten Vorfälle ab August 2008 könnten über ihr Verhalten zum Zeitpunkt der Abmahnung im März 2008 ohnehin nichts aussagen. Außerdem seien die Bestellvorgänge auch nicht geeignet, die Richtigkeit der behaupteten Tatsachen zu belegen. Dazu hat die Klägerin im Einzelnen Ausführungen gemacht. Da der Beklagte schuldhaft unwahre, kreditschädigende Äußerungen verbreitet und dadurch gegen §§ 3, 4 Nr. 7 und 8 UWG verstoßen habe, sei er nach § 9 UWG ihr gegenüber auch zum Schadensersatz verpflichtet. Das erforderliche Feststellungsinteresse im Hinblick auf seine Schadensersatzpflicht liege hier wie in der Regel in Wettbewerbsprozessen vor. Die schuldhaft erfolgten herabsetzenden und unwahren Behauptungen des Beklagten in der Form des Testberichtes im Internet bei eBay hätten zu einem Schaden bei ihr geführt, den sie noch nicht beziffern könne. Die Äußerungen hätten angesichts der erheblichen Zahl der erfolgten Aufrufe Auswirkungen auf die Bestellungen der Kunden gehabt. Sie habe als Folge der Verletzungshandlungen starke Umsatzrückgänge zu beklagen. Im Hinblick auf die Begründetheit der Feststellung genüge im Übrigen bereits die bloße Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts. Es entspreche bereits der Lebenserfahrung, dass der beanstandete Ratgeber dazu führen könne, dass Kunden die Klägerin als „Schwarzes Schaf“ nun mieden und bereits getätigte Bestellungen stornierten. Der Auskunftsanspruch sei zwar anerkannt, aber die Auskunft noch nicht vollständig erteilt worden. Die Auskunft sei aber erforderlich, um den Schaden beziffern zu können.

Der Beklagte hat sich gegen die Klage verteidigt. Er hat gemeint, die Klägerin könne die Kosten seiner Abmahnung nicht erstattet verlangen, weil die Abmahnung nicht berechtigt gewesen sei. Der Bericht weise auf „Schwarze Schafe“ hin, ohne dass an irgendeiner Stelle auf die Klägerin Bezug genommen werde. Die Schlagwörter stünden außerhalb des Textfeldes des Ratgebers und hätten weder einen örtlichen noch inhaltlichen Bezug zum Text. Das Schlagwort „[REDACTED]“ habe er auch nicht selbst eingesetzt. Er bestreite, dass es während der gesamten Zeit sei 2006, in der der Ratgeber zum Aufruf zur Verfügung gestanden habe, eingesetzt gewesen sei. Vorsorglich hat der Beklagte geltend gemacht, dass es zulässig sei, wahrheitsgemäß über unsachgemäße Werbemethoden eines Mitbewerbers zu berichten. Insoweit bestehe ein erhebliches Informationsinteresse der Verbraucher. Seine Aussagen seien auch wahr. Die Klägerin bewerbe nämlich gezielt Markenware, die sie nicht liefern könne, und versuche Kunden später zu überreden, stattdessen Eigenprodukte von ihr zu erwerben. Eine solche „Bait-and-Switch-Technik“ sei gemäß Nr. 6 des Anhangs der Richtlinie 2005/29/EG stets unfauter. Beispielhaft hat der Beklagte sodann unter Beweisanzitritt zu angeblichen Verstößen der Klägerin in der Zeit von August bis Oktober 2008 vorgetragen. Mit Schriftsatz vom 21. Januar 2009 hat er eine eidesstattliche Versicherung des ehemaligen Mitarbeiters H[REDACTED] der Klägerin vorgelegt (Anlage B22 –Bl.237 ff.). Der Beklagte hat gemeint, es fehle jedenfalls an seinem Verschulden, so dass ein Schadensersatzanspruch ausscheide. Vorsorglich hat sich der Beklagte auch gegen die Höhe der geltend gemachten Rechtsverfolgungskosten gewandt. Der Streitwert sei mit 100.000,- € viel zu hoch angesetzt worden. Bei anderer Gelegenheit habe die Klägerin in einer vergleichbaren Angelegenheit den Streitwert selbst mit 25.000,- € pro Verstoß angegeben. Ein solcher Wert sei deshalb auch hier, wo es nur um einen Verstoß gehe, allenfalls angemessen. Der Beklagte hat auch bestritten, dass die Klägerin die Gebühren, die sie ersetzt verlange, an die Anwälte bezahlt habe. Aus den gleichen Gründen könne die Klägerin auch nicht die Kosten der Abmahnung der Firma eBay erstattet verlangen. Diese zusätzliche Abmahnung gegenüber eBay sei ohnehin nicht erforderlich gewesen. Zur Schadensabwehr hätte es ausgereicht, nur ihn, den Beklagten, abzumahnern. Insoweit könne der Klägerin auch kein Schaden entstanden sein. Wenn ein Verstoß vorgelegen hätte, hätte die Klägerin auch gegenüber eBay einen Unterlassungsanspruch gehabt und könne die Abmahnkosten von ihr erstattet verlangen.

Das Landgericht hat die Klage ganz überwiegend zugesprochen. Es hat den Beklagten unter Annahme eines geringeren Streitwerts zur Erstattung von Anwaltskosten in Höhe von 3.160,00 € verurteilt und die Verpflichtung des Beklagten zum Ausgleich des Schadens, der der Klägerin durch die Verbreitung des beanstandeten Berichts entstanden ist oder noch entstehen wird, festgestellt. Die Kosten hat es insgesamt dem Beklagten auferlegt, auch soweit die Klage zurückgenommen worden ist und ein Anerkenntnis erfolgt ist. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass der Klägerin bis zur Abgabe der strafbewehrten Unterlassungserklärung ein Unterlassungsanspruch aus §§ 3, 4 Nr. 8, 8 UWG zugestanden habe. Der Ratgeber habe eine Beziehung zur Klägerin hergestellt. Das Schlagwort „[REDACTED]“ habe sich innerhalb des Testberichtes befunden und als einziges auf einen Wiederverkäufer von Matratzen verwiesen. Der angesprochene Verbraucher erkenne spätestens dann, wenn er den hinter dem Schlagwort stehenden Link ausführe, dass es dabei um einen Händler gehe, auf den sich die negative Bewertung im Bericht beziehe. Die Kammer hat auch keinen Zweifel daran gehabt, dass die Schlagworte vom Verfasser des Textes vorgegeben worden seien. Es wäre sonst nämlich nicht erklärlich, wieso ein unbeteiligter Dritter dazu kommen solle, den Begriff „[REDACTED]“ zum Schlagwort zu machen. In dem Bericht würden über die Klägerin geschäftsschädigende Tatsachen behauptet, die nicht erweislich wahr seien. Dies gelte insbesondere in Bezug auf die Aussagen, die von den Verkäufern der Klägerin gegenüber Kunden gemacht worden sein sollen. Selbst wenn die Klägerin mit dem Hinweis auf angebliche Lieferschwierigkeiten des Herstellers versucht haben sollte, den Kunden andere als die zunächst bestellten Matratzen anzubieten, entspräche ein solches Vorgehen nicht den Behauptungen, die im Ratgeber aufgestellt worden seien. Der Beklagte müsse deshalb nach § 269 Abs. 3 Satz 3 ZPO die Kosten des zurückgenommenen Unterlassungsantrags tragen, weil insoweit der Anlass für die Inanspruchnahme zwischen Anhängigkeit und Rechtshängigkeit weggefallen sei. Da der Beklagte auch zumindest fahrlässig gehandelt habe, sei auf Antrag der Klägerin festzustellen, dass er grundsätzlich auch den der Klägerin entstandenen Schaden zu ersetzen habe. Gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG müsse der Beklagte auch die Kosten der Abmahnung ersetzen. Die Kosten des Schreibens an die Firma eBay müsse er unter Schadensersatzgesichtspunkten erstatten. Diese Kosten seien Bestandteil des der Klägerin entstandenen Schadens, da sie nur durch dieses Vorgehen mit der größtmöglichen Schnelligkeit und Sicherheit

den Angriff abwehren konnte. Unter Berücksichtigung der Gesamtumstände sei allerdings der zugrunde gelegte Streitwert übersetzt. Für die Abmahnung und für das Schreiben an die Firma eBay sei ein Streitwert von jeweils 75.000,- € angemessen. Bei Zugrundelegen dieses Streitwerts errechne sich der ausgeurteilte Betrag.

Der Beklagte greift das Urteil mit der Berufung an. Er meint weiterhin, dass die Abmahnung nicht berechtigt gewesen sei und der Unterlassungsanspruch nicht bestanden habe. Das Landgericht sei insoweit von falschen Vorstellungen ausgegangen. Die Kombination „“ sei überhaupt nicht verwendet worden. Das Schlagwort sei unstrittig auch nicht mit einem Link hinterlegt worden, der zum Internetauftritt der Klägerin geführt habe. Auf die Klägerin sei im Ratgeber selbst nicht Bezug genommen worden. Deshalb sei es dem Leser des Ratgebers auch nicht möglich gewesen, zwischen dem Ratgeber und der Klägerin, die auf der Plattform eBay auch nicht als Verkäuferin tätig gewesen sei, einen Bezug herzustellen. Der Beklagte bleibt dabei, dass das Schlagwort nicht von ihm erzeugt worden sei. Das Landgericht habe außer Betracht gelassen, dass etwa die Klägerin an der Herstellung einer Verbindung zwischen ihr und dem Bericht interessiert gewesen sein könnte, um gegen ihn vorgehen zu können. Vorsorglich weist der Beklagte erneut darauf hin, dass er in dem Ratgeber das Anlockverhalten der Klägerin zutreffend beschrieben habe. Die 12. Kammer des Landgerichts Bochum habe selbst in einem Urteil vom 15. September 2009 festgestellt, dass die Klägerin Matratzen namhafter Hersteller bewerbe, ohne diese zu bevorraten und zu verkaufen. Sie beabsichtige damit lediglich, den Kunden nach der Bestellung andere Matratzen, meist Matratzen der mit ihr wirtschaftlich verbundenen , unterzuschieben. Für ein entsprechendes Verkaufsverhalten sei auch im vorliegenden Verfahren ausreichend Beweis angeboten worden. Der Beklagte meint weiterhin, dass ein Anspruch auf Erstattung der Kosten der Abmahnung der Firma eBay ohnehin nicht bestehe. Eine solche zeitgleich erfolgte zweite Abmahnung sei nicht notwendig gewesen. Die Klägerin habe zum damaligen Zeitpunkt noch nicht wissen können, ob ihre Abmahnung zum Erfolg führen würde. Selbst wenn auch diese Abmahnung notwendig gewesen sein sollte, hätte die Klägerin die Erstattung der Kosten von der Firma eBay verlangen können. Ein doppelter Ausgleichsanspruch stehe ihr nicht zu. Angesichts des für die Wertbemessung maßgeblichen geringen Grades der Gefährlichkeit der zu verbotenden Handlung sei der Streitwert auch mit 75.000,- € noch viel zu hoch angesetzt. Der

Anspruch auf Feststellung der Schadensersatzpflicht scheitere neben der fehlenden Verletzungshandlung auch an der fehlenden Darlegung des Schadens.

Der Beklagte beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage im Hinblick auf die Klageanträge zu Ziffern 2 und 4 abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin meint, auch ohne eine Verlinkung mit ihrem Internetangebot habe der Verbraucher dem Schlagwort „[REDACTED]“ eine Zuordnung des Inhalts des Ratgebers zur Klägerin vorgenommen. Über das Schlagwort „[REDACTED]“ hätten sich alle Beiträge innerhalb der Kategorie „Testberichte & Ratgeber“ auf den eBay-Seiten aufrufen lassen, für die ebenfalls das Schlagwort „[REDACTED]“ verwendet worden sei. Dieses Schlagwort sei der prägende Bestandteil der Firma der Klägerin. Nur der Beklagte habe es eingeben können, und zwar zu dem Zweck, den Ratgeber besser finden zu können. Dazu legt die Klägerin die Maske für entsprechende Ratgeber (Bl.304 –Anlage, K 8) vor. Um die vom Verfasser eingegebenen Schlagwörter zu ändern, hätten einem Dritten die Zugangsdaten des Beklagten bekannt sein müssen. Die Klägerin bietet zum Beweis für die Tatsache, dass der Beklagte das Schlagwort „[REDACTED]“ verfasst habe, die Parteivernehmung des Beklagten an. Die vom Beklagten über sie verbreiteten Tatsachen seien auch unwahr. Er behaupte nun selbst nicht mehr, sie, die Klägerin, biete als Alternativen zumeist Matratzen des Herstellers Fey & Co. an. Ferner habe das Landgericht zutreffend festgestellt, dass der Beklagte schon nicht dargelegt habe, dass sie tatsächlich gegenüber Kunden Qualitätsmängel der zunächst bestellten Ware angeführt habe. Vorsorglich weist die Klägerin noch darauf hin, dass die im Bericht getätigten Äußerungen verunglimpfend und deshalb unabhängig von ihrem Wahrheitsgehalt unlauter seien. Aus ihrer Sicht sei es auch erforderlich gewesen, sowohl den Beklagten als auch die Firma eBay aufzufordern, die Verbreitung des Ratgebers einzustellen. Ein Kostenerstattungsanspruch gegen eBay scheide aus, weil es an einem Wettbewerbsverhältnis zwischen ihr und der Firma eBay fehle. Ein

Anspruch auf Schadensersatz scheiterte schon am fehlenden Verschulden der Betreiberin der Internetplattform, die sich zudem auf die Privilegierung des § 7 TMG berufen könne. Für die Begründetheit des Feststellungsanspruchs reiche es aus, dass die Möglichkeit bestehe, dass ihr ein Schaden entstanden sei.

II.

Die Berufung ist unbegründet. Der Klägerin stehen sowohl der noch geltend gemachte Anspruch auf Erstattung der Anwaltskosten in Zusammenhang mit dem abgemahnten Wettbewerbsverhalten als auch der Anspruch auf Feststellung der Schadensersatzpflicht des Beklagten zu.

1) Der Klägerin steht gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG ein Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen in Form von Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.580,-- € zu, weil ihre Abmahnung des Beklagten vom 17. März 2008 wegen dessen Verhalten berechtigt war. Der Beklagte zieht nach dem ergänzenden Vorbringen nicht mehr ernsthaft in Zweifel, dass die Klägerin die ihr in Rechnung gestellten Anwaltskosten bezahlt hat. Aber auch wenn noch nicht gezahlt worden wäre, könnte die Klägerin angesichts der Regelung des § 250 BGB in dessen entsprechender Anwendung nach Ablauf einer gesetzten Frist zur Erstattung der Kosten oder wegen der hier jedenfalls vorliegenden endgültigen Verweigerung der Erstattung der Kosten anstelle der Freistellung Schadensersatz in Geld verlangen.

a) Berechtigt im Sinne des § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG ist eine Abmahnung, wenn der mit der Abmahnung geltend gemachte Unterlassungsanspruch besteht und die Abmahnung entsprechend ihrer wettbewerbsrechtlichen Aufgabe auch erforderlich ist, um dem Schuldner einen Weg zu weisen, den Gläubiger ohne Inanspruchnahme der Gerichte klaglos zu stellen. (Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 28. Auflage, § 12 UWG Rdn. 1:80).

b) Der Klägerin steht hier bereits aus §§ 8 Abs. 1, 3, 4 Nr. 7 UWG 2004 ein Anspruch auf Unterlassung gegen den Beklagten zu. Die Parteien sind fraglos Wettbewerber, die schon zahlreiche Rechtsstreite gegeneinander geführt haben. Der Beklagte hat gemäß § 4 Nr. 7 UWG unlauter gehandelt. Er hat die Klägerin in dem beanstandeten Bericht in der Rubrik Testberichte & Ratgeber auf den Internetseiten von eBay pauschal herabgesetzt.

aa) Fraglich ist schon, ob es für die Anwendbarkeit des § 4 Nr. 7 UWG überhaupt erforderlich ist, dass bestimmte Mitbewerber in einem solchen herabsetzenden Ratgeber im Internet als Betroffene erkennbar gemacht werden. Denn § 4 Nr. 7 UWG ist grundsätzlich auch bei einer kollektiven Herabsetzung anwendbar (vgl. Köhler/ Bornkamm, UWG, 28. Auflage, § 4 Rdn. 7.11). Unabhängig davon ging es aber in dem Ratgeber, der unstrittig vom Beklagten formuliert wurde, um eine Schilderung des Verhaltens der Klägerin, wie auch schon der Text selbst, die Rechtsverteidigung des Beklagten und andere dem Senat bekannte Rechtsstreite zwischen den Parteien (wie die Sache 4 U 221/08, in der ähnliche Vorwürfe erhoben wurden) hinreichend deutlich machen. Auch wenn die Klägerin im Bericht selber nicht namentlich genannt ist, wird ein Bezug zu ihr durch die Verwendung des Schlagworts „[REDACTED]“ für den Leser erkennbar. Es ist zwar nicht von „[REDACTED]“ die Rede und es gibt tatsächlich auch keinen Link zur Internetseite der Klägerin, wie das Landgericht angenommen hat. Ungeachtet dessen bezieht der Verbraucher, der sich für den Kauf von Matratzen oder den entsprechenden Markt interessiert, aber die im Bericht im Ratgeber erwähnten „Schwarzen Schafe“ jedenfalls auch auf die Klägerin. Auch die Verwendung der Unternehmensbezeichnung in der abgekürzten Form „[REDACTED]“ als Schlagwort nimmt noch deutlich genug auf die Klägerin Bezug. Angesichts der Aufgabe der Schlagwörter, den Ratgeber mit anderen themenverwandten Ratgebern auf den Seiten von eBay zu verknüpfen, damit er von Interessenten besser gefunden werden kann, kommt deren Eingabe eine besondere themenbezogene Bedeutung zu. Ein Ratgeber, bei dem „[REDACTED]“ als Schlagwort angegeben wird, bezieht sich erkennbar auch auf „[REDACTED]“ als bekannten großen Internethändler, dessen Streitigkeiten mit verschiedenen Herstellern von Matratzen bestimmten Lesern bekannt sein mögen. Dem entspricht es, dass der Interessent, der dann das Schlagwort „[REDACTED]“ aktiviert,

über andere Ratgeber informiert wird, in denen die Klägerin eine Rolle spielt. Es kommt hinzu, dass der Beklagte in einer vergleichbaren Verbraucherinformation unter „dooyou.de“ selbst ausdrücklich „[REDACTED]“ und deren Geschäftspraktiken erwähnt hat (Bl. 291).

bb) Die Eingabe der Schlagwörter erfolgt in Zusammenhang mit dem Schreiben des Ratgebers, wie sich aus der ausgedruckten Maske dafür ergibt. Nach der Lebenserfahrung ist es nur für den Verfasser interessant, die Schlagwörter einzugeben und auszusuchen. Darauf hat auch schon das Landgericht abgestellt. Eine nachträgliche Änderung der Schlagwörter ist Dritten ohne Weiteres nicht möglich, insbesondere nicht ohne Angabe des Accounts, der dem Verfasser als Benutzer bekannt gegeben worden ist. Davon ist auszugehen, nachdem die Klägerin dazu im Einzelnen unter Beweistritt vorgetragen hat und der Beklagte dazu nichts Gegenteiliges mehr vorgetragen hat. Unter diesen Voraussetzungen genügt der pauschale Vortrag des Beklagten, er habe das in Zusammenhang mit seinem Ratgeber vorhandene Schlagwort „[REDACTED]“ nicht eingegeben, nicht. Der Beklagte, der allein die internen Kenntnisse darüber hat, wie es zur Abfassung des Ratgebers kam, müsste vielmehr darlegen, wer die Schlagwörter ausgesucht hat, wie es ansonsten zu der Eingabe des hier entscheidenden Schlagworts gekommen sein kann, und insbesondere wer Kenntnis von seinem Benutzeraccount hatte. Außerdem hat der Beklagte auch nichts dazu vorgetragen, ob und wann er seinen Ratgeber kontrolliert hat und warum er das verräterische Schlagwort dabei nicht bemerkt haben will. Hätte er das Schlagwort zwar nicht eingegeben, aber bemerkt und die Eingabe hingenommen, ohne sie ändern, wäre er dafür gleichfalls verantwortlich zu machen. Denn es ging um seinen Ratgeber mit einem Inhalt, der von jedem Mitbewerber, der damit in Bezug gebracht wurde, als Herabsetzung angesehen werden konnte. Der Beklagte wusste auch spätestens nach dem Zugang der Abmahnung, dass durch die Verwendung dieses Schlagwort aus Sicht der Klägerin ein Bezug zu dieser erstellt war. Er hat aber auch dann nicht umgehend dafür gesorgt, dass der Ratgeber entfernt wurde, sondern der Bericht wurde erst am 28. März 2008 auf Veranlassung der Firma eBay entfernt.

cc) Der Inhalt des Ratgebers stellt in der Sache auch eine Verringerung der Wertschätzung der Klägerin in den Augen der von diesem erreichten Marktpartner dar. Die angegriffenen Äußerungen halten sich nicht mehr in den Grenzen einer sachlich gebotenen Erörterung, sondern stellen bereits eine pauschale Abwertung der fremden Leistungen dar: Vor der Geschäftsbeziehung mit der Klägerin wird wiederholt gewarnt. Die Klägerin wird unter die „Schwarzen Schafe“ unter den Anbietern von Matratzen eingereiht. Das Verkaufsverhalten der Klägerin wird in unangemessener Weise abfällig und abwertend dargestellt. Es werden Einzelheiten dargestellt, die so nicht zutreffen, obwohl es im Hinblick auf den Anspruch aus § 4 Nr. 7 UWG letztlich nicht darauf ankommt, ob die Äußerungen im Einzelnen wahr sind oder nicht. Der Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, dass sich die Klägerin selbst wettbewerbswidrig verhalten haben mag, indem sie Matratzen von Markenherstellern anbot, über die sie nicht verfügte, um stattdessen Matratzen anderer Hersteller abzusetzen. Auch ein solches Verhalten berechtigte den Beklagten nicht dazu, sich auf die beanstandete Weise im Internet über die Klägerin zu äußern.

c) Der Erstattungsanspruch ist auch der Höhe nach gerechtfertigt. Insbesondere ist ein Streitwert von 75.000,-- € jedenfalls angemessen. Das macht schon ein Vergleich mit dem Streitwert von 100.000,-- € in der Sache 4 U 221 / 08 des Senats zwischen den Parteien und dem Streitwert von 150.000,-- € in der Sache 4 U 123 / 09 des Senats, bei der es um eine Warnmittelung der D. [REDACTED] GmbH ging, deutlich. Es trifft nicht zu, dass diese Angelegenheit für die Klägerin von erheblich geringerem Gewicht sein könnte, weil sie sich auf den Ratgeberseiten von eBay in Deutschland und Österreich abspielte, auf denen die Klägerin als Händlerin nicht präsent ist. Die auf diesen Seiten erteilten Informationen sind für die Verbraucher, die Matratzen oder Zubehör kaufen wollen, von erheblicher Bedeutung, wie schon die Zahl der Aufrufe zeigt. Die Tatsache, dass der Beklagte den auf die Klägerin bezogenen Ratgeber gerade dort platziert hat, spricht gleichfalls dafür, dass sich auch nach seiner Einschätzung potentielle Kunden der Klägerin dort informierten. Denn wenn solche Interessenten dort nicht erreichbar gewesen wären, wäre der Ratgeber an dieser Stelle überflüssig gewesen. Die warnenden Äußerungen könnten dann auch die Klägerin erheblich beeinträchtigen, indem deren Kunden verunsichert und Interessenten davon abgehalten werden konnten, die Internetseiten der Klägerin aufzusuchen.

2) Die Klägerin kann die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten verlangen. Der Beklagte ist ihr wegen des obigen Wettbewerbsverstößes zur Leistung von Schadensersatz verpflichtet. Es kommt hinzu, dass die Klägerin bislang noch nicht möglich war, den Anspruch zum Gegenstand einer bezifferten Leistungsklage zu machen.

a) Ein Schadensersatzanspruch steht der Klägerin hier dem Grunde nach gemäß § 9 UWG zu. Der Beklagte hat in Zusammenhang mit der Verbreitung des Ratgebers auf den Seiten von eBay und der damit verbundenen pauschalen Herabsetzung der Klägerin schuldhaft gehandelt. Bei dieser Art der Formulierung des Ratgebers musste der Beklagte auch unter Berücksichtigung seines denkbaren Interesses, Verbraucher vor Schwierigkeiten wegen der zweifelhaften Liefermöglichkeiten der Klägerin zu bewahren, vorhersehen, dass er sich in einem Grenzbereich bewegte, der von den Gerichten als unzulässige Wettbewerbshandlung angesehen werden konnte. Damit hat der Beklagte jedenfalls fahrlässig gehandelt. Ein Verbotsirrtum könnte ihn insoweit nicht entlasten.

b) Die Klägerin hat dargelegt, dass sie zur Bezifferung ihres Schadens ungeachtet des Zeitlaufes seit der an sich abgeschlossenen Verletzungshandlung noch einer Auskunft der Beklagten bedürfte. Diese Auskunft ist aus Sicht der Klägerin noch nicht vollständig erteilt. Ihr Feststellungsinteresse ist deshalb schon wegen der drohenden Verjährung nicht in Zweifel zu ziehen. Es ist auch nicht erkennbar, dass die Klägerin ihren Schaden unschwer jetzt schon beziffern könnte. Auf eine Stufenklage braucht sie sich im Bereich des Wettbewerbsrechtes nicht verweisen zu lassen. Selbst wenn nunmehr die Auskunft vollständig erteilt worden sein sollte, bräuchte die Klägerin wegen des fortgeschrittenen Verfahrensganges den Antrag nun nicht mehr umzustellen.

c) Für die Begründetheit des Feststellungsanspruchs genügt zwar nicht nur die theoretische Möglichkeit eines Schadenseintritts, aber jedenfalls eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass ein Schaden eingetreten ist oder eintreten wird. An diese Schadenswahrscheinlichkeit werden bei feststehenden Wettbewerbsverstößen grundsätzlich keine hohen Ansprüche gestellt (Piper / Ohly, UWG, 4. Auflage, § 12 Rdn. 79; Hefermehl / Köhler, UWG, 27. Auflage, § 12 Rdn. 2.55; Ahrens / Loewenheim, Der Wettbewerbsprozeß, 6. Auflage, Kap. 71 Rdn. 8). Es genügt insbesondere auch, wenn wie hier nach der Lebenserfahrung der Eintritt des Schadens zumindest denkbar und möglich ist oder jedenfalls in der Zukunft mit einiger Sicherheit zu erwarten ist. Das Verbreiten solcher herabsetzenden Äußerungen kann schon ganz allgemein dazu führen, dass die Klägerin von den Kunden als unsicherer Lieferant eingestuft wird. Dazu hat die Klägerin dargelegt, dass sie von den insbesondere im Bereich des Internethandels geschäftsschädigend wirkenden Äußerungen des Beklagten auf den Internetseiten von eBay besonders betroffen sein kann. Wer sich auf den dortigen Ratgeberseiten informieren will, bezieht die negativen Informationen über „Schwarze Schafe“ auf die Klägerin als Online-Händlerin und wird diese möglicherweise als Vertragspartnerin aussparen.

3) Als schon bezifferbaren Rechtsverfolgungsschaden kann die Klägerin im Rahmen des Schadensersatzanspruchs nach § 9 UWG die Erstattung von Anwaltskosten in Höhe von weiteren 1.580,-- € ersetzt verlangen. Es handelt sich insoweit um notwendige Kosten, die erstattungsfähig sind. Um die Rechtsverletzung so schnell wie möglich zu beenden und um den drohenden Schaden auch dadurch so gering wie möglich zu halten, konnte es die Klägerin für erforderlich halten, nicht nur den Beklagten wegen des Wettbewerbsverstößes abzumahnern, sondern auch die Firma eBay, auf deren Seiten der Ratgeber eingestellt war, zur Entfernung aufzufordern. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Klägerin damit rechnen konnte, dass allein die Abmahnung des Beklagten zur sofortigen Beendigung der Beeinträchtigung führen konnte. Die Klägerin durfte vielmehr insoweit den sichersten Weg gehen, wobei ihr der Erfolg außerdem auch Recht gab. Dem durch die Beauftragung ihrer Prozessbevollmächtigten mit der Aufforderung zur Entfernung des Ratgebers entstandenen Schaden steht auch nicht entgegen, dass die Klägerin von der Firma eBay die Erstattung der Kosten hätte verlangen können. Zum einen handelte es sich über-

haupt nicht um eine wettbewerbsrechtliche Abmahnung im Sinne des § 12 UWG, sondern um die Meldung einer Störung auf den Seiten eines Diensteanbieters, der diese auch Mitbewerbern zur Verfügung stellte. Zum anderen ist ein Schadensersatzanspruch gegen die Firma eBay mangels Verantwortlichkeit im Hinblick auf das Privileg der Diensteanbieter nach § 7 Abs. 2 TMG nicht gegeben. Die Firma eBay traf hier keine Überwachungspflicht; ein Verschulden vor der Kenntnis von dem Wettbewerbsverstoß im Übrigen ist auch nicht ersichtlich.

4) Die vom Landgericht getroffene Kostenentscheidung ist als solche nicht angegriffen worden. Es trifft auch zu, dass der Beklagte nach § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO auch im Hinblick auf den zurückgenommenen Unterlassungsanspruch und im Hinblick auf den anerkannten Auskunftsanspruch die Kosten tragen muss. Die Voraussetzungen des § 93 ZPO liegen nicht vor.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision sind nicht gegeben (§ 543 Abs. 2 ZPO).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Herr Richter am

F

Dr. K

Oberlandesgericht B

befindet sich in Urlaub und

kann nicht unterschreiben.

F