



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

2 R 210/11h

Das Oberlandesgericht Wien hat als Rekursgericht durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichts Dr. Dallinger als Vorsitzenden, den Richter des Oberlandesgerichts Dr. Teply und den KR Hye in der Rechtssache der klagenden Parteien **1.) Branchenclick GmbH**, 6020 Innsbruck, Sternbachplatz 2, **2.) Ludwig Michael BAUER**, D-85737 Ismaning, Münchener Straße 81, beide vertreten durch Dr. Ulrich Sinnißbichler, Rechtsanwalt in Salzburg, wider die beklagte Partei **Ing.Dr. Philipp PFALLER**, Geschäftsmann, 1170 Wien, Syringgasse 5, vertreten durch Dr. Johannes Öhlböck, Rechtsanwalt in Wien, wegen Beseitigung, Unterlassung und Feststellung (Streitwert im Provisorialverfahren EUR 72.000,--) über den Rekurs der klagenden Parteien gegen den Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 9.9.2011, 10 Cg 99/11f-4, in nichtöffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

Dem Rekurs wird **nicht Folge** gegeben.

Die klagenden Parteien sind zu gleichen Teilen schuldig, der beklagten Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 1.805,74 (darin enthalten EUR 300,95 USt) bestimmten Kosten der Rekursbeantwortung zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt

EUR 30.000,--.

Der ordentliche Revisionsrekurs ist nicht zulässig.

B e g r ü n d u n g :

Die **Kläger** begehren, dem Beklagten zur Sicherung eines inhaltsgleichen Beseitigungsbegehrens mit einstweiliger Verfügung aufzutragen, den auf der von ihm unter der Adresse www.pfaller.cc betriebenen Internethomepage enthaltenen Eintrag „Betrug? Firmenverzeichnis Wien - Branchenklick GmbH“ gänzlich, sowie generell die Namen der Kläger von der Homepage und aus dem Quellcode zu beseitigen, und zur Sicherung des in eventu erhobenen Unterlassungsbegehrens für die Dauer des Rechtsstreits zu verbieten, die Namen der Kläger zu zitieren und im Quellcode anzuführen.

Die Erstklägerin sei bundesweit tätig und betreibe unter der Domain „branchenklick.at“ ein Online-Branchenverzeichnis mit mehr als 540.000 Einträgen, das alle österreichischen Städte abdecke und Branchenbuchdienstleistungen unter anderem auf der Domain „branchenklick.at“ anbiete. „Branchenklick“ sei zudem als österreichische Marke registriert. Der Zweitkläger sei Geschäftsführer der Erstklägerin.

Der Beklagte sei Herausgeber und Inhaber der Seite www.pfaller.cc und biete dort unter anderem Online-Marketing an, sodass sich die Streitparteien in einem direkten Wettbewerbsverhältnis befinden. Außerdem werde die Website dazu verwendet, die Besucher mittels einer Verlinkung auf die Website der Firma LimeSoda Interactiv Marketing GmbH umzuleiten, deren geschäftsführender Gesellschafter der Beklagte sei.

Die Kläger begehren Beseitigung, Unterlassung und Schadenersatz nach dem UWG, dem MSchG und dem ABGB mit der Begründung, Kundenreklamationen haben die Kläger darauf aufmerksam gemacht, dass bei einer Suche nach „Branchenklick“ in der Suchmaschine Google an erster Stelle der Ergebnisliste ein Kurzbeitrag des Beklagten aufscheine, der die Kläger mit unwahren und unbegründeten Behauptungen und Unterstellungen schwer diskreditiere und ihnen Betrug, Bauernfängerei und unseriöse Angebote zuschreibe. Die Kläger seien durch das aggressive Vorgehen des Beklagten schwer schockiert.

Der Grund für das Vorgehen des Beklagten liege darin, dass er die Marke der Erstklägerin rechtswidrig ausnutze, indem er sie (sowie auch den Namen Bauer) als Meta-Tag im Quellcode seiner Webseite unberechtigtweise verwende, um bei der Suchmaschine Google eine werbewirksame Reihung, einen vermehrten Zugriff auf seine Homepage, und damit eine bessere Bewerbung der von ihm angebotenen Produkte zu erreichen, ohne dafür zahlen zu müssen. Darin liege unzulässiges Meta-Tagging, und damit eine nach der Rechtsprechung unzulässige und sittenwidrige Verwendung fremder Kennzeichen im Sinne des UWG.

Der Beklagte nutze bewusst die Marke und den Namen der Kläger, um potenzielle Kunden auf seine Seite zu locken und damit einen Wettbewerbsvorteil zu erlangen.

Die unwahren Behauptungen des Beklagten setzen überdies das Unternehmen der Kläger im Sinn des § 7 UWG herab. Auch das Namensrecht der Kläger werde verletzt. Zudem werde die Marke der Kläger schmarotzerisch ausgebeutet und werden die Kläger durch ihre Nutzung behindert. Weiters werden die Kläger in ihrer Ehre gekränkt und in ihrem Kredit geschädigt. Insbesondere der Betrugs-

vorwurf sei nicht nur kreditschädigend, sondern auch beleidigend, sodass die Tatbestände des § 1330 Abs 1 und Abs 2 ABGB erfüllt seien.

Der Beklagte eröffne im Übrigen im Rahmen eines Online-Gästebuches auf der von ihm betriebenen Homepage die Möglichkeit zu Kommentaren Dritter, die ebenfalls die angeführten Tatbestände erfüllen, und für die der Beklagte die Verantwortung trage.

Die tatsächliche Motivation des Beklagten werde auch daraus deutlich, dass er ein zu 4 Ob 45/11p ergangenes Urteil des Obersten Gerichtshofs fälschlich auf die Domain der Kläger bezogen habe, obwohl es gar nicht die Kläger betroffen habe.

Der **Beklagte** äußerte sich dazu dahingehend, dass er als freischaffender Journalist tätig sei und unter anderem an der Donau-Universität Krems, der Fachhochschule Oberösterreich und der Universität Wien lehre. Er sei auch Geschäftsführer und Gesellschafter der LimeSoda Interactiv Marketing GmbH, stehe aber mit den Klägern nicht im Wettbewerb. Seine Website www.pfaller.cc nütze der Beklagte, um zu internetrelevanten Themen, darunter Internetbetrug, zu publizieren.

Die deutsche Schwestergesellschaft der Erstklägerin, deren Geschäftsführer der Zweitkläger sei, sei ebenso wie die Erstklägerin im Bereich der Versendung von „Korrekturabzügen“ tätig. Ihr sei mit Urteil des Landesgerichts Hamburg vom 23.8.2005 die Verwendung eines in dieser Entscheidung gegenständlichen Formulars (Korrekturabzuges) untersagt worden.

Auf der Website www.pfaller.cc habe der Beklagte einen Artikel veröffentlicht, in dem er das „Firmenverzeichnis Wien“ der Erstklägerin im Hinblick auf seine

Werbewirksamkeit und Täuschungseignung beurteilt und einen Vergleich mit dem inhaltsgleichen Sachverhalt gezogen habe, der in der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs 4 Ob 45/11p gegenständlich gewesen sei. Diese Entscheidung habe richtigerweise eine Branchenregister GmbH (www.online-branchenregister.com) betroffen. Der Beklagte habe die Gerichtsentscheidung irrtümlich auf die Erstklägerin, www.branchenklick.at, bezogen, den ihm unterlaufenen Irrtum dann aber bemerkt und richtig gestellt. Beide Gesellschaften haben mit „B“ begonnen und seien jeweils von Dr. Ulrich Sinnißbichler vertreten worden. Insoweit haben die Kläger aber kein Unterlassungsbegehren gestellt.

Im Übrigen seien die Vorwürfe der Kläger unbegründet. Der Beklagte stelle auf seiner Website die Aufmachung des von der Erstklägerin versendeten Schreibens und das dahinterstehende System in seiner Eigenschaft als Journalist pointiert dar und komme dabei im Kern zu denselben Ergebnissen wie der Oberste Gerichtshof zu 4 Ob 45/11p. Dabei stelle der Beklagte auch die Frage, ob das von der Erstklägerin verwendete System Betrug sei, doch führe er in aller Klarheit aus, dass diese Frage nicht leicht zu beantworten sei. Bei der im Hinblick auf das Recht zur freien Meinungsäußerung vorzunehmenden Interessenabwägung sei auch zu berücksichtigen, dass konkret ein überwiegendes Interesse der Öffentlichkeit an der Veröffentlichung des Beklagten bestanden habe und auch bei Aufwendung der gebotenen journalistischen Sorgfalt hinreichende Gründe vorgelegen haben, die inkriminierten Behauptungen für wahr zu halten.

Das von der Erstklägerin verwendete Formular (Beil./1 und ./2) gleiche jenem, das Gegenstand der

oberstgerichtlichen Entscheidung zu 4 Ob 45/11p gewesen sei, sodass die Beurteilung des Obersten Gerichtshofs, es liege ein Verstoß gegen § 28a UWG vor, auch auf den gegenständlichen Fall und die Praxis der Erstklägerin übertragen werden könne. Konkret habe die Erstklägerin ihren Korrekturabzug mit „Eintragungsantrag“ übertitelt, der im öffentlichen Recht geläufig sei. Der angesprochene Unternehmer werde im Korrekturabzug der Erstklägerin aufgefordert, die Unternehmensdaten zu überprüfen und auf Wunsch auch zu vervollständigen. Das verwendete Logo der Erstklägerin erinnere insbesondere im Hinblick auf die Verwendung der Farben schwarz und gelb an die Gelben Seiten und es entstehe der Eindruck, dass der Unternehmer durch eine öffentliche Stelle zur Korrektur seiner Daten aufgefordert werde. Konkret habe der Korrekturabzug die Daten „LimeSoda Pfaller & Pfeiffer neue Medien OEG“ mit der Branche „Fahrzeuge, Fahrzeugteile und Fahrzeugzubehör gesamt“ ausgewiesen, wobei es eine Gesellschaft mit diesem Firmenwortlaut aber nie gegeben habe. Dies und der fehlende Zusammenhang mit der angeblichen Branche habe geradezu dazu eingeladen, die Daten im vermeintlichen Korrekturabzug richtig zu stellen und das Formular zurückzusenden.

Der deutschen Branchenklick GmbH sei vom Landesgericht Hamburg mit Urteil vom 23.8.2005 untersagt worden, ein von der Systematik her identes Formular zur Werbung zu verwenden und/oder im Zusammenhang mit der Veröffentlichung von Brancheninformationsdiensten die Farbe gelb zu verwenden, weil Kunden auf Grund der Aufmachung Gefahr laufen, das Formular nicht als Angebot zum Abschluss eines kostenpflichtigen Vertrages, sondern als reine Aufforderung zur Richtigstellung der Daten anzusehen, und

die Kunden mit der Farbe gelb im Hinblick darauf, dass der Bereich eines Branchen-Telefon-Verzeichnisses betroffen sei, ein mit der Nachfolgerin der Deutschen Post zumindest eng verbundenes Unternehmen assoziieren. Ähnlich habe das Oberlandesgericht Frankfurt in einem Urteil vom 26.3.2009 entschieden. Die gleiche Argumentation gelte für das System der österreichischen Branchenklick GmbH.

Auf die Klägerin haben sich in Österreich zahlreiche Beschwerden bezogen und der Schutzverband gegen den unlauteren Wettbewerb sehe die Aussendungen der Erstklägerin als klar irreführend an. Er habe auf Grund zahlreicher Beschwerden auch bereits außergerichtlich gegen die Erstklägerin interveniert. In diesen Fällen habe die Erstklägerin auch davon abgesehen, Forderungen gegen die „getäuschten“ Kunden zu betreiben. Da die Erstklägerin mit ihrem Formular neben § 28a UWG auch §§ 871 und 879 ABGB, sowie bei entsprechendem Vorsatz auch § 146 StGB verletze, kommen aber auch gar keine Verträge zwischen der Erstklägerin und ihren „Kunden“ zustande.

Verfolge man die Media-Daten der Website der Erstklägerin, liege die Sichtbarkeit der Seite für Suchmaschinen und damit die Auffindbarkeit eines Eintrags auf der Webseite der Erstklägerin bei Null. Dies gelte auch für den Wert, den die Suchmaschine Google einer Seite gebe. Alexa Rank werte die festgestellten Besucherzahlen aus. Ausgehend von den meistbesuchten Domains liege jene der Erstklägerin an der Stelle 3,090.110. Damit ergebe sich, dass der Wert des Eintrags im Verzeichnis der Erstklägerin gegen Null gehe, aber jedenfalls in einem krassem Missverhältnis zum dafür geforderten Betrag von EUR 2.563,20 (brutto) stehe.

In diesem Zusammenhang habe der Beklagte die Frage aufgeworfen, ob das System der Kläger als Betrug zu werten sei. In einem Fall einer vergleichbaren Erlagscheinwerbung habe der Oberste Gerichtshof zu 13 Os 127/07m entschieden, dass eine Täuschungshandlung setze, wer Angebotsschreiben planmäßig durch Verwendung typischer Rechnungsmerkmale so abfasse, dass der Eindruck einer Zahlungspflicht entstehe, dem gegenüber die kleingedruckten Hinweise auf den Angebotscharakter völlig in den Hintergrund treten. Das System der Kläger sei mit einem solchen Sachverhalt vergleichbar.

Der Vorwurf unzulässigen Meta-Taggings sei unberechtigt. Der Beklagte verwende die Namen der Kläger bloß zu ihrer Identifizierung. Ein Vorteil sei für den Beklagten durch ein gutes Ranking des inkriminierten und auf www.pfaller.cc abrufbaren Artikels nicht verbunden.

Lauterkeitsrechtliche Ansprüche scheitern an einem mangelnden Wettbewerbsverhältnis. Der Beklagte sei Journalist und daneben Geschäftsführer und Gesellschafter einer Agentur für neue Medien.

Marken- und Namensrechte werden nicht verletzt, weil der Beklagte den Begriff „Branchenklick“ zulässigerweise zur Identifizierung genutzt und die Erstklägerin bloß bei ihrer Firma genannt habe. Dies gelte auch für den bürgerlichen Namen des Zweitbeklagten. Inhaberin der österreichischen Wortmarke „Branchenklick“ sei im Übrigen die deutsche Branchenklick GmbH, sodass die Kläger hinsichtlich dieser Marke aktiv nicht klagslegitimiert seien.

Die erhobenen Begehren seien im Übrigen überschießend, wenn sie auf eine gänzliche Löschung des Artikels und ein Verbot der Zitierung der Namen der Kläger und deren Anführung im Quellcode gerichtet seien.

Mit dem angefochtenen Beschluss wies das **Erstgericht** den Sicherungsantrag zur Gänze ab.

Dabei nahm es folgenden Sachverhalt als bescheinigt an:

Die Erstklägerin ist ein bundesweit tätiges Unternehmen in 6020 Innsbruck und betreibt unter der Domain „branchenklick.at“ ein Online-Branchenverzeichnis. Sie ist zudem Inhaberin der am 6.6.2006 unter der Nr. 232 179 registrierten Marke „BRANCHENKLICK“ (Beilage ./A). Der Zweitkläger ist geschäftsführender Gesellschafter der Erstklägerin.

Der Beklagte ist freischaffender Journalist und Mitglied im österreichischen Journalistenclub, Gastdozent an verschiedenen österreichischen Hochschulen, Betreiber der unter den Domains www.pfaller.cc (Beilage ./F) und www.limesoda.at unterhaltenen Websites, sowie Geschäftsführer und Gesellschafter der LimeSoda Interactive Marketing GmbH.

Um Unternehmen auf die Möglichkeit einer Eintragung in ihr Online-Branchenverzeichnis aufmerksam zu machen und sie als Vertragspartner zu gewinnen, verschickt die Erstklägerin auf dem Postweg Vertragsangebote an diverse Unternehmen (Beilage ./1). Die Angebote sind übertitelt mit „Firmenverzeichnis* Wien“ (bzw. anderen Städtenamen) und in den Farben schwarz, weiß und gelb gehalten. Zu dem Sternchen (*) wird in der Mitte der Seite ausgeführt, dass es sich um einen „Eintragungsantrag“ handle.

In einem schwarz umrandeten Bereich in der Mitte der Seite verweisen in und unterhalb einer gelb hinterlegten Zeile in der Spalte „Eintragungsart: Standard Plus**“ zwei Sternchen auf den unteren Abschnitt der Seite, wo in kleinerer Schrift im Blocksatz die geltenden Vertragsbedingungen (auszugsweise) angeführt werden.

Dieses ist u.a. zu entnehmen, dass der angebotene „Standard-Plus Eintrag“ eine Laufzeit von zwei Jahren zu einem jährlichen Preis von EUR 1.068,- exkl. USt. habe. Die Langfassung der Vertragsbedingungen ist auf der Rückseite in kleinerer, hellgrauer Schrift zu finden.

Unter der gelb hinterlegten Zeile in der Mitte der Seite heißt es „Wichtig: Bitte die Unternehmensdaten überprüfen und auf Wunsch vervollständigen!“

Der Beklagte publizierte im Jahr 2010 auf seiner als „Blog über Onlinemarketing“ bezeichneten Internetseite www.pfaller.cc unter der Rubrik „Internet-Betrug“ einen Eintrag mit folgendem Wortlaut, wobei der Link zu dieser Unterseite (zunächst) direkt auf der Startseite platziert war (Beilagen ./E und ./H):

Betrug? “Firmenverzeichnis Wien” – Branchenclick GmbH

4th Oktober 2010 - By Philipp Pfaller

Unternehmer aufgepasst: Zumindest im Raum Wien treibt wieder Mal Branchenclick GmbH (Sternbachplatz 2, 6020 Innsbruck) ihr Unwesen. Die österreichische Tochter der in München ansässigen Branchenclick GmbH verschickt “Angebote” für ihr “Firmenverzeichnis Wien”.

Bauernfängerei mit “Eintragungsantrag”

Der Trick ist altbekannt: Ein Schreiben mit offizieller Anmutung bzw. mit ähnlicher Anmutung wie die Zusendungen renommierter Unternehmen fordert zur Überprüfung und Vervollständigung der eigenen Firmendaten auf. Die fehlenden Felder können sofort ergänzt und das Formular gefaxt werden. Der korrigierte/ergänzte Eintrag erscheint dann – im vorliegenden Fall – im “regionalen Firmenverzeichnis Branchenclick.at”. Weniger deutlich geht aus dem Schreiben hervor, dass mit der unterfertigten Rücksendung ein kostenpflichtiger Zweijahresvertrag mit der Branchenclick GmbH unterzeichnet wird. Selbstverständlich mit automatischer Verlängerung.

EUR 2.136 exkl. USt. für eine unvorsichtige Unterschrift

Für schlanke EUR 1.068 exkl. USt. pro Jahr kommt man danach in den Genuss eines Eintrags auf der Branchenclick-Website. Die (von außen sichtbaren) Media-Daten der angebotenen Website muss man sich auf der Zunge zergehen lassen (Stand 10 Cg 99/11f 4.10.2010):

Kriterium	Rank
Google Pagerank:	0
Sistrix Sichtbarkeitsindex:	0,00

Alexa Rank: 3.090.110

Aus dem Bauch würde ich die Anzahl der von dort vermittelten Besucher optimistisch auf einen alle drei Jahre schätzen. Selbstverständlich bietet auch das Kleingedruckte noch viel Stoff zum Lachen: Haftungsausschluss der Branchenclick GmbH bei leichter Fahrlässigkeit, 3 Monate Kündigungsfrist, Erlaubnis zur Weiterveräußerung des Vertrages an Dritte ...

Branchenclick Betrug?

Ob es sich bei diesem Vorgehen um Betrug handelt, ist nicht leicht zu beantworten. Zum einen richtet sich das Angebot ausschließlich an Unternehmer, der Konsumentenschutz greift also nicht. Zum anderen hängt viel von der konkreten Ausgestaltung des Angebots ab. Wie groß ist die (erwünschte) Verwechslungsgefahr mit anderen Unternehmen? Ist der Preis korrekt ausgezeichnet? Sind vielleicht auch nur bestimmte Klauseln unwirksam? Gerichte sind immer wieder mit diesen Fällen befasst. Allerdings muss auch mit Nachdruck gesagt werden: Im Privatleben und umso mehr als Unternehmer muss man Unterlagen genau lesen, bevor man sie unterschreibt. Wer das "Angebot" genau liest, weiß, woran er ist. Da gab es in der Vergangenheit noch einige deutlich unklarere Schreiben als das der Branchenclick GmbH. Die Branchenclick-Sache funktioniert scheinbar schon länger, nachzulesen zB bei Bauernfaenger.info.

Achtung bei eifrigen MitarbeiterInnen

Eine große Gefahr lauert bei vielen Unternehmen darin, dass ein Mitarbeiter oder eine Mitarbeiterin sie Daten pflichtbewusst korrigiert und zurückschickt, ohne das Kleingedruckte gelesen zu haben. Also: Rasch eine Weisung schreiben, dass dies bei Fax- und Briefanfragen zu beachten ist.

Zu spät – schon unterzeichnet

Haben Sie oder Ihre Mitarbeiter bereits geantwortet, sollten Sie auf jeden Fall einen Rechtsbeistand konsultieren. Letztlich gilt es das Risiko einer Mahnklage gegen die Wahrscheinlichkeit einzuschätzen, das dies der Branchenclick GmbH zu mühsam/riskant ist. Vorsicht bei zu unterzeichnenden Unterlassungserklärungen!

Üblicherweise gibt es eine Reihe von immer schärferen Mahnschreiben, danach passiert in ähnlich gelagerten Fällen oft nichts. Dies ist aber weder ein Rat noch gibt es Sicherheit. Informieren Sie sich bei der Wirtschaftskammer und/oder Ihrem Anwalt.

Sorry – Abgelehnt

Ich persönlich würde das Angebot jedenfalls nicht als seriös einstufen. Preis/Leistung sind offensichtlich nicht marktüblich und die Aufmachung ist irreführend. Daher muss ich das Angebot für mein Unternehmen leider ablehnen.

Nachtrag: Klage vor OGH erfolgreich

Der Oberste Gerichtshof hat an einem ähnlichen Fall dieses weitverbreitete, unlautere Geschäftsmodell gestoppt. Der Betreiber eines Online-Branchenregisters muss nun darauf hinweisen, dass seine Aussendungen nur ein Vertragsangebot für

Datenveröffentlichung sind, welches der Beworbene erst durch Unterfertigung und Rücksendung annehmen soll (OGH 4 Ob 45/11p). In Entsprechung der Entscheidung ist der Betreiber des Branchenverzeichnis schuldig, es ab sofort im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen,

- zu Zwecken des Wettbewerbs für Eintragungen in ein Verzeichnis, wie insbesondere in ein Online-Branchen-Register im Internet unter der Domain *brachenklick.at* oder ein sonstiges Branchenverzeichnis, mit Aussendungen, mit denen zur Eintragung und/oder Ergänzung von Daten aufgefordert wird, insbesondere mit Aussendungen wie Klagsdauerbeilage ./D oder dieser ähnlichen Aussendungen, deren man sich im Falle der Erteilung eines Auftrags zum Eintrag durch Unterschriftsleistung und Rücksendung bedienen soll, zu werben, ohne auf den Aussendungen entsprechend unmissverständlich und auch grafisch deutlich darauf hinzuweisen, dass es sich lediglich um ein Vertragsangebot für eine Datenveröffentlichung handelt, welches der Beworbene erst durch Unterfertigung und Rücksendung annehmen soll;

- Rechtspersonen gegenüber, welche aufgrund einer Handlungsweise, wie sie gemäß lit a) zu unterlassen ist, irrtümlich eine Aussendung vervollständigt und/oder unterschrieben zurückgesandt haben, auf Zahlungsansprüchen zu bestehen und/oder solche durchzusetzen;

Mehr zur Entscheidung auf Rechtsfreund.at. Wenn das keine gute Nachricht ist!

Durch das Anklicken zweier kleiner Grafiken auf dieser Seite kann die Vorder- und Rückseite eines Angebotsmusters der Erstklägerin in Bildschirmgröße aufgerufen werden.

Der Beklagte unterlegte die genannte Seite mit Meta-Tags mit dem Wortlaut „Branchenklick“ bzw. „Branchenklick GmbH“ (Beilage ./G). Es kann nicht festgestellt werden, dass Meta-Tags diesen Inhaltes auch auf Seiten verwendet werden oder wurden, auf welchen nicht vom kritisierten Geschäftsmodell der Erstbeklagten die Rede ist.

Im Anschluss an den Artikel wird den Lesern die Möglichkeit eingeräumt, eigene Kommentare zu verfassen, sieben Leser machten bisher davon Gebrauch. Der Beklagte replizierte auf zwei Kommentare indem er die gesetzlichen Bestimmungen als Grauzone bezeichnete und die Beiziehung eines Rechtsbeistandes empfahl (Beilagen ./E und ./H).

Nachdem der Beklagte bemerkt hatte, dass er bei der

Zitierung des OGH-Urteils 4 Ob 45/11p einem Irrtum unterlegen war (betreffend die Beklagte im Verfahren vor dem OGH, die nicht mit der Klägerin im gegenständlichen Verfahren übereinstimmt), korrigierte er diesen Fehler, indem er im zitierten Spruch die Bezeichnung der fraglichen Domain anonymisierte („... insbesondere in ein Online-Branchen-Register im Internet unter der Domain ***** oder ein sonstiges Branchenverzeichnis ...“).

In rechtlicher Hinsicht gelangte das Erstgericht von diesen Feststellungen ausgehend zum Ergebnis, ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch setze ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Streitparteien voraus. Ein solches liege jedoch nicht vor. Die Erstklägerin umwerbe Unternehmen, die in einem Online-Branchenverzeichnis aufgefunden werden wollen. Der Beklagte sei Journalist und Geschäftsführer einer Gesellschaft, die (eine Verbesserung von) Unternehmens-Websites anbiete. Damit gebe es keine nennenswerten Überschneidungen der umworbenen Interessentenkreise. Auch ein „ad-hoc-Wettbewerbsverhältnis“ liege nicht vor, weil sich der Beklagte nicht an den guten Ruf des Originalzeichens anähne und diesen für den Absatz seiner ungleichartigen Waren auszunutzen versuche. Der Beklagte mache in seiner Funktion als Journalist auf das seiner Meinung nach unlautere Geschäftsmodell der Erstklägerin aufmerksam. Mögliche Kunden der Erstklägerin, die sich auf Grund dessen von dieser abwenden, werden deshalb nicht Kunden des Beklagten werden wollen, weil dieser kein Branchenverzeichnis betreibe.

Selbst wenn man von einem Wettbewerbsverhältnis ausgehe, liege kein rechtswidriger Verstoß gegen §§ 1 und 7 UWG vor, weil sich die im Artikel aufgestellten Behauptungen in legitimer und keineswegs übertriebener Weise

mit dem Geschäftsmodell der Erstklägerin kritisch auseinandersetzen. Diese Kritik werde zudem inhaltlich von einer oberstgerichtlichen Entscheidung in einem ähnlich gelagerten Fall (4 Ob 45/11p) gestützt.

Die Meta-Tags auf der Seite des Beklagten stehen in einem direkten Zusammenhang mit der kritischen Nennung der Firma der Erstklägerin im streitgegenständlichen Artikel. Ihre Verwendung stelle daher kein sittenwidriges Verhalten dar.

Da das Sicherungsbegehren darauf nicht Bezug nehme, müsse auf eine mögliche Verletzung von Namensrechten nach § 43 ABGB und den Umstand der Verwendung der Marke „BRANCHENKLICK“ nicht eingegangen werden. Da konkret die Marke jedoch gleichzeitig einen Teil des Firmenwortlauts der Erstklägerin darstelle, sei prima facie kein Verstoß zu erblicken.

Ansprüche nach § 1330 ABGB bestehen ebenfalls nicht. In einem gleich gelagerten Fall der Verwendung eines sehr ähnlichen Formulars sei der Oberste Gerichtshof zum Ergebnis gelangt, dass die Aufmachung des Formblatts Assoziationen zu den in der Regel kostenfreien „Gelben Seiten“ erwecke und im Anwendungsbereich des § 28a UWG ein strenger Maßstab anzulegen sei. In gleicher Weise liege im gegenständlichen Fall eine solche Ähnlichkeit (mit den „Gelben Seiten“) vor und führe erst eine genaue Befassung mit dem Angebotsformular zur Beurteilung, dass es um die Annahme eines kostspieligen Vertrages gehe. Im Anwendungsbereich des § 1330 Abs 2 ABGB habe der Kläger die Unwahrheit der Behauptungen zu beweisen. Für diese gebe es keinen Anhaltspunkt.

So weit eine kreditschädigende Äußerung auch eine Ehrenbeleidigung darstelle, habe der Betroffene nur die

Tatsachenverbreitung zu beweisen, während die Beweislast für die Richtigkeit den Beklagten treffe. Im gegenständlichen Fall stelle der inkriminierte Artikel in seiner Gesamtheit jedoch keine Ehrenbeleidigung dar. Im Rahmen eines kritischen Artikels dürfen auch überspitzte Formulierungen wie „Bauernfängerei“ verwendet werden, sofern der Betroffene Anlass für eine zulässige Kritik gegeben habe. Der Beklagte habe unter Hinweis auf das OGH-Urteil zu 4 Ob 45/11p stichhältig darlegen können, dass seine Kritik auf wahren Tatsachen beruhe.

Damit sei der Sicherungsantrag zur Gänze abzuweisen.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der **Rekurs** beider Kläger aus den Gründen der unrichtigen Beweiswürdigung und einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit den Anträgen, den Beschluss dahingehend abzuändern, dass dem Sicherungsantrag zur Gänze stattgegeben werde, in eventu aufzuheben und die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung, gegebenenfalls nach Verfahrensergänzung, an das Erstgericht zurückzuverweisen.

Der Beklagte beantragt, der Berufung (gemeint: dem Rekurs) keine Folge zu geben.

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

Mit der Beweisrüge machen die Kläger geltend, dass das Erstgericht nicht der Beilage ./C entsprechend festgestellt habe, dass bei Abfrage nach „Branchenklick“ in der Suchmaschine Google bereits an zweiter Stelle der Ergebnisliste der Kurzbeitrag des Beklagten mit dem Titel *„Abzocke? Firmenverzeichnis Wien - Branchenklick GmbH; Philipp Pfaller ... Die unseriösen Angebote zum Eintrag ins Firmenverzeichnis Wien der Branchenklick GmbH flat-tern per Brief ins Büro und warten auf eine ...“* aufgeschienen sei.

Aus dieser zu treffenden Feststellung ergebe sich, dass es dem Beklagten nicht um die Publikation eines journalistischen Artikels, sondern um eine durch Nutzung der Marke der Erstklägerin erreichte Topplatzierung in der Ergebnisliste bei Google gegangen sei, um so die von ihm angebotenen Dienstleistungen aus dem Bereich Online-marketing besser bewerben zu können.

Den Klägerinnen ist zuzugeben, dass bei der Eingabe von „Branchenklick“ in der Suchmaschine Google der angesprochene Verweis auf den Artikel des Beklagten vom 4.10.2010 unmittelbar nach dem Verweis auf die Homepage der Erstklägerin als Suchergebnis aufscheint, sodass diese Feststellung aus Beilage ./C nachgetragen werden kann, doch ist daraus in rechtlicher Hinsicht für die Klägerinnen nichts gewonnen. Insbesondere ergeben sich keine Schlussfolgerungen daraus zu dem von den Klägerinnen unterstellten Umstand, dass es dem Beklagten gar nicht um die Bekanntmachung seines Artikels, sondern um eine bessere Platzierung von ihm angebotener Dienstleistungen aus dem Bereich Onlinemarketing gegangen wäre. Ebenso lässt sich, worauf die Beweisträger ebenfalls verweist, zwar aus Beilage ./E eine Reihe von kritischen Gastkommentaren feststellen, doch ist rechtlich für die Klägerinnen daraus nichts gewonnen.

Während bezüglich des vom Beklagten stammenden Artikels aus dem Klagsvorbringen immerhin deutlich wird, dass sich die Kläger durch die darin verwendeten Begriffe „Bauernfängerei“, „unseriöse Angebote“ und „Betrügern“ nach § 7 UWG verletzt und in ihrer Ehre gekränkt erachten, wird bezüglich der angeführten Gastkommentare aus dem Klagsvorbringen keineswegs erkennbar, was daran dem Beklagten vorzuwerfen sei und ihn aufgrund seiner Verant-

wortung zur Entfernung veranlassen hätte sollen. Ist der Sicherungsantrag derart unschlüssig, ist er nach der ständigen Rechtsprechung ohne Weiteres abzuweisen (Kodek in Angst, EO², § 389 Rz 5).

Die diesbezüglichen Ergänzungen im Rekurs, dass die Erstklägerin in diesen Kommentaren mit den Begriffen „Bauernfängerei“, „Gauner“, „Pack“, „Betrüger“, „Schwindel“ und „Abschaum“ betitelt worden sei, verstoßen gegen das Neuerungsverbot.

Mit der Rechtsrüge wenden sich die Kläger gegen die Rechtsansicht des Erstgerichts, es liege kein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Streitteilen vor, sodass das UWG nicht anzuwenden sei, um aufzuzeigen, dass das Erstgericht den Streitwert zu Unrecht mit EUR 39.240,-- festgesetzt habe, während die Anwendbarkeit des UWG zu einem Streitwert von EUR 72.000,-- führe.

Im angefochtenen Beschluss hat das Erstgericht den Streitwert für die Unterlassungsbegehren gemäß § 7 Abs 2 RATG mit EUR 39.240,-- festgesetzt.

Gemäß § 7 Abs 2 RATG kann jedoch ein derartiger Beschluss durch ein Rechtsmittel nicht angefochten werden.

Im Übrigen kann nach der Sachlage auf sich beruhen, inwieweit zwischen den Parteien des Verfahrens ein Wettbewerbsverhältnis besteht, weil sich die Rechtsrüge zu §§ 1 und 7 UWG in einer kursorischen Wiedergabe des § 7 Abs 1 UWG erschöpft, ohne konkret und nachvollziehbar aufzuzeigen, worin, von dem als bescheinigt angenommenen Sachverhalt ausgehend, eine unrichtige rechtliche Beurteilung durch das Erstgericht liegen soll.

Folgt man dem Hinweis auf eine weitgehende Kongruenz zwischen den Tatbestandsmerkmalen des § 7 UWG und des §

1330 Abs 2 ABGB und den Ausführungen im Rechtsmittel dazu, vertreten die Kläger die Auffassung, das Erstgericht sei zu Unrecht von einer zulässigen Kritik ausgegangen. Der mehrfach erhobene Vorwurf des Betrugs beinhalte bei der gebotenen ungünstigsten Auslegung in seinem Gesamtzusammenhang erkennbar die unrichtige Tatsachenbehauptung, die Erstklägerin habe mit dem Vorsatz, durch das Verhalten des Getäuschten sich oder einen Dritten unrechtmäßig zu bereichern, jemanden durch Täuschung über Tatsachen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung verleitet, die diesen oder einen anderen am Vermögen schädige. Dieser Vorwurf sei kreditschädigend und beleidigend. Der Wahrheitsbeweis liege in einem solchen Fall beim Beklagten. Er habe einen solchen Beweis aber nicht erbracht. Dass im Artikel das Wort „Betrug“ mit einem Fragezeichen versehen worden sei, ändere nichts, weil eine Äußerung eines Vorwurfs in Vermutungsform an der grundsätzlichen Haftung des Täters nichts ändere. Der Ehrenschutz dürfe nicht durch geschickte Formulierungen verhindert werden.

Der Beklagte bezichtige die Kläger mehrfach eines strafrechtlichen Verhaltens, des Betrugs, ohne den Wahrheitsbeweis dafür erbringen zu können. Ein Verweis auf ein in einer anderen Sache ergangenes Urteil des Obersten Gerichtshofs sei nicht geeignet, diese massiven Vorwürfe zu rechtfertigen. Da der Betrugsvorwurf auf keinem rechtfertigenden Sachverhalt beruhe, sei er nach der ständigen Rechtsprechung und Lehre ein ehrverletzendes Werturteil, das als Beschimpfung dem Tatbild des § 1330 Abs 1 ABGB unterliege. Dass ein solcher Betrugsvorwurf geeignet sei, den Kredit, Erwerb oder das Fortkommen der Kläger zu gefährden, sei wohl unstrittig. Dies gelte auch für den

Umstand, dass die Kläger wegen Betrugs weder angezeigt noch verurteilt worden seien.

Damit sei der Eintrag des Beklagten auf seiner Homepage tatbildlich im Sinn des § 1330 Abs 1 und Abs 2 ABGB.

Den Klägern ist darin beizupflichten, dass bei mehrdeutigen Äußerungen derjenige, von dem die Äußerung stammt, die ungünstigste Auslegung gegen sich gelten lassen muss (Reischauer in Rummel³ § 1330 Rz 8c), dass es auf den Gesamtzusammenhang und den dadurch ermittelten Gesamteindruck der Äußerung ankommt (aaO Rz 8b) und dass in Fällen des § 1330 Abs 2 ABGB der Betroffene bezüglich dieser Ansprüche nur die Tatsachenverbreitung beweisen muss, während der Täter den Wahrheitsbeweis zu erbringen hat, wofür allerdings genügt, dass der Täter die Richtigkeit des wesentlichen Tatsachenkerns einer Behauptung beweist (aaO Rz 17).

Für den konkreten Fall ist von Bedeutung, dass Art 10 EMRK wenig Raum für die Einschränkung von politischer Rede oder Debatten von öffentlichem Interesse lässt. Auch bezüglich der Grenzen des Schutzes der Persönlichkeitsrechte und des wirtschaftlichen Rufs spielt das Grundrecht der freien Meinungsäußerung eine besondere Rolle. Deshalb ist anerkannt, dass sogar massive, in die Ehre eines anderen eingreifende Kritik zulässig sein kann. Dem Recht auf zulässige Kritik und wertendes Urteil aufgrund konkreter Tatsachen kommt in der Interessenabwägung gegenüber der ehrenbeleidigenden Rufschädigung ein höherer Stellenwert zu, wenn die Grenzen zulässiger Kritik nicht überschritten werden und kein massiver Wertungsexzess vorliegt (aaO Rz 7b). Im Hinblick auf die grundlegende Bedeutung der Meinungsfreiheit ist eine öffentliche Äußerung auch dann zulässig, wenn dieser

Standpunkt extrem erscheint. Selbst überspitzte Formulierungen sind unter Umständen hinzunehmen, soweit kein massiver Wertungsexzess vorliegt. Wesentlich ist, ob ein Zusammenhang mit einer Debatte besteht, die im allgemeinen Interesse liegt (RIS-Justiz RS0054817 T7, T17, T43).

Bei in Schlagzeilen erhobenen Vorwürfen ist der Gesamtzusammenhang zu beachten. Wenn sich aus dem gesamten Text ergibt, was mit der Überschrift gemeint war, kann auch der Titel gerechtfertigt sein (6 Ob 92/04d).

Im gegenständlichen Fall ist weiter von Bedeutung, dass, wenn ein Mitbewerber - wenngleich in Wettbewerbsabsicht - an einer Debatte teilnimmt, die öffentliche Interessen betrifft, die Freiheit der Meinungsäußerung bei der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung seiner Aussagen ein höheres Gewicht hat, als bei rein unternehmensbezogenen Äußerungen (4 Ob 100/10z mwN).

Im gegenständlichen Artikel nimmt der Beklagte eine umfassende Beschreibung und Bewertung der Geschäftspraxis der Erstklägerin vor, die den klar erkennbaren Zweck verfolgt, Unternehmer, an die die Erstklägerin „Angebote“ für ihr „Firmenverzeichnis Wien“ versendet, vor einer damit verbundenen Irreführung zu warnen.

Anlass dafür war die Versendung eines „Eintragungsantrags“ für ein „Firmenverzeichnis Wien“ in Form der Beilage ./1 an verschiedene Unternehmen. Aufgrund des unzureichenden Hinweises auf den bloßen Angebotscharakter verstieß diese Vorgangsweise insoweit gegen § 28a Abs 1 UWG.

Zwar stellt der Beklagte in seinem Artikel in hervorgehobenen Absatzüberschriften auch die Frage, ob in einem solchen Fall Betrug vorliegt, doch wird aus der umfassenden und abwägenden Beurteilung der Stellungnahme

des Beklagten zu dieser Frage deutlich, dass deren Beantwortung einer Bewertung zahlreicher Umstände und letztlich einer Beurteilung durch das Gericht bedarf und sich für den Unternehmer deshalb empfiehlt, Unterlagen genau zu lesen, bevor er sie unterschreibt, weil sich auch aus dem „Angebot“ der Erstklägerin bei genauem Lesen durchaus ergibt, woran man ist.

Da der Beklagte in unmissverständlicher Weise zum Ausdruck bringt, dass er hier seine subjektive Überzeugung zum Ausdruck bringt und er auch die Grundlagen des Erkenntnisprozesses eingehend darstellt, liegt nach der Judikatur ein reines Werturteil vor (vgl 6 Ob 239/07a; RIS-Justiz RS00112210).

Angesichts des öffentlichen Interesses an der Lauterkeit des Geschäftsverkehrs hat der Artikel des Beklagten die Grenzen zulässiger Kritik nicht überschritten.

Zuletzt verweist der Rekurs zwar grundsätzlich zutreffend darauf, dass nach der oberstgerichtlichen Judikatur (6 Ob 178/04a) der Betreiber eines Online-Gästebuchs verpflichtet ist, Beiträge zu entfernen, wenn ihm eine Rechtsverletzung durch einen Beitrag bekanntgegeben wurde, wozu sich die Klägerinnen auf das Schreiben vom 28.7.2011 (Beilage ./I) beriefen, doch fehlt es dem Sicherungsantrag in diesem Punkt - worauf bereits verwiesen wurde - an der Bestimmtheit.

Der Rekurs ist daher insgesamt nicht berechtigt.

Der ordentliche Revisionsrekurs ist in Hinblick darauf nicht zulässig, dass nur Fragen des Einzelfalls zur Beurteilung standen, denen keine erhebliche Bedeutung im Sinn des § 502 Abs 1 ZPO zukommt (6 Ob 256/08b).

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41 und 50 ZPO

iVm § 393 Abs 1 EO.

Oberlandesgericht Wien
1016 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 2, am 28. Februar 2012

Dr. Klaus Dallinger
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG