

Äußerungsrechtlicher Unternehmensschutz
vor Herabsetzung und unwahrer Kritik
im Wettbewerbs- und Deliktsrecht

von

Andreas Gerards

Dissertation

zur Erlangung des Grades

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. jur.)

der Juristischen Fakultät

der Heinrich-Heine Universität in Düsseldorf

Gutachter: Prof. Dr. Jan Busche
Prof. Dr. Lothar Michael

Tag der mündlichen Prüfung: 05.03.2015

„[...] [das Recht] nämlich [...] kein Dasein für sich [hat], sein Wesen vielmehr [...] das Leben der Menschen selbst [ist], von einer besonderen Seite angesehen.“

Friedrich Carl von Savigny,
Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, S. 30.

Für meine Eltern

Inhaltsverzeichnis

1. Teil	Einleitung	10
1. Abschnitt	Der „gute Ruf“ und seine Bedeutung in der modernen Wirtschaftswelt	10
1. Absatz	Die Produktqualität als Imagemacher	11
2. Absatz	Prestige- und Exklusivitätsvorstellungen als „added value“	11
3. Absatz	Gang der weiteren Untersuchung	16
2. Abschnitt	Erscheinungsformen der Rufschädigung	17
1. Absatz	Potentielle Kommunikationswege	17
2. Absatz	Initiatoren der Rufschädigung	19
A)	Die Konkurrenz	19
B)	Wirtschaftsberichterstattungen in Massenmedien	19
C)	Wissenschaftliche Urteile	20
D)	Öffentliche Hand	21
E)	Sonstige Urheber gewerblicher Rufschädigungen	22
3. Absatz	Potentielle Opfer der geschäftsschädigenden Kritik	23
A)	Deliktsrecht	23
B)	Wettbewerbsrecht	24
4. Absatz	Methoden der rechtswidrigen Unternehmenskritik	25
A)	Die unwahre Tatsachenbehauptung	25
B)	Wahre Tatsachenbehauptung	26
C)	Herabsetzende und verunglimpfende Meinungsäußerungen	26
3. Abschnitt	Einführung in die relevanten Anspruchsgrundlagen	
	- Ein cursorischer Überblick -	28
1. Absatz	Wettbewerbsrecht	28
A)	§ 4 Nr. 7 UWG	28
1)	Anwendungsbereich und Tatbestandsvoraussetzungen	28
2)	Entstehungsgeschichte	29
B)	§ 6 II Nr. 5 UWG	30
1)	Anwendungsbereich und Tatbestandsvoraussetzungen	30
2)	Entstehungsgeschichte	30
C)	§ 4 Nr. 8 UWG	31
1)	Anwendungsbereich und Tatbestandsvoraussetzungen	31
2)	Entstehungsgeschichte	32
2. Absatz	Deliktsrecht	33
A)	§ 823 I BGB - eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb -	33
1)	Anwendungsbereich und Tatbestandsvoraussetzungen	33
2)	Entstehungsgeschichte	34
B)	§ 823 I BGB - das Unternehmenspersönlichkeitsrecht -	35

1) Anwendungsbereich und Tatbestandsvoraussetzungen	35
2) Entstehungsgeschichte	37
C) § 823 II BGB i.V.m. §§ 185 ff. StGB	38
D) § 824 BGB - Die Kreditgefährdung -	39
1) Anwendungsbereich und Tatbestandsvoraussetzungen	39
2) Entstehungsgeschichte	40
E) § 826 BGB	41
2. Teil Relevante Abwägungskriterien im äußerungsrechtlichen Unternehmensschutz sowie die Wertungsvorgaben des Bundesverfassungsgerichts	42
1. Abschnitt Einleitung	42
2. Abschnitt Grundrechte	42
1. Absatz Kursorischer Überblick über die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das Privatrecht	42
A) Unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte nach Nipperdey	43
B) Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte auf Basis der Lüth-Entscheidung des BVerfG	44
C) Auswirkungen der mittelbaren Drittwirkung auf den äußerungsrechtlichen Unternehmensschutz	46
1) Drittwirkungsintensität der Grundrechte im Zivilrecht	46
2) Grenzen der Drittwirkungsintensität der Grundrechte	48
3) Urteilsverfassungsbeschwerde und mittelbare Drittwirkung der Grundrechte	49
2. Absatz Meinungsfreiheit nach Art. 5 I S. 1 GG als äußerungsrechtliches Abwägungskriterium	50
A) Drittwirkungsintensität der Meinungsfreiheit	50
B) Schutzbereich der Meinungsfreiheit	51
1) Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit nach Art. 5 I S. 1 GG	51
2) Auslegung der Definitionsformel des Bundesverfassungsgerichts	52
3) Unternehmen als Grundrechtsträger der Meinungsfreiheit	53
4) Zwischenergebnis	54
C) Verfassungsmäßige Rechtfertigung und äußerungsrechtlicher Unternehmensschutz	55
1) Lauterkeitsrecht	55
2) Deliktsrecht	57
3. Absatz Die Pressefreiheit aus Art. 5 I S. 2 GG als äußerungsrechtliches Abwägungskriterium	57
A) Drittwirkungsintensität der Pressefreiheit	57
1) Institut freie Presse und öffentliche Aufgabe	57
2) Drittwirkungsintensität bei Berichterstattungen und Äußerungen von Presseunternehmen	59
B) Schutzbereich der Pressefreiheit des Art. 5 I S. 2 GG und Abgrenzung zur Meinungsfreiheit nach Art. 5 I Satz 1 GG	61
C) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung und äußerungsrechtlicher Unternehmensschutz	63

1) Wettbewerb	63
2) Deliktsrecht	63
a) Herabsetzende Werturteile	63
(i) Beschluss des ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 28.07.2004	63
(ii) Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 20.04.1984 (BVerfGE 60, 234 ff.)	67
b) (Unwahre) Tatsachenbehauptungen	68
4. Absatz Die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG als äußerungsrechtliches Abwägungskriterium	71
A) Drittwirkungsintensität der Berufsfreiheit	71
B) Schutzbereich der Berufsfreiheit nach Art. 12 I GG	72
C) Schutzbereich von Art. 12 I GG und äußerungsrechtlicher Unternehmensschutz	74
D) verfassungsrechtliche Rechtfertigung und äußerungsrechtlicher Unternehmensschutz	75
3. Abschnitt Das Prinzip des Leistungswettbewerbs	76
A) Grundkonzeption des Leistungswettbewerbs	77
B) Modifikationen des Grundkonzepts „Leistungswettbewerb“ und der europäische Liberalisierungsgedanke	79
1) Partiiell zulässiger Wettkampf der Konkurrenten zugunsten der Verbraucheraufklärung	79
2) Das moderne Verbraucherleitbild und die Entschließungsfreiheit der Konsumenten	80
3. Teil Wertungsvorgaben des Gesetzgebers im Spannungsfeld der unternehmensschädigenden Kritik	83
1. Abschnitt Herabsetzende Werturteile über Unternehmen	84
1. Absatz Lauterkeitsrechtliche Normen	84
2. Absatz Deliktsrechtliche Normen	87
A) § 823 I BGB	87
B) §§ 823 II i.V.m. § 185 StGB und § 826 BGB	88
2. Abschnitt Unwahre Tatsachenbehauptungen über Unternehmen	89
1. Absatz Lauterkeitsrechtliche Normen: § 4 Nr. 8 UWG	89
2. Absatz Deliktsrechtliche Normen	91
A) § 824 BGB	91
B) § 823 II BGB i.V.m. §§ 186 f. StGB	94
3. Abschnitt Wahre Tatsachenbehauptungen	95
4. Abschnitt Zusammenfassende Stellungnahme	96
4. Teil Wertungen der Zivilgerichtsbarkeit im äußerungsrechtlichen Unternehmensschutz	98
1. Abschnitt Deliktsrecht	98
1. Absatz Herabsetzende Werturteile	98
A) Fallgruppe „Selektive Einzelkritik“	98
1) Wertungsvorgaben durch die Legislative und das Bundesverfassungsgericht	99
a) Wertungsvorgaben des Bundesgesetzgebers	99
b) Wertungsvorgaben des Bundesverfassungsgerichts	99

2) Die Entwicklung der Zivilrechtsprechung - vom Gebot des schonendsten Mittels zum Verbot des extremsten Mittels	100
a) Die Constanze Doktrin des BGH und die objektive Erforderlichkeitsklausel	100
(i) Sachverhalt der Constanze-Entscheidung	100
(ii) Äußerungsrechtlich relevante Feststellungen des Bundesgerichtshofs	101
(iii) Stellungnahme	101
b) Relativierung des strengen Sachlichkeitsgebots durch BGHZ 36, 77 ff. - Waffenhändler und BGH NJW 1964, 29 ff. - Blinkfuer	103
c) Das Höllenfeuer-Urteil als bis heute unveränderte Basis der modernen, äußerungsrechtlichen Rechtsprechungspraxis	105
(i) Sachverhalt der Höllenfeuer-Entscheidung	105
(ii) Äußerungsrechtlich relevante Feststellungen des Bundesgerichtshofs	105
(iii) Stellungnahme	106
3) Von der Höllenfeurdogmatik abweichende, systemfremde Entscheidungen der Zivilgerichtsbarkeit	111
a) LG Köln AfP 2003, 81 ff.-„Gefälligkeitsstudie“	111
(i) Sachverhalt	111
(ii) Äußerungsrechtlich relevante Feststellungen des Landgerichts	111
(iii) Stellungnahme	112
b) BGH NJW 1999, 279 ff.- Unzulässige Äußerung einer Haftpflichtversicherung	114
(i) Sachverhalt	114
(ii) Äußerungsrechtlich relevante Feststellungen des Bundesgerichtshofs	114
(iii) Stellungnahme	114
4) Der Begriff und die Auslegung der Schmähkritik durch die Zivilgerichtsbarkeit	116
a) Bestimmung des Diffamierungsgrades einer Aussage	117
b) Nachprüfung eines Sachbezugs	118
c) Beispiele für Fehlinterpretationen der Schmähkritik in der Zivilrechtsprechung	119
(i) OLG Frankfurt ZUM 1992, 647 ff.	119
(ii) OLG Hamburg als Vorinstanz zu BGH WRP 2009, 631 ff.- „Fraport-Manila-Skandal“	120
(iii) BGH GRUR 1977, 801 ff. - Halsabschneider	120
(iv) BGH NJW-RR 1997, 105 ff.- Haifischknorpelpulver	121
5) Die Relevanz weiterer Kriterien bei der Abwägung zwischen Geschäftsehre und Kommunikationsgrundrechten	122
a) Das „Recht zum Gegenschlag“	122
b) Die Irrelevanz der Sozialmächtigkeit des Adressaten bzw. Kommunikators	124
c) Differenzierung zwischen den einschlägigen Kommunikationsgrundrechten	125
d) Satire und das Recht am Unternehmen	126
e) Gastronomiekritik	127
f) Kritik an Literatur, Musik und Theater	128
g) An Einzelbeispielen verdeutlichte Branchenkritik in Wirtschaftsberichterstattungen	129

6) Die Rechtsfigur des Unternehmenspersönlichkeitsrechts als Ausdruck des zivilgerichtlichen Strebens nach Adaption bekannter Rechtsgrundsätze	130
B) Fallgruppe „Waren-und Dienstleistungstests“	132
1) Wertungsvorgaben durch die Legislative und das Bundesverfassungsgericht	132
a) Wertungsvorgaben des Bundesgesetzgebers	132
b) Wertungsvorgaben des Bundesverfassungsgerichts	133
2) Der Waren-und Dienstleistungstest und seine herausragende volkswirtschaftliche Funktion als Basis für einen von der Höllenfeuerdogmatik abweichenden Ausgleich der Rechtspositionen	134
3) Der betriebsbezogene Eingriff als spezielle Grenze des Unternehmensschutzes vor unliebsamen Testberichterstattungen	136
C) Stellungnahme zur Zivilrechtsprechung bei herabsetzenden Werturteilen außerhalb des Wettbewerbsverhältnisses	138
2. Absatz Wahre Tatsachenbehauptungen	139
A) Wertungsvorgaben durch die Legislative und das Bundesverfassungsgericht	139
1) Wertungsvorgaben des Bundesgesetzgebers	139
2) Wertungsvorgaben des Bundesverfassungsgerichts	139
B) Die wahre, unternehmensbezogene Tatsachenbehauptung in der richterlichen Rechtsfortbildung	140
3. Absatz Unwahre Tatsachenbehauptungen	144
A) Wertungsvorgaben des Bundesgesetzgebers	144
B) Wertungsvorgaben des Bundesverfassungsgerichts	145
C) Zivilrechtliche Wertungen im Rahmen der Kreditgefährdung nach § 824 BGB	145
a) BGH AfP 1989, 456ff. – Filmbesprechung	149
b) BGH NJW 1978, 210ff. – Zahnpasta	150
c) BGH AfP 1987, 597ff. – pressemäßige Sorgfalt	150
d) BGH GRUR 1998, 167ff. – Restaurantführer	151
2. Abschnitt Lauterkeitsrecht	153
1. Absatz Herabsetzende Werturteile	153
A) Wertungsvorgaben des Bundesgesetzgebers im historischen Kontext	153
B) Wertungsvorgaben des Bundesverfassungsgerichts	155
C) Die Auslegung der Herabsetzung und Verunglimpfung gemäß §§ 4 Nr. 7 und 6 II Nr. 5 UWG durch die Zivilgerichtsbarkeit	156
1) Gebot der Sachlichkeit oder die Gradwanderung zwischen Informationsgewinn und manipulativer Einflussnahme	158
a) Die Schmähkritik als klassisches Beispiel für unsachliche, herabsetzende Werbeaussagen nach §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG	160
b) Irreführende tatsachenbezogene Werturteile über den Mitbewerber als unsachliche Herabsetzung der Konkurrenz i.S.v. §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG - Richterliche	

Richtigkeitskontrolle -	161
2) Die Herabsetzung nach §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG durch unangemessen abfällige und abwertende Bezugnahmen auf die (unbenannte) Konkurrenz	164
a) Der rein subjektive Bewertungsmaßstab und die divergierenden Auslegungstendenzen	164
b) Die Erforderlichkeit der kritischen Darstellungsweise zur Zweckerreichung	169
c) Der Einfluss von Sprachwitz, Satire und Ironie auf die rechtliche Würdigung wertender Konkurrenzkritik	170
d) Die Herabsetzung nach §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG und die Meinungsfreiheit aus Art. 5 I GG	174
e) Die Herabsetzung nach §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG und die Kunstfreiheit nach Art. 5 III GG	177
f) Unterschiedliche Abwägungskriterien bei § 4 Nr. 7 UWG und § 6 II Nr. 5 UWG	179
g) Differenzierung nach Produkttypen und Marktstärke des betroffenen Unternehmens	180
h) Abwehrvergleich/ Vorverhalten des kritisierten Mitbewerbers	181
3) Kritik an der Rechtsprechungspraxis zu §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG	183
a) Wertungsdifferenzen zwischen wettbewerbsrechtlichem und deliktsrechtlichem Unternehmensschutz vor herabsetzenden Werturteilen	183
b) Überwindung der Wertungsdifferenzen/Eigener Lösungsansatz	185
(i) Unzureichende Berücksichtigung der Drittwirkung der Meinungsfreiheit bei §§ 4 Nr. 7; 6 II Nr. 5 UWG	186
(ii) Liberalisiertes Verbraucherleitbild und der Rezipient als Schadensmittler	188
(iii) Höherer Grad an Rechtssicherheit	189
(iv) Entwicklungstendenzen des Lauterkeitsrechts in Bezug auf herabsetzende Werturteile	190
(v) Ökonomische Gefahr realitätsverzerrender Marketingschlachten	190
2. Absatz Herabsetzende, wahre Tatsachenbehauptungen und § 4 Nr. 7 UWG	191
3. Abschnitt Unwahre Tatsachenbehauptungen und § 4 Nr. 8 UWG - Die Anschwärzung in der Lauterkeitsrechtsprechung -	194
5. Teil Unternehmensschädigende Äußerungen des Staates: Die Produktwarnung - Ein kursorischer Überblick -	198
6. Teil Zusammenfassung und Fazit	204
LITERATURVERZEICHNIS	209

1. Teil Einleitung

1 Abschnitt Der „gute Ruf“ und seine Bedeutung in der modernen Wirtschaftswelt

Unter Wirtschaftswissenschaftlern, Wirtschaftsrechtlern, Psychologen und Praktikern ist man sich einig, dass die äußere Wertschätzung eines Unternehmens mit dessen Erfolg im globalen Wettbewerb in unmittelbarem Zusammenhang steht.¹ So geht Eugen Buß davon aus, dass das Image-Management zu den Schlüsselfaktoren von Organisationen im 21. Jahrhundert gehört.² Auf den Punkt bringt es ebenfalls der englische Wirtschaftswissenschaftler Mottram mit der Aussage:

*„[...] in future, the real competition will be between companies- between company reputations“.*³

Was genau den guten Ruf eines Unternehmens ausmacht und in wie fern er für den Erfolg einer Unternehmung ursächlich ist, gilt es im Folgenden genauer zu erläutern.

Für den Ausdruck „guter Ruf“ im Zusammenhang mit wirtschaftlichen Unternehmungen lassen sich in der juristischen, betriebswirtschaftlichen sowie populärwissenschaftlichen Literatur zahlreiche Synonyme finden. Häufig ist von der Geschäftsehre⁴, wirtschaftlicher Wertschätzung⁵, Reputation⁶ oder geschäftlichem Ansehen⁷ die Rede. Andere wiederum benutzen Wörter wie (Firmen)image⁸, Goodwill⁹ oder Corporate Image¹⁰ um ein und denselben sozialpsychologischen Vorgang zu beschreiben. Definiert wird stellvertretend für alle Synonyme das „Image“ in der Betriebswirtschaftslehre als die Gesamtheit an subjektiven Vorstellungen, die ein potentieller Konsument oder sonstige Persönlichkeiten des betrieblichen Umfeldes mit dem Unternehmen verbinden.¹¹ Das umfasst nicht nur die auf Tatsachen basierenden eigenen oder fremden Erfahrungen, sondern

¹Vgl. Götting, Wettbewerbsrecht, § 10 Rn. 1; BGH NJW 1984, 1607, 1608; Steinmeyer JZ 1989, 781, 784; Born AfP 2005, 110, 113; Rohnke GRUR 1991, 284, 287; Bierwirth, Die Führung der Unternehmensmarke, 1. Auflage 2003, S. 1 ff.; Herbst, Praxishandbuch Unternehmenskommunikation, 1. Auflage 2003, S.16; vgl. Interview mit Dr. Klaus Brandmeyer in: manager magazin, Ausgabe 2/04, S. 55.

² Vgl. Buß in: Buß/Fink-Heuberger, Image-Management, 1. Auflage 2000, S. 13.

³ Mottram, Branding the Corporation, in: Brands: The New Wealth Creators, Hart, S./Murphy J. 1. Auflage 1998, S. 64.

⁴ RegBegr. Bt-Drucks 15/1487 S. 18; Palandt BGB-Sprau § 824 Rn. 1; OLG Hamburg GRUR 2007, 206, 207; BGH NJW 1978, 210, 211; Janal NJW 2006, 870, 871; MK UWG-Jänich § 4 Nr. 7 Rn. 1; jurisPK UWG-Müller-Bidinger § 4 Nr. 7 Rn. 2 f.

⁵ Ingerl, MarkenG, § 14 Rn. 781; Staudinger BGB-Schäfer § 824 Rn. 2; Steinmeyer JZ 1989, 781, 784; Palandt BGB-Sprau § 824 Rn. 1.

⁶ Buß in: Buß/Fink-Heuberger, Image-Management, 1. Auflage 2000 S. 10; Simon, Goodwill und Markenstrategie, 1. Auflage 1985, S. 7; BGH NJW 1984, 1607, 1608 f.

⁷ GK UWG-Messer § 14 Rn. 10; Staudinger BGB-Schäfer § 824 Rn. 2.

⁸ Götting, Wettbewerbsrecht, § 10 Rn. 1; Herbst, Praxishandbuch Unternehmenskommunikation, 1. Auflage 2003, S.16; Bunte GRUR 1981, 397, 402.

⁹ Biel in Esch(Hrsg.), Moderne Markenführung, 3. Auflage 2001, S. 63; Born AfP 2005, 110, 111; Simon, Goodwill und Markenstrategie, S. 15; jurisPK BGB-Reichold § 824 Rn. 5; Steinmeyer JZ 1989, 781, 782.

¹⁰ Schneider, Corporate Identity orientierte Unternehmenspolitik, 1. Auflage 1991, S. 17 ff.; Simon, Goodwill und Markenstrategie, S. 15; Huber, Image, 2. Auflage 1990, S. 47.

¹¹ Schneider, Corporate Identity orientierte Unternehmenspolitik, 1. Auflage 1991, S. 20; Meffert, Marketing-Grundlagen der marktorientierten Unternehmensführung, 9. Auflage 2000, S. 847; Huber, Image, 2. Auflage 1990 S. 19; Buß in: Buß/Fink-Heuberger, Image-Management, 1. Auflage 2000, S. 34.

insbesondere auch eine Fülle von Eindrücken, Gefühlen und Impressionen, die teilweise stark von der objektiven Unternehmensidentität abweichen können. Dabei sind die Kriterien, die das geschäftliche Ansehen prägen, facettenreich und unterschiedlich.

1. Absatz Die Produktqualität als Imagemacher

Das Grundgerüst der positiven Firmenreputation bildet die individuelle Vorstellung von einer hohen Leistungsfähigkeit und Qualität der angebotenen Produkte und Dienstleistungen.¹² Ist diese Vorstellung überwiegend negativ geprägt, so wird dies das Kaufverhalten des Umworbenen beeinflussen und ihn in einem funktionierenden Wettbewerb die Angebotspalette eines Konkurrenten nahe bringen. So ist es einleuchtend, dass Aussagen, die die Funktionstauglichkeit, Haltbarkeit oder Sicherheit eines angebotenen Produktes in Frage stellen, negativen Einfluss auf den Ruf des Produktes und damit auch die herstellende Firma haben können. Die Aussage, das die Lenkerverkleidung eines Motorrades dessen Verkehrssicherheit beeinträchtigt¹³, oder eine Firma das angepriesene Produkt nicht rechtzeitig zu liefern vermag,¹⁴ ist ebenso geeignet dem Produzenten Absatzschwierigkeiten zu bescheren, wie das Werturteil, das es sich bei einem bestimmten Erzeugnis um den „Scheiß des Monats“ handelt.¹⁵

Es ist genau diese Qualitäts- und Zuverlässigkeitsvorstellung von einem spezifischen Produkt bzw. Unternehmen, die mit den klassischen, äußerungsrechtlichen Tatbeständen des § 824 BGB und § 14 UWG a.F. geschützt werden sollte. So nennt beispielsweise die Gesetzesbegründung zum UWG in der ersten Fassung des Reichstags von 1896 zum Tatbestand des § 6 UWG a.F. überwiegend Beispiele für unlautere Behauptungen der Konkurrenz, die die Leistungsfähigkeit des Mitbewerbers oder der Produkte in Frage stellen.¹⁶

2. Absatz Prestige- und Exklusivitätsvorstellungen als „added value“

Daneben tritt in der modernen Wirtschaftswelt noch eine andere Komponente, die den Firmenruf und damit den Absatzerfolg in entscheidender Weise beeinflusst: Der sog. „added value“.

Diese Facette des Images fußt zum einen auf der Feststellung, dass in einer weitestgehend globalisierten Wirtschaftswelt die gute Qualität des offerierten Produkts zum absoluten Markteintrittskriterium gehört und viele Erzeugnisse und Dienstleistungen sich trotz unterschiedlicher Herstellung und Unternehmenszugehörigkeit sowohl unter optischen Gesichtspunkten als auch ihren tatsächlichen Eigenschaften immer stärker angleichen.¹⁷ Man kann in diesem Zusammenhang gar von einer Überflutung der Märkte sprechen, indem durch die zunehmende Anzahl an Wettbewerbern die Marktpotenziale größtenteils ausgeschöpft sind.¹⁸

¹² So auch manager magazin, Ausgabe 02/08 (Imageprofile 2008) S.56: „Leistung macht Image“.

¹³ BGHZ 99, 167 ff.

¹⁴ BGH GRUR 1993, 572 - fehlende Lieferfähigkeit.

¹⁵ OLG München WRP 1996, 925.

¹⁶ Begründung zu den §§ 6 und 7 des UWG v. 1896, IV. Legislaturperiode 1895/ 1897, 1. Anlageband S. 106: „[...] Behauptungen wie, eine Fabrik sei durch Feuer zerstört, eine Kohlengrube von eindringenden Wassermassen betroffen, [...] ein Färber benutze giftige Stoffe oder eine Konservenfabrik bleihaltige Gefäße.“

¹⁷ Huber, Image, 2. Auflage 1990, S. 25 u. 41.

¹⁸ Buß in: Buß/Fink-Heuberger, Image-Management, 1. Auflage 2000 S. 33; Herbst, Praxishandbuch Unternehmenskommunikation, 1. Auflage 2003, S. 14 f.

Das untermauern zahlreiche Blindtests¹⁹ durch Marktforschungsinstitute, die belegen, dass Verbraucher nach Entfernung der Produktinformationen nicht in der Lage sind, spontan beispielsweise die von Ihnen favorisierte Zigarettenmarke, Biermarke, ein Waschmittel oder den Klang ihrer Lieblingshifianlage zu erkennen. Einhergehend hat die Wirtschaftspsychologie schon vor langem festgestellt, dass die Käuferentscheidung neben rationalen Gesichtspunkten wie Qualität, Funktionalität und Nützlichkeit zusätzlich von irrationalen, subjektiven Aspekten bestimmt wird.²⁰

Dieses Verhalten des Konsumenten scheint gerade dann verstärkt aufzutreten, wenn die objektive Differenzierung zwischen den Erzeugnissen und Dienstleistungen schwieriger wird.²¹ So geben Großunternehmen, der Mittelstand als auch kleinere Betriebe jährlich immense Summen für Marketing aus, so dass sie imstande sind, um ihre Produkte, Unternehmen und Marken - fernab von der reinen Warenqualität - eine Scheinidentität zu erschaffen, mit der sich der überforderte Verbraucher identifizieren kann.²²

Der Konsument ist unter diesen Marktbedingungen auf der Suche nach einem dauerhaften Vertrauens- Orientierungs- und Identifikationsanker²³, der ihm eine uneingeschränkte Verlässlichkeit gegenüber einer Firma oder einem Produkt suggeriert, um sich nicht mit zeitaufwendigen Leistungsvergleichen auseinandersetzen zu müssen.²⁴ Hinzu kommt der Wunsch, sich durch die Benutzung der jeweiligen Erzeugnisse oder Dienstleistungen, die damit assoziierten Werte auf gesellschaftlicher Ebene zu Eigen machen zu können.²⁵

Als gutes Beispiel für einen nicht unmittelbar Erzeugnis bezogenen Imageaufbau dient die durch den ehemaligen Vizepräsident der Vereinigten Staaten von Amerika, Al Gore, und dessen Dokumentarfilm „*An Inconvenient Truth*“ im Jahre 2006 vorantriebene weltweite Klimaschutz- und Ökologiebewegung, die in Deutschland durch den in Heiligendamm abgehaltenen G8-Gipfel und die weltweit übertragenen „live earth“ - Konzerte ihren ersten Höhepunkt fand.

Weit über die Grenzen CO²-lastiger Produkthersteller und Dienstleister, wie Energieversorger oder die Schwerindustrie hinaus, versuchen Firmen ihre Unternehmenspersönlichkeit an das neue Ökologiebewusstsein des Durchschnittskonsumenten anzupassen.²⁶ So wirbt zum Beispiel der Textilhersteller Diesel in einer Werbekampagne damit, dass seine Ware „global warming ready“ sei.²⁷ Tchibo arbeitet an seinem grünen Image,

¹⁹ Herbst, Praxishandbuch Unternehmenskommunikation, 1. Auflage 2003, S. 14f; Huber, Image, 2. Auflage 1990, S. 39.

²⁰ Schneider, Corporate Identity orientierte Unternehmenspolitik, 1. Auflage 1991, S. 17f; Werth, Psychologie für die Wirtschaft, 1. Auflage, S. 106.

²¹ Huber, Image, 2. Auflage 1990, S. 25.

²² So auch Götting, Wettbewerbsrecht, § 6 Rn. 17: „Gerade im Zusammenhang mit bekannten Marken wird ein Image kreiert und ein „immaterieller Zweitnutzen“ stilisiert, der Attribute eines bestimmten Lifestyles vermittelt und sich weitgehend von einem unmittelbaren Produktbezug löst.“

²³ Bierwirth, Die Führung der Unternehmensmarke, 1. Auflage 2003 S. 1; Meffert, Marketing-Grundlagen der marktorientierten Unternehmensführung, 9. Auflage 2000, S. 847 ff.; Biel in: Esch (Hrsg.), Moderne Markenführung, 3. Auflage 2001, S. 69; Buß in: Buß/Fink-Heuberger, Image-Management, 1. Auflage 2000, S. 34.

²⁴ Simon, Goodwill und Marketingstrategie, 1. Auflage 1985.

²⁵ Brandeins, Ausgabe 07/07 S. 60, „Gut aussehen und Gutes tun“, Interview mit Versandhauschef Michael Otto; Meffert, Marketing-Grundlagen der marktorientierten Unternehmensführung, 9. Auflage 2000, S. 847; Biel in: Esch (Hrsg.), Moderne Markenführung, 3. Auflage 2001, S. 69.

²⁶ Werben & Verkaufen Innovation, Ausgabe 2/2007, S. 4- 8, „Alles wird grün“.

²⁷ Textilwirtschaft, Ausgabe Nr. 23/2007, S. 19ff, „Klimaschutz kommt in Mode“.

indem es öffentlichkeitswirksam untersuchen lässt, wie die CO²- Emissionen zwischen Herstellung und Verkauf systematisch reduziert werden können.²⁸ Der Sportartikelhersteller Nike verspricht, dass die Gebäude des Unternehmens bis zum Jahre 2011 klimaneutral sein werden.²⁹ Die deutsche Automobilindustrie, die die Entwicklung der ersten Generation von umweltfreundlichen Hybridmotoren im Gegensatz zur asiatischen Konkurrenz verpasst hat, wirbt im Februar 2007 - hier BMW - mit der Entwicklung von noch nicht im Detail vorhandenen Technologien mit dem Werbeslogan:

“Man darf nie aufhören über Energie nachzudenken.“³⁰

Weiterhin wirbt die Biermarke Krombacher schon im Jahre 2002 damit, dass durch den Kauf eines Bierkastens ihres Unternehmens 1m² des tropischen Regenwaldes vor der Abrodung und Ausbeutung gerettet werden könne.³¹ Ein weiteres Beispiel für Reputationsaufbau, losgelöst von der reinen Produktqualität, ist die juristisch umstrittene Benettonkampagne „HIV-Positive“³², mit der das Unternehmen versuchte, durch das Aufgreifen gesellschaftspolitischer Problemfelder, das Vertrauen des Konsumenten zu gewinnen und soziales Verantwortungsbewusstsein auszustrahlen. In diesem Zusammenhang stellt das Bundesverfassungsgericht fest, dass produktunabhängige Imagewerbung sich als eine Art Marketingstrategie in der deutschen Marktwirtschaft eingebürgert habe und prinzipiell nicht geeignet sei den Mitbewerber zu belasten.³³

Gerade diese Art der Marketingstrategie, bei der neben dem Erzeugnis ein Gesamtkonzept an Unternehmens- bzw. Produktpersönlichkeit und -philosophie als Mehrwert verkauft wird, scheint besonders effizient zu sein. Es schafft starke Marken, in denen sich die Reputation und das Image des Unternehmens widerspiegeln³⁴. Wie hoch der Wert von starken Marken am Markt ist, zeigt die Veröffentlichung der US-Beratungsgesellschaft Interbrand, die jährlich die „Best Global Brands“ zu ermitteln versucht.³⁵ Danach hat der Dauersieger Coca Cola einen Markenwert von 65,32 Mrd. US-Dollar, verfolgt von Microsoft und IBM mit 58,70 Mrd. bzw. 57,09 Mrd. US-Dollar.

Auf diese Weise erklärt sich auch, dass Unternehmen zum Teil zu wesentlich höheren Summen veräußert werden als ihr reiner Bilanzwert vermuten lässt.³⁶ Es ist gar davon auszugehen, dass wenn alle materiellen Vermögenswerte eines renommierten Unternehmens vernichtet würden, allein der Verkauf der Marke und damit des Produktimages als Vertrauens- und Identifikationanker hohe Summen einbringen würde.³⁷ Denn der gute Ruf ist nicht nur ausschlaggebend für die Kaufentscheidung eines Konsumenten. Daneben beeinflusst er das Agieren eines Unternehmens am Markt auch noch an anderen entscheidenden Stellen: So prägt ein positives Fir-

²⁸ Vgl. Textilwirtschaft, Ausgabe Nr. 23/2007, S. 22.

²⁹ Vgl. Textilwirtschaft, Ausgabe Nr. 23/2007, S. 23.

³⁰ Vgl. Brandeins, Ausgabe 06/2007, S. 22- 30 „Freude am Sparen“.

³¹ BGH NJW 2007, 919 ff. - Regenwaldprojekt I.

³² BVerfG GRUR 2001, 170 ff. - Schockwerbung.

³³ BVerfG NJW 2001, 591, 593.

³⁴ Bierwirth, Die Führung der Unternehmensmarke, 1. Auflage 2003, S. 2.

³⁵ Abgedruckt in Handelsblatt Nr. 143 am 27.07.2007, S. 14.

³⁶ Biel in Esch(Hrsg.), Moderne Markenführung, 3. Auflage 2001, S. 63; Meffert, Marketing-Grundlagen der marktorientierten Unternehmensführung, 9. Auflage 2000, S. 849.

menbild auch das Verhalten der Aktionäre einer Aktiengesellschaft,³⁸ schafft Vorteile bei dem Wettstreit um die besten zukünftigen Führungskräfte³⁹, erleichtert die Suche nach preisgünstigen Krediten und zieht interessante Investoren an.⁴⁰ Daneben ist unbestritten, dass ein hohes geschäftliches Ansehen auch höhere Produktpreise ermöglicht⁴¹ und die Langzeitmotivation der Arbeitskräfte fördert.⁴²

Zunächst ein Vorstellungsbild von einem Gewerbe bzw. gewerblichen Erzeugnis in den Köpfen von Menschen zu kreieren, kann auch mit Hilfe kurzfristiger, außergewöhnlich einprägsamer Werbekampagnen erreicht werden. Dieses jedoch in einer informationsüberladenen, schnelllebigen Gesellschaft dauerhaft zu verankern, kostet viel Geld, Zeit und Arbeitsaufwand.⁴³ Teilweise wird sogar davon ausgegangen, dass ein mit Konsumentenvertrauen verknüpfter Verfestigungsprozess mehrere Jahre, wenn nicht sogar Jahrzehnte dauern kann.⁴⁴ Einhergehend besteht ständig die Gefahr, dass negative Schlagzeilen, unwahre oder wahre Gerüchte sowie verbale Entgleisungen aus dem Unternehmensumfeld das einmal geschaffene Unternehmensimage in seiner dargestellten Komplexität angreifen oder sogar zusammenbrechen lassen. Denn bei negativen Einflüssen auf das einmal geschaffene „Bildnis im Kopf“ neigt der Kunde aufgrund des allgemeinen Angebotsüberflusses zur Risikovermeidung und entscheidet sich fortan für die ähnlich leistungsstarken Konkurrenzprodukte. Selbst wenn Unternehmen mit einer verhältnismäßig hohen wirtschaftlichen Wertschätzung, die schon für längere Zeit das Vertrauen der Nachfrager genießen, häufig eine zweite Chance bekommen.⁴⁵ So ist beispielsweise zweifelhaft, wie die bei Produkten für Kinder grundsätzlich äußerst kritische Kundschaft auf die gefahrenbedingte Rückrufaktionen von mehr als 18 Millionen Kinderspielzeugen der Marke Mattel langfristig reagieren wird. Während die Presse davon ausging, dass im Weihnachtsgeschäft 2007 anstelle von Plastikpuppen des betroffenen Unternehmens wieder mehr Holzspielzeug veräußert wird⁴⁶, versuchte Mattel selbst eine negative Imagekehrwende durch großflächige Vertrauenswerbung in den Printmedien⁴⁷ abzuwenden.

Wie schwer eine „Wiedergutmachungsaktion“⁴⁸ zur Verbesserung des angeschlagenen Ansehens sein kann, hat auch der Automobilhersteller Volkswagen nach der öffentlichkeitswirksamen Aufdeckung der Schmiergeld- und Betriebsratsaffäre im 2. Halbjahr 2005 feststellen müssen. Nach der vom manager magazin im zweijährigen Abstand durchgeführten Befragung von etwa 2500 Führungskräften zum Image deutscher Großunterneh-

³⁷ Vgl. Buß in: Buß/Fink-Heuberger, Image-Management, 1. Auflage 2000 S. 13.

³⁸ Bierwirth, Die Führung der Unternehmensmarke, 1. Auflage 2003, S. 4; vgl. auch Herbst, Praxishandbuch Unternehmenskommunikation, 1. Auflage 2003, S. 97.

³⁹ Drosten, Absatzwirtschaft 2000, H.6, S. 12- 18, „war for talents“; Soergel BGB-Beater § 823 Anh V Rn. 79.

⁴⁰ Buß in: Buß/Fink-Heuberger, Image-Management, 1. Auflage 2000 S. 13.

⁴¹ Meffert, Marketing-Grundlagen der marktorientierten Unternehmensführung, 9. Auflage 2000, S. 848.

⁴² Vgl. Buß in: Buß/Fink-Heuberger, Image-Management, 1. Auflage 2000 S. 12.

⁴³ Vgl. Huber, Image, 2. Auflage 1990, S. 45.

⁴⁴ Herbst, Praxisbuch Unternehmenskommunikation, 1. Auflage 03, S. 101; Simon, Goodwill und Marketingstrategie, 1. Auflage 1985, S. 8; Huber, Image, 2. Auflage 1990, S. 27.

⁴⁵ Biel in Esch (Hrsg.), Moderne Markenführung, 3. Auflage 2001, S. 68.

⁴⁶ Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung vom 09.09.2007, Ausgabe Nr. 36, S. 47.

⁴⁷ Ganzseitige Werbeanzeige beispielhaft in der Westdeutschen Allgemeinen Zeitung vom 15.08.2007; dort heißt es: „Zwei Dinge, die Mattel am wichtigsten sind: die Sicherheit der Kinder, die mit unseren Spielzeugen spielen, sowie das fortwährende Vertrauen der Eltern, die diese Spielzeuge kaufen.“

⁴⁸ Schneider, Corporate Identity orientierte Unternehmenspolitik, 1. Auflage 1991, S. 22.

men belegte der VW-Konzern im Jahre 2004 noch den 11. von insgesamt 171 vergebenen Plätzen und erreichte damit die Gesamtbewertungsklasse „sehr gut“⁴⁹. In der Befragung im Anschluss an die Konzernkrise im Jahre 2006 befand sich das Unternehmen nur noch auf Platz 76 und erreichte lediglich die Note „durchschnittlich“⁵⁰.

Derartige Einbußen der Geschäftsehre, die in den vorangegangenen Beispielen vorwiegend auf unternehmensinternen Managementfehlern und die sich anschließende Aufklärung der Öffentlichkeit beruhen, können im kleinen wie im großen Ausmaß ebenfalls durch rufschädigende Äußerungen über einen gewerblichen Betrieb hervorgerufen werden.

Wird ein Unternehmen beispielsweise gegenüber Dritten entgegen der Wahrheit die Produktion von Plagiaten vorgeworfen⁵¹, der illegalen Einführung von Reptilienleder bezichtigt⁵², als Halsabschneider⁵³, einstige Hehlerbude⁵⁴ oder Schwindelfirma⁵⁵ beschimpft, so sind diese Äußerung abhängig von der Seriosität des Aussagenden und der Größe des Adressatenkreises ebenfalls geeignet, dem geschäftlichen Ansehen des betroffenen Betriebs außerordentlich zu schaden und erhebliche Umsatzeinbußen zu verursachen. Das bedeutet, dass im Einzelfall der Glaube an ein Unternehmen bis hin zu seiner wirtschaftlichen Existenz durch pures Gerede - ob fahrlässig oder vorsätzlich geäußert - ernsthaft erschüttert werden kann.

Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, dass angesichts der zunehmenden Vielschichtigkeit des Unternehmensimages, der Wandelbarkeit des Konsumentenverhaltens und der nachweislichen Abhängigkeit zwischen Unternehmensreputation und Umsatzzahlen, die moderne Wirtschaft einer klaren juristischen Handhabung gegenüber (un-)wahren Tatsachenbehauptungen und herabsetzenden Werturteilen durch Wettbewerber und Dritte bedarf.

Dabei sind im Äußerungsrecht neben dem notwendigen Schutz der Geschäftsehre auch weitere schützenswerte Rechtsgüter - überwiegend sogar mit Verfassungsrang - zu beachten. So kann sich der Kritiker auch bei Äußerungen mit kommerziellem Hintergrund, die wahre Tatsachenbehauptungen oder Werturteile darstellen, auf die Meinungsfreiheit nach Art. 5 I S. 1 GG berufen.⁵⁶ Abhängig von dem beruflichen Umfeld und dem Kontext der Kundgabe kann ebenfalls die Pressefreiheit nach Art. 5 I S. 2 GG⁵⁷, die Wissenschafts-⁵⁸ und Kunstfreiheit⁵⁹

⁴⁹ manager magazin vom 23.01.2004, Ausgabe 2/ 2004, S. 55 f.

⁵⁰ manager magazin vom 20.01.2006, Ausgabe 2/ 2006, S. 74 ff.

⁵¹ BGH NJW-RR 1991, 1517 ff.

⁵² OLG Köln VersR 1992, 707.

⁵³ BGH GRUR 1977, 801 ff.

⁵⁴ OLG Wien ÖBl. 1991, 58 ff.

⁵⁵ RGZ 101, 335.

⁵⁶ Stellvertretend BVerfG GRUR 2001, 170, 172; BGHZ 65, 325, 331- Warentest II; Götting, Wettbewerbsrecht, § 1 R. 24 ff.; Boesche, Wettbewerbsrecht, Rn. 361 ff.; Köhler/Bornkamm UWG-Köhler, § 4, Rn. 7.16 u. 7.18.

⁵⁷ Stellvertretend BGH NJW 2002, 1192, 1193; OLG Karlsruhe NJW 1996, 1140, 1141; Ba/Ro BGB-Spindler § 823 Rn. 129; Harte/Henning UWG-Omels § 4 Nr. 7 Rn. 14.

⁵⁸ OLG Köln MDR 1984, 231; Ba/Ro BGB-Spindler § 824 Rn. 15; Erman BGB-Schiemann § 824 Rn. 3.

⁵⁹ BGH WRP 2005, 896, 898 f. - Lila Postkarte; Palandt BGB-Sprau § 824 Rn. 9; Ruess WRP 2002, 1376, 1380

nach Art. 5 III GG und/oder die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG⁶⁰ einschlägig sein. Daneben ist zusätzlich dem Interesse des Verbrauchers an sachgerechten Marktinformationen⁶¹ Beachtung zu schenken. Ferner sind im Lauterkeitsrecht die Grundsätze eines fairen und gerechten Leistungswettbewerbs in Betracht zu ziehen.

Wie sich die Geschäftsehre nach dem Willen des Gesetzgebers in dieses Spannungsfeld unterschiedlichster Rechtsgüter einfügt und von der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Einzelfall bewertet wird, soll Hauptgegenstand der nun folgenden Ausführungen sein.

3. Absatz Gang der weiteren Untersuchung

Im weiteren Verlauf des *Teil 1* dieser Untersuchung werden nunmehr die Erscheinungsformen der Rufschädigung in der Wirtschaftswelt herausgearbeitet und die relevanten Anspruchsgrundlagen des äußerungsrechtlichen Unternehmensschutzes aus dem Delikts- und Wettbewerbsrecht einleitend dargestellt.

In *Teil 2* dieser Untersuchung werden zunächst die einschlägigen Abwägungskriterien im äußerungsrechtlichen Unternehmensschutz aufgezeigt und durch eine Darstellung der Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht ergänzt. Ferner werden die zum Teil fragmentarischen Abwägungsvorgaben des Bundesverfassungsgerichts dargelegt.

In *Teil 3* dieser Untersuchung werden die äußerungsrechtlich relevanten Vorgaben des Privatrechtsgesetzgebers unter Berücksichtigung der Wertungen des Bundesverfassungsgerichts erläutert. Hier erfolgt bereits eine erste Gegenüberstellung der Rechtslage im Wettbewerbs- und Deliktsrecht. Auch werden die Unterschiede bei der gesetzgeberischen Wertung von Tatsachenbehauptungen und Werturteilen aufgezeigt.

In *Teil 4* dieser Untersuchung wird ausführlich auf die einschlägigen zivilrechtlichen Rechtsprechungsgrundsätze, ihren Ursprung sowie ihre Entwicklung eingegangen. Ferner wird die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Vorgaben untersucht. Schließlich werden die deliktsrechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Beurteilungen von unternehmenskritischen Äußerungen gegenübergestellt und Kritik an der Rechtsprechung des Lauterkeitsrechts geübt.

In *Teil 5* dieser Untersuchung erfolgt ein Exkurs und Vergleich der zuvor dargelegten Rechtsgrundsätze mit der Rechtslage bei unternehmensschädigender Kritik des Staates in Form der Produktwarnung. Die abschließende, zusammenfassende Stellungnahme in *Teil 6* rundet die Bearbeitung ab.

⁶⁰ MK UWG-Jänich § 4 Nr. 7, Rn. 17.

⁶¹ BGH NJW 1976, 620, 622 - Warentest II; BGH NJW 1966, 2010, 2011 - Teppichkehrmaschine.

2 Abschnitt Erscheinungsformen der Rufschädigung

1. Absatz Potentielle Kommunikationswege

Das Vorliegen einer Rufschädigung setzt die Übermittlung von konkreten Vorstellungen und Informationen auf zumindest eine dritte Person voraus. Das gilt im Rahmen von Tatsachenbehauptungen im gleichen Maße wie bei Werturteilen.⁶²

Das Wort „Äußerung“ wird in der Sprachwissenschaft als ausgesprochenes Wort, Bemerkung oder Stellungnahme definiert.⁶³ Insofern liegt es nahe, dass unternehmensbezogene Rufschädigungen, vergleichbar mit den Äußerungsdelikten im Strafrecht⁶⁴, oft durch das gesprochene Wort übermittelt werden.⁶⁵ Ob fernmündlich oder zwischen anwesenden Gesprächspartnern, ob gegenüber einem begrenzten oder unbegrenzten Adressatenkreis; auf diesem Kommunikationsweg lassen sich Herabsetzungen, Verunglimpfungen und rechtswidrige Behauptungen über ein Unternehmen nachhaltig und anschaulich mitteilen. Denn gerade bei der mündlichen Übermittlungsform kann der Kommunikator durch rhetorische Mittel, den Gesamtkontext seiner Aussage, sowie dem ihm entgegengebrachten Grundvertrauen den rufschädigenden Inhalt über die objektive Aussagekraft hinaus verstärken. Dies ist etwa dann der Fall, wenn ein Expertenteam öffentlich die Werbeversprechen der Kosmetikbranche kritisch beäugt⁶⁶ oder in einer Fachsendung mit dem Titel „made in germany“ die angeblich nachlassende Qualität deutscher Waren am Beispiel einer Teppichkehrmaschine verdeutlicht werden.⁶⁷

Daneben kommt für diffamierende und unwahre Äußerungen auch immer die schriftliche Mitteilung als Kommunikationsweg in Betracht.⁶⁸ Neben Veröffentlichungen in Printmedien wird diese Form der Kundgabe insbesondere in klassischen Geschäftsbriefen oder E-Mails zwischen Geschäftspartnern zu unternehmensschädigenden Aussagen verwendet.⁶⁹ In der näheren Vergangenheit sind auch diffamierende Veröffentlichungen auf Internetseiten oder in Internetforen Gegenstand zivilgerichtlicher Urteile gewesen.⁷⁰

Über diese beiden häufig auftretenden Kundgabearten hinaus ist auch die nonverbale Kommunikationsform als Medium der Geschäftsehrverletzung zu beachten. Denn Äußerung definiert sich neben dem bereits Dargelegten auch noch als sichtbares Zeichen oder Ausdruck von etwas.⁷¹ So können auch die in einer Abbildung ent-

⁶² Anlehnend an die Lehre vom Zugang von Willenserklärungen nach § 130 BGB ist die unwahre Tatsachenbehauptung schon dann in Umlauf gebracht, wenn zumindest ein Dritter die Möglichkeit zur Kenntnisnahme hat; vgl. jurisPK-UWG Müller-Bidinger § 4 Nr. 8 Rn. 18; MK BGB-Wagner § 824 Rn. 30; auch bei Werturteilen wird angesichts der geschützten Geschäftsehre nur die Kundgabe an einen Dritten zur Verwirklichung der einschlägigen Tatbestände ausreichen; vgl. Ohly/Sosnitza UWG-Ohly § 4 Rn. 7/13 ff.

⁶³ Kunkel-Razum, Duden, deutsches Universalwörterbuch, 6. Auflage 2007.

⁶⁴ MK StGB-Regge/Pegel § 185 Rn. 8; Maurach/Schroeder/Maiwald, S BT Band 1, § 25 II Rn. 12 ff.; LK StGB-Herdegen § 185 Rn. 15.

⁶⁵ Harte/Henning UWG-Omels § 4 Nr. 7 Rn. 17; Köhler/Bornkamm UWG-Köhler § 4 Rn. 7.14; Ohly/Sosnitza UWG-Ohly § 4 Rn. 7/15; JurisPK UWG-Müller-Bidinger § 4 Nr. 7 Rn. 32.

⁶⁶ BGH NJW 1970, 187 ff. - Hormoncreme.

⁶⁷ BGH NJW 1966, 2010 ff. - Teppichkehrmaschine.

⁶⁸ Köhler/Bornkamm UWG-Köhler § 4 Rn. 8.18; jurisPK UWG-Müller-Bidinger § 4 Nr. 7 Rn. 32.

⁶⁹ Vgl. BGH GRUR 1964, 392 ff.; Hier hatte ein Mitbewerber mittels einer Tageszeitung spezifische Konkurrenzprodukte als „Schwindelmittel“ bezeichnet; vgl. auch BGH GRUR 1992, 860 ff. für ein Schreiben an den Industrie-Verband Stahl e.V und die darin enthaltenden geschäftsschädigenden Behauptungen über ein anderes Vereinsmitglied.

⁷⁰ BGH WRP 2009, 631 ff. - Fraport-Manila-Skandal; OLG Hamburg WRP 2012, 485 ff.

⁷¹ Kunkel-Razum, Duden, deutsches Universalwörterbuch, 6. Auflage 2007.

haltenen und für den durchschnittlichen Betrachter erkenntlichen Angaben und Informationen eine spezifische Geschäftsehrverletzung enthalten.⁷² Zeigt beispielsweise ein Foto neben dem eigenen Produkt das Gaststätten-Bahnhofs- oder Arbeitsplatzurinal der Konkurrenz als verstopft mit der Beschilderung „defekt“, so kann dies auch ohne weitere Angaben eine Herabsetzung begründen.⁷³ Ebenso ist in der Darstellung eines unzufriedenen und niedergeschlagenen Telefonkundens, der mit der Werbefarbe der Konkurrenz in Zusammenhang gebracht wird, ein wettbewerbswidriges Verhalten erkannt worden.⁷⁴

In der Wirtschaftswerbung ist häufiger anzutreffen, dass gerade die Kombination aus Abbildung bzw. bewegten Bildern und dem dazugehörigen Werbeslogan ein herabsetzendes Werturteil oder eine unwahre Tatsachenbehauptung über ein Konkurrenzprodukt darstellen. Exemplarisch kann hier das Bildnis eines Stachelschweins mit der Bemerkung: „Fühlen sich manche Toilettenpapiere nicht ein bisschen steif an?!“ angeführt werden.⁷⁵

Zusätzlich zu Abbildungen gehören auch Handlungen oder Gesten zu den Mitteln nonverbaler Kommunikation und können sich dementsprechend ebenfalls als Träger von Rufschädigungen erweisen.⁷⁶ Entfernt der Konkurrent im Rahmen von Reparatur- oder Wartungsdienstleistungen Bestandteile des Produktes um dieses unzuverlässiger oder gar unbrauchbar zu machen, so kann in dieser reinen Handlung neben der gezielten Behinderung i.S.v. § 4 Nr. 10 UWG auch eine Herabsetzung des Mitbewerbers liegen.⁷⁷ Die im Strafrecht beachtlichen, ehrverletzenden Gesten wie beispielsweise der „Scheibenwischer“⁷⁸, das Tippen an die Stirn⁷⁹ oder der „Stinkefinger“⁸⁰ können im Bezug auf Wirtschaftsunternehmen ebenfalls wettbewerbsrechtlich oder deliktsrechtlich relevant werden.

Damit ist zusammenfassend festzustellen, dass im äußerungsrechtlichen Unternehmensschutz auch in Übereinstimmung mit den Definitionsversuchen zum Schutzbereich der Meinungsfreiheit nach Art. 5 I GG⁸¹ alle denkbaren Kommunikationswege einer äußerungsrechtlichen Überprüfung offen stehen.

Dies lässt sich insbesondere auch im Hinblick auf den Sinn und Zweck des Geschäftsehrschutzes erklären. Denn losgelöst von der Art und Weise der Informations- und Gedankenübermittlung ist der mögliche Schaden des betroffenen Unternehmens in erster Linie von der -wie auch immer gearteten- Wahrnehmung und Reaktion der Rezipienten abhängig.

⁷² ÖOHG ÖBl 2000, 263 ff.; Ohly/Sosnitza UWG-Ohly § 4 Rn. 7/15; Köhler/Bornkamp UWG- Köhler § 4 Rn. 7.14.

⁷³ OLG Hamburg WRP 1999, 355 ff.

⁷⁴ OLG Köln NJWE-WettbR 1999, 277.

⁷⁵ OLG Frankfurt GRUR-RR 2005, 137 ff.

⁷⁶ Köhler/Bornkamp UWG-Köhler § 4 Rn. 7.14.

⁷⁷ Vgl. BGH GRUR 1972, 558 ff. - Teerspritzmaschinen; Ohly/Sosnitza UWG-Ohly § 4 Rn. 7/15.

⁷⁸ Vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 01. Juni 2005, 1 U 1161/04, juris-Rn. 19 ff. .

⁷⁹ OLG Düsseldorf NJW 1960, 1072 ff.

⁸⁰ OLG Düsseldorf VRS 1982, 121.

⁸¹ Art. 5 I S. 1 GG nennt zwar explizit nur „Wort, Schrift und Bild“ als Kundgabemodalitäten, umfasst vom Schutz vor staatlichen Eingriffen werden aber auch sonstige nonverbale Kommunikationswege wie Gesten und

2. Absatz Initiatoren der Rufschädigung

Vielfältige wirtschaftliche Kontakte und Beziehungen sind in einem modernen Geschäftsumfeld für den dauerhaften Erfolg von wirtschaftlichen Unternehmungen unabdingbar. Das betrifft die Beschaffung von Informationen über neue Kundenwünsche, mögliche neue Ressourcenallokationen und Lieferantenkontakte gleichermaßen wie Verbindungen zu kreditgebenden Banken oder Genehmigungen erteilende Behörden. Angesichts dieser unterschiedlichen Kommunikationsebenen eines Betriebs und vielfältigen gesellschaftlichen Berührungspunkten verwundert es nicht, dass sich die Urheber herabsetzender Werturteile oder rechtswidrige Tatsachenbehauptungen in den verschiedenartigsten (geschäftlichen) Bereichen finden lassen.

A) Die Konkurrenz

Beim Kampf um Marktanteile ist die Hemmschwelle zur rechtswidrigen, herabsetzenden Äußerung in Bezug auf den direkten, wirtschaftlichen Kontrahenten niedrig. Als typische Ausdrucksform ist hier auf die für eine breite Öffentlichkeit bestimmte Werbung im Fernsehen, Rundfunk oder Printmedien zu verweisen. Dabei sind pauschale Herabsetzungen der Mitbewerber bei der vergleichenden Werbung wie „die einen erfinden und die anderen plappern nach“⁸² oder dagegen ist alles andere eben nur Zahnpasta⁸³ ebenso geläufig wie die konkrete Rufschädigung eines individualisierten Konkurrenten.⁸⁴

Neben rechtswidrigen Kundgaben gerichtet an unbestimmte Personenkreise sind auch Fälle, in denen Mitbewerber gezielt gegenüber spezifizierten Personen-oder Personengruppen Äußerungen über Gewerbetreibende tätigen, gängig. Hierbei handelt es sich häufig um unwahre Tatsachenbehauptungen über ein Unternehmen etwa gegenüber der Geschäftsleitung eines Kunden⁸⁵ oder mehrerer Kunden gleichzeitig.⁸⁶ Zusätzlich können öffentliche Institutionen, wie ein Gemeinderat⁸⁷, ebenso gezielter Adressat für Rufschädigungen sein wie ein Industrie-Verband, dem zugleich Initiator und Opfer der Rufschädigung angehören.⁸⁸

B) Wirtschaftsberichterstattungen in Massenmedien

Das erklärte Ziel der Nachrichten- Politik- und Wirtschaftsberichterstattungen in den Medien ist es über aktuelle gesellschaftliche Entwicklungen objektiv Bericht zu erstatten und auf dieser Basis möglichst zutreffende Wertungen zur Information der Bevölkerung abzugeben.⁸⁹ Unabhängig von Informationen über die Arbeits-

meinungsträchtige Handlungsformen, vgl. v. Mangoldt/Starck/Klein GG-Starck Art. 5 Rn. 28 ff.; Jarass/Pieroth GG-Jarass Art. 5 Rn. 5.

⁸² OLG Stuttgart NJW-RR 1993, 1516 ff.

⁸³ BGH WRP 1986, 169 ff.

⁸⁴ So warb im Fall OLG Jena GRUR-RR 2003, 254 ff. ein Unterhaltungselektronikanbieter in einer Tageszeitung mit dem Slogan: „Fremdgehen kann teuer werden“. Darunter war ein Ausschnitt eines bestimmten Konkurrenteninserates samt eines schlechteren Sonderangebotes für zwei Farbfernsehgeräte abgedruckt; mit der Überschrift „na, auch T-Aktionär?“ versuchte ein Konkurrent in der Sparte Mobiltelefonie den Misserfolg des Börsenganges der Telekom auf den Handynetzanbietersektor zu übertragen, OLG Frankfurt MMR 2005, 63 ff.

⁸⁵ BGH GRUR 1959, 31 ff. - Feuerzeug als Werbegeschenk.

⁸⁶ BGH GRUR 1993, 572 ff. - Fehlende Lieferfähigkeit.

⁸⁷ OLG Naumburg GRUR-RR 2003, 375 ff.

⁸⁸ BGH GRUR 1992, 860 ff.

⁸⁹ Dabei werden durch die höchstrichterliche Rechtsprechung bestimmte Sorgfalts- und Recherchepflichten erhoben, die im Verhältnis zur Bedeutung der Information für die Allgemeinheit in ihrer Intensität abflachen können; siehe hierzu BGHZ 132, 13, 25 - pressemäßige Sorgfalt.

marktlage, aktuelle Wirtschaftspolitik oder Auswirkungen der Globalisierung auf deutsche Verbraucher, stehen einzelne Wirtschaftsunternehmen zumeist bei objektiven Produkt- und Dienstleistungsvergleichen oder Verbraucherinformationssendungen im Fokus des Medieninteresses.

Dabei kommt es zeitweilig vor, dass Journalisten die angestrebte Objektivität und Sachkunde missen lassen und bei Vergleichstests beispielsweise aufgrund fehlender transparenter Bewertungskriterien⁹⁰ oder mangelnde Teilnahme des Produkts am durchgeführten Testverfahren⁹¹ ein nachteiliges, rechtswidriges Werturteil über das (geprüfte) Produkt vermitteln. Ebenfalls können in diesem Zusammenhang durch fehlerhafte Recherchearbeiten unwahre Tatsachenbehauptungen aufgestellt werden.⁹²

Auch gezielte Berichterstattungen über einzelne Unternehmen bzw. Unternehmensaktivitäten zur Information des Verbrauchers können Rufschädigungen beinhalten. So darf die in einer Zeitschrift veröffentlichte Restaurantkritik trotz aller tatsächlichen gastronomischen Mängel nicht in reine Schmähkritik ausarten.⁹³ Ebenfalls können sich Wirtschaftsreportagen, die ein bestimmtes Produkt stellvertretend für alle gefahrträchtigen, formaldehydhaltigen Desinfektionsmittel⁹⁴ an den Pranger stellen oder von angeblich „einfach weggekippten“ Chemiegiften berichten⁹⁵, als äußerungsrechtlich problematisch erweisen.

C) Wissenschaftliche Urteile

Nicht nur die Presse, sondern auch Wissenschaftler unterschiedlichster Fachrichtungen setzen sich beruflich mit am Markt erhältlichen Produkten- und Dienstleistungen auseinander. Das ist insbesondere zu beobachten, wenn es gilt die chemischen Bestandteile eines Erzeugnisses und die damit zusammenhängenden Auswirkungen auf die Umwelt zu analysieren.⁹⁶ Daneben sind es in erster Linie Wirtschaftswissenschaftler, die sich mit der Bewertung aktueller Unternehmensaktivitäten beschäftigen. Als rechtswidrig erweisen können sich wissenschaftliche Äußerungen gerade dann, wenn die veröffentlichten Erkenntnisse unter Verstoß gegen einfachste Messverfahren zustande gekommen sind oder auf angeblich gesicherten Informationen beruhen.⁹⁷ Daneben hat bereits die kritische Meinungsäußerung in Dissertationen, etwa die Missbilligung der Automatenglückspiel-Industrie, zu äußerungsrechtlich relevanten Zivilprozessen geführt.⁹⁸

⁹⁰ BGH NJW 1997, 2679, 2680 - Die Besten I; BGH NJW 1997, 2681 ff. - Die Besten II.

⁹¹ OLG Frankfurt NJW 1996, 1146 ff. - Adel verzichtet.

⁹² So wie im Fall BGH NJW 1989, 1923 ff.; Hier gingen die Zeitschriftenredakteure fälschlicherweise von zum Zeitpunkt der Berichtsveröffentlichung nicht mehr vorliegenden Produktmerkmalen aus.

⁹³ OLG Frankfurt a. M. NJW 1990, 2002: Essen ist „zum kotzen“, sieht aus wie „Pinscherkot“ und die Bedienung sei kurz vor dem ersten „Herzinfarkt“; BGH NJW 1994, 1964, 1965: Cappuccino als „widerwillig heruntergewürgte(r) Magengeschwür-Umspüler“.

⁹⁴ Hier sah der BGH unter Berücksichtigung der Pressefreiheit und der Wahrheit der Aussage einen sachlichen Anlass für die beispielhafte Abbildung eines bestimmten formaldehydhaltigen Desinfektionsmittels; BGH NJW 1987, 2274 ff.

⁹⁵ Vgl. BGH NJW 1987, 2225 ff. Hier wurde das Verfahren aufgrund der Einhaltung der pressemäßigen Sorgfalt und der damit einhergehenden modifizierten Beweislast an das Berufungsgericht zurückgewiesen.

⁹⁶ Vgl. hierzu die Entscheidung OLG Hamm AfP 1984, 110 ff. in der ein Fachhochschulprofessor in einer Fachzeitschrift zu der biologische Zusammensetzung eines Gebäudebaustoffes Stellung bezog.

⁹⁷ Ba/Ro BGB-Spindler § 824 Rn. 42.

⁹⁸ OLG Köln MDR 1984, 231 f.

D) Öffentliche Hand

Auch greifen Fachbehörden oder die Bundes- bzw. Landesregierungen zu dem Mittel der Öffentlichkeitsarbeit um die Bürger vor gesellschaftlichen Gefahren zu warnen und auf diese Art und Weise den grundgesetzlich verankerten Schutzpflichten nachzukommen. In diesem Zusammenhang stellen zwei Entscheidungen des BVerfG aus dem Jahre 2002 klar, dass der Staat neben seinen klassischen legislativen und exekutiven Aufgabenbereichen die Pflicht hat, die Bürger über aktuelle gesellschaftliche Konfliktfelder zu informieren um überhaupt eigenverantwortliche, individuelle Verhaltensweisen zu ermöglichen.⁹⁹ Gewerbebetriebe werden von dieser Verpflichtung gerade dann tangiert, wenn Behörden aus gesundheits- oder umweltgefährdenden Beweggründen von bestimmten Produkten oder Dienstleistungen abraten.¹⁰⁰ So etwa, wenn die Stadt Frankfurt in einer Plakatwerbung empfiehlt aus Gründen des Umweltschutzes keine in Karton verpackte Getränke zu konsumieren.¹⁰¹

Für den äußerungsrechtlichen Unternehmensschutz wird die staatliche Informationstätigkeit dann relevant, wenn die in Pressemitteilungen oder Broschüren herausgegebenen, warnenden Mitteilungen Amtspflichtverletzungen¹⁰² darstellen. Ist der Inhalt der Botschaft im Gesamtkontext ganz oder teilweise unwahr, so ist das Image der betroffenen Firmen aufgrund der hohen Glaubwürdigkeit von neutraler staatlicher Aufklärungsarbeit besonders stark gefährdet. So kann die Darstellung eines Nudelwarenproduktes in einer Pressemitteilung als „mikrobiell verdorben“, dann eine Amtspflicht verletzende, staatliche Äußerung sein, wenn die Konsumenten daraus auf eine produktspezifische Gesundheitsgefährdung schließen und fälschlicherweise mit Erzeugnissen in Verbindung bringen, bei deren Herstellung tatsächlich „ekelerregende Zustände“ vorherrschen und eine Gesundheitsgefährdung nicht ausgeschlossen werden kann.¹⁰³ Problematisch ist auch die nicht unumstrittene Klassifizierung eines Wurstproduktes als „Rindfleisch enthaltend“ während der BSE-Krise im Jahr 2000 durch das hessische Sozialministerium oder die unwahre Tatsachenbehauptung, dass eine zur Trinkwassergewinnung verwendete Quelle eine gewisse Menge an giftigem Dinitrobenzol enthalte.¹⁰⁴ Durch staatliche Organe oder mittelbare Verwaltungsträger durchgeführte, vergleichende Warentests greifen grundsätzlich in den Schutzbereich des Art. 12 GG ein und sind ohne Ermächtigungsgrundlage und Eingriffsrechtfertigung durch kollidie-

⁹⁹ BVerfG NJW 2002, 2626 ff. - Osho; BVerfG NJW 2002, 2621, 2623: „So gehört es in einer Demokratie zur Aufgabe der Regierung, die Öffentlichkeit über wichtige Vorgänge auch außerhalb [...] ihrer eigenen gestaltenden politischen Tätigkeit zu unterrichten.“

¹⁰⁰ Unabhängig von der Diskussion um die Eingriffsqualität staatlicher Informationshandlungen in Art. 12 GG hat der Gesetzgeber mit dem Geräte- und Produktsicherheitsgesetz (GPSG; zuvor: ProdSG) eine Rechtsgrundlage für behördliche Informationstätigkeit zur Aufklärung der Öffentlichkeit über Produktgefahren geschaffen. Dabei sieht § 10 GPSG die Möglichkeit der Veröffentlichung von Informationen durch die Behörde vor.

¹⁰¹ HessVGH NVwZ 1995, 611 f.

¹⁰² Hier ist in erster Linie an die Pflicht zur vollständigen Sachverhaltsermittlung und Pflicht zur richtigen und sachgerechten Information zu denken, vgl. Tremml/Luber NJW 2005, 1745, 1746 f.

¹⁰³ OLG Stuttgart NJW 1990, 2960 ff. - Birkel Urteil.

¹⁰⁴ Vgl. LG Wiesbaden NJW 2001, 2977 ff.; LG Göttingen NJW 1992, 98 ff.; In beiden Fällen ist ein Schadensersatzanspruch aufgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen verneint worden. Die jeweilige staatliche Stelle durfte sich auf die seriösen Testergebnisse, die den rechtlichen Anforderungen genügten, angesichts der drohenden Gefahr für Umwelt und/ der Gesundheit verlassen.

rende Rechtsgüter mit Verfassungsrang (Bsp.: Umwelt- und Gesundheitsgefahren) immer verfassungswidrig.¹⁰⁵

E) Sonstige Urheber gewerblicher Rufschädigungen

Aufgrund der Vielfältigkeit der unternehmensbezogenen Einflüsse in einer modernen Gesellschaft ist darüber hinaus eine Fülle von Initiatoren bekannt, die aufgrund der getätigten Aussagen bereits Parteien zivilrechtlicher Verfahren gewesen sind und sich nicht in die aufgezeigten Kategorien einstufen lassen.

Dabei sind zunächst Interessenvereinigungen zu nennen, die aus vielseitigsten Gründen öffentlichkeitswirksam gegen bestimmte Produkttypen oder Hersteller vorgehen und informieren.

So darf die Gemeinschaft Aktion Plagiarius e. V., die sich der Aufdeckung von Produktpiraterie verschrieben hat, ihren alljährlichen Negativpreis nicht an Unternehmen vergeben, bei denen gerichtlich als auch unter der Fachjury ernsthafte Zweifel an der tatsächlichen Produktnachahmung bestehen.¹⁰⁶ Auf ähnliche Weise sind auch schon Verbraucherverbände durch unwahre Tatsachenbehauptungen über Unternehmen auffällig geworden.¹⁰⁷ Auch Bürgerinitiativen, die mit politischen und juristischen Mitteln die Umsetzung von großräumig angelegten industriellen oder infrastrukturellen Planvorhaben verhindern wollen, dürfen in ihren Informationsveranstaltungen und Materialien keine sachlich falschen Daten über den planenden Gewerbebetrieb veröffentlichen.¹⁰⁸

Daneben kann die falsche Information oder das herabsetzende Werturteil ebenfalls durch Kunden geäußert werden. Findet lediglich ein Informationsaustausch zwischen den Vertragspartnern statt, so ist dies angesichts der fehlenden Drittwirkung und der eher geringfügigen Gefährdung der Firmenreputation äußerungsrechtlich irrelevant. Anderes kann gelten, wenn der Kunde unwahre Tatsachenbehauptungen oder herabwürdigende Unternehmenskritik publik macht. Hier können insbesondere das Internet und die dort vorhandenen Meinungsportale als unkompliziertes, frequentiertes Medium in Betracht kommen.¹⁰⁹ Angesichts der Anonymität im Internet erweist sich die Durchsetzung etwaiger Ansprüche jedoch als fast unmöglich. Ist die Identität des Rufschädigers jedoch nachvollziehbar, können zivilrechtliche Klagen aufgrund unsachlicher oder inhaltlich falscher Unternehmenskritik erfolgsversprechend sein. So etwa, wenn bei einer Versteigerung auf der Internetplattform Ebay der Käufer das erhaltene Produkt nicht nachweislich und für alle User sichtbar als Plagiat deklariert und daher eine negative Bewertung des Verkäufers abgibt.¹¹⁰

Neben den Kunden können auch Geschäftspartner Urheber rechtswidriger, rufschädigender Äußerungen sein. Neben Lieferanten, Zwischenhändlern und Aktionären ist hier besonders auch an kreditgebende Bankinstitute zu denken. So hatte der BGH beispielsweise mit seinem Urteil vom 24.01.2006 zu entscheiden, ob die Äußerungen des Vorstandssprechers einer Bank, der die weitere Darlehensgewährung zur Insolvenzabwendung

¹⁰⁵ Vgl. auch BVerwG DVBl 1996, 807. Hier hatte die Landwirtschaftskammer Rheinland-Pfalz einen Waren-test von Futtermitteln durchgeführt ohne sich auf eine besondere Gefährdungslage berufen zu können.

¹⁰⁶ OLG Frankfurt NJW-RR 1991, 1517 ff. - Plagiarius.

¹⁰⁷ So beispielsweise im Fall BGH GRUR 1987, 397 ff., in dem ein Verbraucherverband sich kritisch mit Buchclubs auseinandersetzte und die potentiellen Konsumenten mit falschen Detailinformationen über das Mitgliederverhalten, die Kündigungsquote und die Fülle des Bücherangebots versorgte.

¹⁰⁸ BGH NJW 1984, 1607 ff.

¹⁰⁹ Vgl. hierzu Schmitz/Laun MMR 2005, 208 ff.

¹¹⁰ LG Arnsberg, Urteil vom 18.5.2005, Az.: 3 S 22/05.

eines Schuldners öffentlich als fraglich und unwahrscheinlich beurteilt hat, gegen geltendes Recht verstößt und somit Schadensersatzansprüche des Geschäftspartners auslöst.¹¹¹

Des Weiteren gefährden Kreditbüros, die durch die Weitergabe von Informationen über Darlehensverbindlichkeiten vor Kreditausfällen schützen sollen, das Image von Unternehmen, wenn die über sie weitergegebenen Daten nicht der Wahrheit entsprechen und zur Annahme einer bestehenden Liquiditätsschwäche oder mangelnder Seriosität führen.¹¹²

3. Absatz Potentielle Opfer der geschäftsschädigenden Kritik

Wer im Hinblick auf den äußerungsrechtlichen Unternehmensschutz als Betroffener in Betracht kommt, ist in erster Linie abhängig von dem Umfang des Schutzbereiches der einschlägigen Unterlassungs- bzw. Schadensersatzansprüche.

A) Deliktsrecht

Während der Tatbestand der Kreditgefährdung nach § 824 BGB keine Einschränkungen des Schutzbereiches auf bestimmte Unternehmenstypen bzw. -tätigkeiten kennt, sondern darüber hinaus auch natürliche Personen mit umfasst¹¹³, schützt § 823 I BGB nur das aus Richterrecht entwickelte Schutzgut des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs. Welchen Gewerbebegriff das Zivilrecht in diesem Zusammenhang zugrunde legt und welchen Umfang dieser haben soll, ist nicht ganz unstrittig. So legte das Reichsgericht wohl den materiellen Gewerbebegriff der Gewerbeordnung zugrunde.¹¹⁴ Die neuere Literatur sieht den handelsrechtlichen Gewerbebegriff zumindest als das maßgebliche Fundament an.¹¹⁵

Einhergehend mit der Rechtsprechung ist wohl jede unternehmerische Tätigkeit erfasst, sofern der Handelnde als Anbieter am Markt grundsätzliche ökonomische Regeln und den damit verbundenen finanziellen Risiken ausgesetzt ist.¹¹⁶ Denn geschützt wird der in der ausgeübten, wirtschaftlichen Betätigung und Sachsubstanz verkörperte Vermögenswert. Dies darf nicht auf bestimmte Gesellschaftsformen oder Tätigkeitsbereiche beschränkt sein.

So leuchtet es ein, dass entgegen den bereits zitierten Gewerbebegriffen auch die Angehörigen der freien Berufe in den geschützten Personenkreis mit einbezogen sind.¹¹⁷ Geschützt wird somit branchenunabhängig jede natürliche oder juristische Person, die am Markt planmäßig und dauerhaft Leistungen gegen Entgelt anbietet,

¹¹¹ Vgl. hierzu BGH NJW 2006, 830 ff. Dabei scheiterte ein Anspruch aus § 824 BGB an der Einstufung der Aussage als Meinungsäußerung bzw. wahre Tatsachenbehauptung.

¹¹² BGH NJW 1978, 2151 ff. Hier scheiterte ein Anspruch des Klägers aus § 824 BGB gegen die Schufa daran, dass der entstandene Schaden durch ein Missverständnis der informationsempfangenen Banken entstanden ist. Vgl. auch OLG Rostock ZUM 2002, 150 ff. zum Internetportal: www.schuldnerspiegel.de.

¹¹³ OLG München NJW-RR 1998, 1480, 1481; Jauernig BGB-Teichmann § 824 Rn. 3.

¹¹⁴ Vgl. hierzu RGZ 64, 155, 157. Danach ist Gewerbe jede erlaubte, auf Gewinnerzielung gerichtete, selbstständige Tätigkeit, die fortgesetzt und nicht nur gelegentlich ausgeübt wird, mit Ausnahme der Urproduktion, der Verwaltung eigenen Vermögens, wissenschaftlicher, künstlerischer und schriftstellerischer Berufe sowie persönliche Dienstleistungen höherer Art (freie Berufe), siehe BVerwG GewArch 1993, 196.

¹¹⁵ Vgl. MK BGB-Wagner § 823 I Rn. 255; darüberhinaus werden etwa auch Angehörige freier Berufe und Non-Profit-Organisationen erfasst.

¹¹⁶ Vgl. Soergel BGB-Beater § 823 Anh V Rn. 21.

¹¹⁷ OLG München NJW 1977, 1106; OLG Düsseldorf VersR 2003, 984; OLG Hamburg NJW-RR 1999, 1060; Schmidt JuS 1993, 985, 988.

sofern dieser Tätigkeit gezielt nachgegangen wird. Ausgenommen vom Schutzbereich sind dagegen rein privat Handelnde, Arbeitnehmer und Verbraucher.

B) Wettbewerbsrecht

Unter dem übergeordneten Schutzgut des lautereren und unverfälschten Leistungswettbewerbes¹¹⁸, finden als Schutzobjekte neben dem Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmern vor allem auch Mitbewerber¹¹⁹ Berücksichtigung (§ 1 UWG). Diese sind im Gegensatz zu den Verbrauchern uneingeschränkt zur Geltendmachung von Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen berechtigt (vgl. § 8 III Nr. 1 und § 9 UWG). Verfolgen einzelne Normen daher alleinig ihren Schutz, so kann man mit Recht davon sprechen, dass es sich bei dem Lauterkeitsrecht zumindest partiell weiterhin um ein Sonderdeliktsrecht unter Unternehmern handelt, da sich das primär fokussierte Streben nach fairem Wettbewerb dann gerade im Individualschutz konkretisiert.¹²⁰ Beim verbal Geschädigten muss folglich die Mitbewerbergemeinschaft i.S.v. § 2 I Nr. 3 UWG vorliegen, so dass dieser gegen rechtswidrige Rufschädigungen lauterkeitsrechtliche Ansprüche geltend machen kann.¹²¹

Mitbewerber ist nach der Legaldefinition des Gesetzes jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren und Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht. § 2 II UWG verweist in diesem Zusammenhang auf den weiten Unternehmensbegriff des § 14 BGB. So sind neben Gewerbebetreibenden auch Angehörige freier Berufe und nur nebenberuflich Tätige potentielle Mitbewerber.¹²²

Entscheidend für die Annahme eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen dem Rufschädiger und dem Opfer ist, dass zwischen den Vorteilen des ersten und den Nachteilen des zweiten Marktteilnehmers eine wirtschaftlich begründete Wechselbeziehung besteht.¹²³ Das ist zumeist anzunehmen, wenn die Parteien sich mit ihren Waren an den gleichen Abnehmerkreis wenden (Absatzwettbewerb)¹²⁴ oder aber beide Unternehmer bei demselben Anbieter Produkte und Dienstleistungen nachfragen (Nachfragewettbewerb)¹²⁵. Dabei kann es im Ein-

¹¹⁸ BHGZ 140, 134, 138; BVerfG 51, 193, 214; BVerfG WRP 2003, 69, 70.

¹¹⁹ So war der Schutzzweck des ersten UWG von 1896 noch ausschließlich auf das horizontale Wettbewerbsverhältnis und somit den Konkurrentenschutz ausgelegt. Vgl. hierzu die Begründung zum ersten Entwurf des UWG, Stenografische Berichte der Verhandlungen des Reichstags, 9. Legislaturperiode, IV. Session, 1895/97, Band 151, Anlage Nr. 35, 1. Anlageband, S. 101; zum gleich bleibenden Schutzzweck im UWG von 1909 siehe Baumbach, Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 1. Auflage 1929, S. 128.

¹²⁰ Vgl. Reichhold AcP 193, 204, 221; Fezer UWG-Fezer § 1 Rn. 56; Emmerich UWG § 6 I; vgl. BGH GRUR 1999, 751, 754 - Güllerpumpen.

¹²¹ So taucht der Begriff des „Mitbewerbers“ als Tatbestandsvoraussetzung in § 4 Nr. 7 und Nr. 8 UWG als auch in § 6 II Nr. 5 UWG auf.

¹²² Palandt BGB-Ellenberger § 14 Rn. 2; MK BGB-Micklitz § 14 Rn. 31.

¹²³ Vgl. Begründung der RegE UWG zu § 2 I Nr. 3, RegBegr. Bt-Drucks. 15/1487 S. 16; BGH GRUR 1989, 430 -Krankenhaustransporte; BGH GRUR 1951, 283 - Möbelbezugsstoffe.

¹²⁴ So etwa dann wenn ein Spediteur und ein anderer Händler beide gleichartige Transporte durchführen, RGZ 118, 133; oder zwei unterschiedliche Automobilhersteller, die in Deutschland ihre Produkte vertreiben, OLG Düsseldorf GRUR 1985, 302. Darüber hinaus auch der Veranstalter künstlerischer Darbietung und eine Rundfunkanstalt, die beide den an Unterhaltung interessierten Verbraucher im Auge haben, BGHZ 39, 352, 356 - Vortragsabend.

¹²⁵ Die Regierungserklärung nennt hier die identischen Lieferanten als mögliches Beispiel, siehe Bt-Drucks. 15/1487 S. 16; so beispielsweise auch im Fall BGH GRUR 1967, 138, 141 in dem sich zwei konkurrieren-

zufall notwendig sein den zur Diskussion stehenden Markt nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu analysieren und nach zeitlichen, räumlichen und sachlichen Dimensionen voneinander abzugrenzen. Alles in allem sind aber an das konkrete Wettbewerbsverhältnis keine allzu hohen Anforderungen zu stellen, ansonsten besteht die Gefahr den eigentlichen Sinn und Zweck des Konkurrentenschutzes schon an diesem Kriterium zu unterlaufen.¹²⁶ So sind auch Fälle bekannt, in denen ein konkretes Wettbewerbsverhältnis trotz unterschiedlicher Branchenzugehörigkeit der Parteien¹²⁷ oder Klassifizierung in verschiedene Wirtschaftsstufen¹²⁸ bejaht worden ist. Der durch Tatsachen oder rechtswidrige Werturteile Geschädigte kann also immer dann auf wettbewerbsrechtliche Anspruchsgrundlagen zurückgreifen, wenn der Initiator mit seinem derzeitigen wirtschaftlichen Potential Einfluss auf den Geschädigten zu nehmen imstande ist.

4. Absatz Methoden der rechtswidrigen Unternehmenskritik

A) Die unwahre Tatsachenbehauptung

Wie bereits gezeigt¹²⁹, ist die bewusst oder unbewusst abgegebene unwahre Tatsachenbehauptung eine verbreitete Form der Unternehmenskritik. Die Tatsachenbehauptung wird über die Grenzen des äußerungsrechtlichen Unternehmensschutzes hinaus¹³⁰ definiert als ein der Vergangenheit oder Gegenwart zugerechnetes Geschehen oder Zustand der Außenwelt bzw. des menschlichen Seelenlebens, der dem Beweise zugänglich ist.¹³¹ Die Tatsachenbehauptung kann in die Dimensionen wahr oder unwahr eingestuft werden.¹³²

Juristen und Betriebswirtschaftler gehen übereinstimmend davon aus, dass die unwahre Tatsachenbehauptung über Privatunternehmen gleich aus mehreren Gründen - gerade im Vergleich zu Werturteilen - besonders gefährlich ist¹³³ und im Extremfall bis zur Existenzvernichtung führen kann.¹³⁴ Vermeintlichen Fakten haftet nämlich aufgrund der Beweiszugänglichkeit der Eindruck der Allgemeingültigkeit, Neutralität und Objektivität an. Gerade wenn über ein Unternehmen und dessen Agieren am Markt aus strategischen oder sonstigen Grün-

de Unternehmen mittels vertraglicher Nutzungserlaubnis bestimmte Flächen zur Plakatwerbung sichern wollen.

¹²⁶ BGH GRUR 2004, 877, 878 – Werbeblocker.

¹²⁷ Wenn etwa durch Werbung trotz der unterschiedlichen Produkte eine Verbindung hergestellt und eine gegenseitige Beeinflussung des Absatzes möglich ist; BGH GRUR 1972, 553 - Statt Blumen Onko Kaffee.

¹²⁸ Sofern beide Unternehmer auf den gleichen Endabnehmerkreis abzielen, so wie beispielsweise der Hersteller Ford und ein EU-Fahrzeug Reimporteur; vgl. BGH GRUR 1999, 1122, 1123 - EG-Neuwagen; vgl. auch BGH GRUR 1983, 582, 583 - Tonbandgerät.

¹²⁹ Vgl. auch S. 17 f.

¹³⁰ So stellt sich die Frage der Abgrenzung zwischen Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerungen auch im Bereich der strafrechtlichen Beleidigungsdelikte, dem Betrug nach § 263 StGB, im Presserecht (Anspruch auf Widerruf nur bei Tatsachenbehauptungen) oder bei der Bestimmung des Schutzbereiches von Art. 5 I S. 1 GG.

¹³¹ BGH GRUR 1997, 396, 398 - Polizeichef; BGH GRUR 1989, 222, 223 - Filmbesprechung; BGH NJW 1998, 1223, 1224; BGHZ 132, 13, 21.

¹³² BVerfGE 85, 1, 15; BVerfGE 90, 241, 247; BGH NJW 1998, 3047, 3048.

¹³³ Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 20 Rn. 4; Soergel BGB-Beater § 824 Rn. 1; MK UWG-Brammsen/Doehner § 4 Nr. 8 Rn. 1.

¹³⁴ Soergel BGB-Beater § 824 Rn. 1; vgl. hierzu auch den Sachverhalt LG Hamburg ZIP 1997, 1409 ff.: Dort führte die unwahre Tatsachenbehauptung einer politischen Wochenzeitschrift, das eine kleinere Privatbank in finanziellen Nöten sei, dazu, dass innerhalb von zwei Werktagen über 11 Mio. DM abgehoben wurden.

den nur wenige Informationen verfügbar bzw. durchschaubar sind, führt dies häufig dazu, dass der Informationsempfänger die übermittelten Daten vertrauensvoll und unreflektiert als verbindlich übernimmt. Es kommt schnell zu öffentlichen Vorverurteilungen, da der Äußernde für sich in Anspruch nimmt, dass sich eine Diskussion zu diesem Themenkomplex erübrigt.

Verstärkt wird dieses Phänomen dann, wenn dem Rufschädiger besondere Kompetenzen zugeschrieben werden oder der Inhalt der Daten eine bereits bestehende Vermutung zu bestätigen scheint. So etwa dann, wenn ein renommierter, weltweit tätiger Zündkerzenhersteller über ein nur regionales Unternehmen gegenüber Kunden behauptet, dass dieser zur Lieferung in größeren Mengen zum angebotenen Preis nicht in der Lage sei.¹³⁵ Daneben sind Gerüchte über Unternehmen nur schwerlich kontrollierbar, da sie sich unvorhersehbar verbreiten und im Laufe der Zeit durch Reduzierungen, Hervorhebungen und Anpassung inhaltlich weiter zu verändern drohen.¹³⁶ Zusätzlich sind die betrieblichen Reaktionsmöglichkeiten und deren Wirkungsweise unklar und fraglich. Während ein Dementi meistens zu spät greift und neben der Richtigstellung auch die ursprüngliche Desinformationen weiter verbreitet¹³⁷, kann ein beharrliches Schweigen als eine Form der Bestätigung missinterpretiert werden. Daher hat die Wirtschaftswissenschaft verschiedenartigste Theorien und Maßnahmenkataloge entwickelt, wie man mit Gerüchten in Form von unwahren Tatsachenbehauptungen als Unternehmen am besten umzugehen hat.¹³⁸

B) Wahre Tatsachenbehauptung

Stimmen die Informationen, die über ein Unternehmen behauptet oder verbreitet werden, ändert dies nichts daran, dass die Aussage sich als geschäftsschädigend erweisen kann. So ist es unbestritten für die Absatzzahlen eines Gewerbebetriebes nicht förderlich, wenn Kunden von misskreditierenden Tatsachen aus der Intim- bzw. Privatsphäre des Geschäftsinhabers¹³⁹, der Verurteilung ihres Anlageberaters wegen Untreue¹⁴⁰ oder dem Verfall in die Insolvenz¹⁴¹ erfahren. Die äußerungsrechtliche Zulässigkeit solcher Aussagen ist daher unter Berücksichtigung des Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG maßgeblich von dem ernsthaften, öffentlichen Interesse an der Information abhängig.¹⁴² Dies wird gerade bei marktbezogenen Informationen häufig der Fall sein. Eine umfassende Interessenabwägung ist mithin vorzunehmen.

C) Herabsetzende und verunglimpfende Meinungsäußerungen

Das Werturteil oder die Meinungsäußerung ist im Gegensatz zur Tatsachenbehauptung geprägt durch die subjektive Beziehung zwischen Aussageinhalt und Urheber.¹⁴³ Sie stellt eine individuelle, beweisunzugängliche

¹³⁵ BGH GRUR 1993, 572 ff. - Fehlende Lieferfähigkeit.

¹³⁶ Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 20 Rn. 4; Maletzke in: Mast (Hrsg.), Unternehmenskommunikation, 1. Auflage 2002, S. 229 f.; Kapferer, Gerüchte, 1. Auflage 1996, S. 287.

¹³⁷ Kapferer, Gerüchte, 1. Auflage 1996 S. 291 ff.

¹³⁸ Vgl. etwa Hartwig, Gerüchte in der Wirtschaft: Gegenmaßnahmen der Unternehmenskommunikation, 1. Auflage 2007.

¹³⁹ RG GRUR 1933, 504, 505; vgl. auch MK UWG-Jänich § 4 Nr. 7 Rn. 38.

¹⁴⁰ BGH GRUR 1970, 465, 466 - Prämixe.

¹⁴¹ OLG Koblenz GRUR 1988, 43, 45 - Weingut.

¹⁴² BGH GRUR 1964, 392, 394 - Weizenkeimöl; OLG Hamburg GRUR 1980, 311; BGH GRUR 1968, 645, 646 f. - Pelzversand.

¹⁴³ BVerfG NJW 1996, 1529; BGH NJW 2000, 199,200; Geppert Jura 1983, 530, 541.

Stellungnahme zu einem bestimmten Zustand oder Geschehen dar und kann durch Dritte als richtig oder falsch empfunden werden.¹⁴⁴ Meistens liegen der Meinungsäußerung bestimmte Tatsachen zugrunde, so dass sich in der Praxis eine Abgrenzung gerade bei fließenden Übergängen als überaus schwierig erweist.

Herabsetzend ist die Meinungsäußerung, wenn sie primär darauf angelegt ist auf unsachliche Art und Weise die Wertschätzung des Unternehmens oder Produkts zu vermindern.¹⁴⁵ Sie muss aus dem Auge des angesprochenen Verkehrskreises abfällig, abwertend oder unsachlich sein.¹⁴⁶ Die Verunglimpfung ist eine Herabsetzung in gesteigerter Form.¹⁴⁷ Sie dient primär der beabsichtigten Verächtlich- und Lächerlichmachung.¹⁴⁸ Durch Veröffentlichung von Kritik dieser Art droht die gesellschaftliche Achtung und Wertschätzung eines Gewerbebetriebes rapide zu sinken.

Aufgrund des erkennbar subjektiven Einschlags der Meinungsäußerung ist der Adressat der Rufschädigung jedoch geneigt, eine eigene Begutachtung der kritischen Stellungnahme vorzunehmen. Er reflektiert die Informationen und bildet sich anhand der Tatsachenlage eine eigene Ansicht, die mit der des Urhebers der Rufschädigung übereinstimmen oder aber abweichen kann. Man kann in diesem Zusammenhang das Werturteil des Rufschädigers als Angebot an den Adressaten betrachten, dessen Meinung bezüglich des Unternehmens zu adaptieren.

So können sich beispielsweise die Leser österreichischer Tageszeitungen selber ein Urteil darüber erlauben, ob die Kronenzeitung „allein als Toilettenpapier“ taugt.¹⁴⁹ Diese Reflektion des Rezipienten kann bei der Tatsachenbehauptung zumeist nicht angenommen werden. Demzufolge ist die Meinungsäußerung im Unternehmensrecht abstrakt betrachtet ungefährlicher als die unwahre Tatsachenbehauptung.¹⁵⁰

Die uneingeschränkte Geltung dieser These wird jedoch abgeschwächt, wenn man die möglichen Einzelumstände der Kundgabe mit in Betracht zieht. So wird der durch das Werturteil ausgelöste Meinungsbildungsprozess des Rezipienten oberflächlicher sein, wenn das Werturteil eine eingängige Schlussfolgerung glaubhaft dargestellter Fakten ist oder dem Rufschädiger besonderes Ansehen oder fachliche Kompetenz nachgesagt wird. Zur Beurteilung des Risikos durch Meinungsurteile und (un)wahre Tatsachenbehauptungen ist ferner die Größe des Adressatenkreises und damit das zur Rufschädigung verwendete Medium zu berücksichtigen.¹⁵¹

¹⁴⁴ Soergel BGB-Beater § 824 Rn. 9; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT I, Rn. 505.

¹⁴⁵ Vgl. Köhler/Bornkamm UWG-Köhler § 4 Rn. 7.12; Ohly/Sosnitza UWG-Ohly § 4 Rn. 7/13.

¹⁴⁶ BGH GRUR 2002, 982, 984 - Die Steinzeit ist vorbei!; BGH WRP 2001, 688, 689 - Eröffnungswerbung; vgl. auch Fezer UWG-Nordemann § 4 Nr. 7 Rn. 69.

¹⁴⁷ Lehmler UWG § 4 Nr. 7 Rn. 23; MK UWG-Jänich § 4 Nr. 7 Rn. 32 f.

¹⁴⁸ Köhler/Bornkamm UWG-Köhler § 4 Rn. 7.12; Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 9 Kap. IV.

¹⁴⁹ OGH ÖBl. 1991, 64, 66 - Kronenzeitung.

¹⁵⁰ So spricht *Rühl* bei Meinungsäußerungen im Verhältnis zu nachweisbaren Informationen von Aussagen mit nur „relativem Geltungsanspruch“, *Rühl AfP* 2000, 17, 23; vgl. auch Larenz/Canaris S BT II/2, § 79 I 2a; Steffen *AfP* 1979, 284; Deutsch, FS Klingmüller S. 49, 60.

¹⁵¹ Vgl. Isensee *AfP* 1993, 619, 628.

3 Abschnitt Einführung in die relevanten Anspruchsgrundlagen - Ein kursorischer Überblick -

1. Absatz Wettbewerbsrecht

A) § 4 Nr. 7 UWG

1) Anwendungsbereich und Tatbestandsvoraussetzungen

Unlauter im Sinne von §§ 3, 4 Nr. 7 UWG handelt insbesondere, wer die Kennzeichen, Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten oder persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers herabsetzt oder verunglimpft.

Der § 4 Nr. 7 UWG ist eine äußerungsrechtliche Spezialnorm, die die Mitbewerberbehinderung aus § 4 Nr. 10 UWG konkretisiert. Erfasst sind von § 4 Nr. 7 UWG Rufschädigungen der Konkurrenz durch wahre Tatsachenbehauptungen¹⁵² und Werturteile, die nicht im Zusammenhang mit mittelbaren oder unmittelbaren (Werbe-)Vergleichen geäußert werden. Diesbezüglich ist § 6 II Nr. 5 UWG, der ebenfalls an Herabwürdigungen der Konkurrenz anknüpft, als vorrangig und abschließend anzusehen. Liegen die Voraussetzungen von § 4 Nr. 7 UWG vor, so können gegen den Kommunikator Unterlassungs- oder Schadenersatzansprüche in Betracht kommen.

Klärungsbedürftig ist, was genau als (Werbe-)Vergleich i.S.v. § 6 I UWG anzusehen ist und wie demzufolge eine Abgrenzung der Anwendungsbereiche der lauterkeitsrechtlichen Normen vorzunehmen ist.

Werbung ist nach der EG-Richtlinie gegen irreführende Werbung von 1984 jede Form der Äußerung, die die Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglichen Sachen, Rechte und Verpflichtungen fördert.¹⁵³ Kritisiert ein Mitbewerber seine Konkurrenz, so liegt es nahe, dass er damit zumindest latent die Qualität seiner eigenen Angebotspalette oder seines Unternehmens zu betonen beabsichtigt. Diese Voraussetzung wird also regelmäßig gegeben sein. Ein Vergleich ist nach dem Wortlaut des § 6 I UWG anzunehmen, wenn die Werbung den Mitbewerber oder seine Waren und Dienstleistungen unmittelbar oder mittelbar erkennen lassen.¹⁵⁴ Ob aufgrund des weiten Verständnisses der Definition auf ein vergleichendes Element der Aussage zur Bejahung des Anwendungsbereiches von § 6 II Nr. 5 UWG verzichtet werden kann, ist umstritten. Sollte dies zu bejahen sein, so wäre der Anwendungsbereich des § 4 Nr. 7 UWG erheblich eingeschränkt und auf Fälle zu reduzieren, in denen die herabsetzende Kritik nicht einmal mittelbar einen konkreten Mitbewerber

¹⁵² Entgegen der Regierungsbegründung zum neuen UWG (aaO S. 18) erfasst das Regelbeispiel ebenfalls Herabsetzungen und Verunglimpfungen durch wahre Informationen, vgl. MK UWG-Jänich § 4 Nr. 7 Rn. 38; Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 9 IV; Köhler/Bornkamm UWG-Köhler § 4 Rn. 7.1.

¹⁵³ Vgl. Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 84/450/EWG.

¹⁵⁴ Demzufolge ist auch der rein unternehmensbezogene Vergleich von § 6 UWG erfasst. Dieser liegt etwa dann vor, wenn auf die Umsatzzahlen, die Anzahl der Arbeitnehmer oder Qualität der Geschäftsbeziehungen eines Mitbewerbers Bezug genommen wird; vgl. Köhler/Bornkamm UWG-Köhler § 4 Rn. 7.7.

erkenntlich machen würde. So beispielsweise bei der pauschalen Kritik an der gesamten oder nicht definierten Teilen der Konkurrenz.¹⁵⁵

Diese Form der Aushöhlung von § 4 Nr. 7 UWG kann nicht im Interesse des Gesetzgebers sein. Vielmehr ist auch im Hinblick auf den Schutzzweck des § 6 UWG und den Wortlaut („vergleichend wirbt, wer“) ein vergleichendes Element zu fordern und somit § 6 I UWG restriktiv auszulegen.¹⁵⁶ Ein Vergleich nach § 6 UWG liegt somit erst dann vor, wenn die (kritisierende) Werbung das eigene Angebot als Alternative zum fremden Angebot erscheinen lässt. Ist dies nicht der Fall, so ist der Anwendungsbereich von § 4 Nr. 7 UWG eröffnet.

Sind dagegen unwahre bzw. nicht erweislich wahre Tatsachenbehauptungen Gegenstand der Konkurrenzkritik, so steht mit § 4 Nr. 8 UWG eine abschließende, wettbewerbsrechtliche Regelung zur Verfügung.

Im Gegensatz zum ähnlich gelagerten, deliktsrechtlichen Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes nach § 823 I BGB setzen die lauterkeitsrechtlichen Anspruchsgrundlagen durch den Verweis auf die §§ 3, 2 I Nr. 1, 3 UWG eine Wettbewerbshandlung bzw. ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zum Initiator der Rufschädigung voraus. Liegen diese Voraussetzungen vor, so tritt das Institut des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes hinter das Wettbewerbsrecht zurück.

Liegt eine solche Wettbewerbshandlung sowie das konkrete Wettbewerbsverhältnis zu den Rufschädigenden vor, so ist schwerpunktmäßig eine zweistufige Prüfung vorzunehmen. Zunächst ist festzustellen, ob nach dem Verständnis eines durchschnittlich informierten und verständigen Mitglieds des angesprochenen Geschäftskreises¹⁵⁷ die getätigte Äußerung als Herabsetzung oder Verunglimpfung des Unternehmens angesehen werden kann. Des Weiteren ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen, bei der alle Umstände des Einzelfalls und alle relevanten Schutzgüter einfließen müssen und miteinander abzuwägen sind.¹⁵⁸

2) Entstehungsgeschichte

Erst mit Inkrafttreten des neuen UWG im Juli 2004 ist die (nicht vergleichende) Herabsetzung oder Verunglimpfung des Konkurrenten durch wahrer Tatsachen oder Werturteile explizit mittels § 4 Nr. 7 UWG im Lauterkeitsrecht verankert worden. Zuvor ergab sich ein diesbezüglicher Rechtsschutz aus der alten Generalklausel nach § 1 UWG a.F., der durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts entwickelt und vom BGH in ständiger Rechtsprechung aufrechterhalten worden ist.¹⁵⁹ So hat das Reichsgericht beispielsweise im Jahre 1933 die Verbreitung der wahren, aber diffamierenden Informationen aus dem Intimleben eines Konkurrenzunterneh-

¹⁵⁵ Vgl. die Aussage: „Solange unsere Kunden uns leiden können, können uns alle anderen“ siehe OHG Wien ÖBl. 1995, 111 oder „Dagegen ist alles andere eben bloß Zahnpasta“; OLG Frankfurt WRP 1972, 71.

¹⁵⁶ Vgl. BGH NJW 2002, 75, 76 - „SOOO...BILLIG !?“; BGH NJW 2002, 3399, 3340 - Die Steinzeit ist vorbei; Götting, Wettbewerbsrecht, § 8 Rn. 66; Fezer UWG-Koos § 6 Rn. 64; Köhler GRUR 2005, 276, 278; Dilly/Ulmar WRP 2005, 467, 471 f.

¹⁵⁷ BGH GRUG 2002, 982, 984 - Die Steinzeit ist vorbei; BGH GRUR 2005, 609, 610 - Sparberaterin II.

¹⁵⁸ BGH GRUR 1997, 916, 919 - Kaffeebohne; OLG München GRUR-RR 2006, 268, 277.

¹⁵⁹ RegBegr. zum UWG, Bt-Drucks. 15/1487 S. 18.

mers für mit den guten Sitten im Sinne des § 1 UWG a.F. unvereinbar erklärt.¹⁶⁰ Gleichfalls hat das Reichsgericht die Bezeichnung der „hemmungslosen Irreführung“ im Einzelfall als mit den guten Sitten unvereinbares, herabsetzendes Werturteil über den Mitbewerber angesehen.¹⁶¹

B) § 6 II Nr. 5 UWG

1) Anwendungsbereich und Tatbestandsvoraussetzungen

Nach § 6 II Nr. 5 UWG ist eine vergleichende Werbung dann unlauter, wenn sie die Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten, persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers herabsetzt oder verunglimpft. Der Anwendungsbereich ist - wie zuvor verdeutlicht - von § 4 Nr. 7 UWG abzugrenzen. Sofern ein Werbevergleich angenommen werden kann, ist § 6 II Nr. 5 UWG vorrangig anzuwenden. Für die übrigen Konkurrenzen gilt das zu § 4 Nr. 7 UWG Dargestellte.

2) Entstehungsgeschichte

Die Normierung der Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für vergleichende Werbung geht auf Art. 3a der EG-Richtlinie 97/55/EG zurück, der eine europaweite Harmonisierung und Liberalisierung vergleichender Werbung bezweckte. Art. 3a EG-Richtlinie 97/55/EG wurde durch die Einführung des § 2 UWG a.F. am 01.09.2000 in deutsches Recht umgesetzt¹⁶². § 2 UWG a.F. ist als inhaltsgleiche Vorgängervorschrift zu § 6 UWG n.F. anzusehen.¹⁶³

Bis in das Jahr 2000 fiel die vergleichende Werbung nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs - differenziert nach 3 Unterfallgruppen¹⁶⁴ - unter die Generalklausel des § 1 UWG a.F. und war grundsätzlich, außerhalb der restriktiv gehandhabten Sonderfälle, als mit den guten Sitten unvereinbar eingestuft worden. Dem lag die Vorstellung zugrunde, dass der Marktgegenseite und nicht den Mitbewerbern ein Vergleich der offerierten Produkte obliegt und der zu tolerierende Konkurrent nicht zur Steigerung des eigenen wirtschaftlichen Erfolgs missbraucht werden soll.¹⁶⁵ Einem Werbevergleich haftete danach die nur ausnahmsweise widerlegbare Vermutung der Unlauterkeit an. Dieses grundsätzliche Verbotsprinzip griff nur dann nicht durch, wenn ein hinreichender Anlass - zumeist in Form eines gesteigerten Aufklärungs- und Informationsinteresses der Öffentlichkeit - vorzuweisen war und die Darstellung des Vergleichs zusätzlich die Grenzen des Erforderlichen nicht überschritt und insgesamt als eine wahrheitsgemäße, sachliche Erörterung

¹⁶⁰ RG GRUR 1933, 504, 506; vgl. in diesem Zusammenhang auch RG GRUR 1938, 923, 924: Hier hatte ein Mitbewerber auf unlautere Art und Weise den potentiellen, gemeinsamen Kundenkreis über ein strafrechtlich geahndetes Devisenvergehen des Konkurrenten aufklärt.

¹⁶¹ RG MuW 1932, 81, 82; vgl. auch OLG Dresden LG 1911, 792, 795: Hier wurden absichtlich Beschwerdebriefe von Kunden veröffentlicht, die den Geschäftspartner unter anderem der „größten Ungezogenheiten wie sie im kaufmännischen Verkehre nicht vorkommen dürfen“ bezichtigten.

¹⁶² Vgl. Gesetzesentwurf der BReg zum § 2 UWG a.F. BT-Drucks. 14/2959, S. 1.

¹⁶³ Vgl. Gesetzesentwurf der BReg zum UWG nF. BT-Drucks. 15/ 1487, S. 20.

¹⁶⁴ Der BGH unterschied im Rahmen der vergleichender Werbung zwischen anlehrender, persönlicher und kritisierender vergleichender Werbung; ausführlich dazu in: GK UWG-Brand/Bergmann § 1 Rn. 88 ff.

¹⁶⁵ Vgl. dazu die grundlegende Hellegold-Entscheidung des RG (GRUR 1931, 1299, 1301): „Ein durch solche Vergleichung angemäßigtes Richteramt in eigener Sache fällt aus dem Rahmen eines ordnungsgemäßen Wettbewerbs heraus.“

angesehen werden konnte.¹⁶⁶ An diese Ausnahmekriterien wurden strenge Anforderungen gestellt, so dass es einer kritischen Bezugnahme zumeist an der sachlichen Darstellungsweise oder aber dem Gebot des mildesten Mittels mangelte. Das generelle Verbotsprinzip vergleichender Werbung griff demnach in den meisten Fällen durch. Anders war es nur dann, wenn die zur Rufschädigung geeignete Aussage der Wahrheit entsprach und ein außerordentliches Interesse der Allgemeinheit anzunehmen war. So etwa der richtige Hinweis der Konkurrenz, dass Pelze des Mitbewerbers lediglich aus Tierresten hergestellt würden und diese eine deutlich schlechtere Qualität aufweisen würden.¹⁶⁷

Eine liberalere und damit der heutigen Rechtslage entsprechende Rechtsauffassung vertrat der BGH kurzweilig im Zusammenhang mit dem Colatest-Urteil vom 22.05.1987.¹⁶⁸ Dort wurde erstmals der differenzierten Prüfung des Tatbestandsmerkmals der Herabsetzung mehr Gewicht beigemessen und festgestellt, dass der Vergleich zweier Produkte nicht grundsätzlich zur Annahme der Wettbewerbswidrigkeit ausreichen könne. Die in der Literatur¹⁶⁹ und auch durch die EG-Richtlinie 97/55/EG geforderte Umkehr vom generellen Verbots- zu einem Einzelfall abhängigen Missbrauchsprinzip fand damit in der Rechtsprechung der 80er Jahre ihre ersten Anknüpfungspunkte.

C) § 4 Nr. 8 UWG

1) Anwendungsbereich und Tatbestandsvoraussetzungen

Der Tatbestand der Anschwärzung schützt den Gewerbetreibenden vor der Behauptung oder Verbreitung von unwahren bzw. nicht erweislich wahren Tatsachenbehauptungen durch Mitbewerber. Wie bei allen äußerungsrechtlich relevanten, wettbewerbsrechtlichen Tatbeständen erfordert auch § 4 Nr. 8 UWG das Vorliegen einer Wettbewerbshandlung und das konkrete Wettbewerbsverhältnis zwischen Urheber und Opfer der Rufschädigung. Hierin liegt das entscheidende Abgrenzungskriterium zu § 824 BGB, der im Gegensatz zu § 4 Nr. 8 UWG keine Beweislastumkehr zu Lasten des Kundgebenden kennt. Im Wettbewerbsrecht muss in der Regel der Mitbewerber, der die Tatsache behauptet oder verbreitet, den Nachweis der Richtigkeit erbringen um einen gegen ihn gerichteten Unterlassungs- bzw. Schadensersatzanspruch abwenden zu können.¹⁷⁰ Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn es sich bei der Information um eine vertrauliche Mitteilung (§ 4 Nr. 8, 2 HS UWG) handelt und kumulativ ein berechtigtes Interesse an der Weiterleitung besteht. Dann muss wie bei § 824 BGB der geschädigte Anspruchsteller gezielt den Unwahrheitsbeweis antreten. § 4 Nr. 8 UWG ist somit im Ergebnis für den geschädigten Unternehmer zur Durchsetzung seines Anspruchs im Vergleich zu § 824 BGB günstiger. In

¹⁶⁶ BGH GRUR 1952, 417 - Dauerdose; BGH GRUR 1961, 237 - TOK-Band; vgl. insbesondere auch Menke, Recht und Ökonomie der kritisierenden vergleichenden Werbung, S. 24 ff.

¹⁶⁷ BGHZ 50, 1 ff.

¹⁶⁸ BGH GRUR 1987, 49, 50 - Colatest.

¹⁶⁹ Vgl. hierzu Kloepfer/Michael GRUR 1991, 170, 179, die zu dem Ergebnis kommen, dass das generelle Verbotsprinzip der Rspr. nach § 1 UWG a.F. gerade bei wahren Informationen ein ungerechtfertigter Eingriff in die Meinungsfreiheit des Äußernden darstelle. Siehe auch Schrickler AcP 172, 203, 232.

¹⁷⁰ OLG Stuttgart NJWE-WettbR 1997, 270 f.; OLG Köln GRUR-RR 2002, 44 - unentgeltlicher Messestand.

diesem Zusammenhang ist auch der unterschiedliche Zeitpunkt der Verjährung zwischen wettbewerbsrechtlichen und deliktsrechtlichen Ansprüchen zu beachten.¹⁷¹

Anwendbar sind daneben ebenfalls die zivilrechtlichen Vorschriften des § 826 BGB sowie § 823 II BGB i.V.m. §§ 186, 187 StGB. Für die Abgrenzung des Tatbestandes zu den Vorschriften der §§ 6 II Nr. 5 UWG und § 4 Nr. 7 UWG sowie § 823 I BGB im Hinblick auf den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist die teilweise schwierige Einordnung der Äußerung als Werturteil oder Tatsache oder die Unterscheidung zwischen wahrer und nicht erweislich wahrer/unwahrer Tatsachenbehauptung von Relevanz.

Im Gegensatz zu anderen lauterkeitsrechtlichen Vorschriften ist zur Erfüllung des Tatbestandes nicht notwendig, dass die unwahre/ nicht erweisliche wahre Tatsachenbehauptung den Geschädigten herabwürdigt, vielmehr fordert der Tatbestand, dass die unternehmerischen Belange in Form der Eignung zur Geschäfts- oder Kreditgefährdung tangiert werden.

Eine Interessenabwägung der im Einzelfall relevanten Gesamtumstände spielt nur dann eine Rolle, wenn es um die Frage der Beweislastverteilung und damit der Annahme eines berechtigten Interesses an einer vertraulichen Mitteilung geht. Auch bei nicht erweislich wahren Tatsachenbehauptungen, die im Gegensatz zu unwahren Tatsachenbehauptungen den Schutzbereich der Meinungsfreiheit immer tangieren¹⁷² kann eine Verhältnismäßigkeitsprüfung angebracht sein.¹⁷³

2) Entstehungsgeschichte

Nach der Regierungsbegründung zum neuen UWG¹⁷⁴ handelt es sich bei § 4 Nr. 8 UWG um die Nachfolgenorm zu § 14 UWG a.F., die sich nur in unwesentlichen Details geändert hat.¹⁷⁵ Eine substanzielle Veränderung ergibt sich aber für die Aktivlegitimation im Rahmen des Beseitigungs- bzw. Unterlassungsanspruchs. Während nach § 14 UWG a.F. allein der unmittelbar Verletzte anspruchsberechtigt war, verweist § 3 UWG n.F. nun auch auf § 8 III UWG und damit einen erweiterten Kreis von potentiellen Anspruchsberechtigten. Hinsichtlich des grundsätzlich beabsichtigten Individualschutzes dieser Vorschrift erscheint eine teleologische Reduktion jedoch angebracht, so dass nur die betroffenen Mitbewerber nach § 8 III Nr. 1 UWG anspruchsberechtigt sind.¹⁷⁶ Auch die bis 2004 in 14 I S. 1 UWG a.F. verankerte, verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung ist durch den pauschalen Verweis auf § 9 UWG und das dort verankerte Erfordernis eines mindestens fahrlässigen Verhaltens weggefallen.

¹⁷¹ So verjährt der wettbewerbsrechtliche Anspruch nach § 11 UWG in der Regel bereits 6 Monate nach Entstehen des Anspruchs, während für das Deliktsrecht die allgemeinen zivilrechtlichen Regeln der §§ 195, 199 BGB gelten.

¹⁷² BVerfG WRP 2003, 69, 70 - Anwaltsranglisten; BVerfGE 85, 1, 15.

¹⁷³ Gloy Wettbewerbsrecht-Hasselblatt § 54 Rn. 23 und 39; v. Gamm, Wettbewerbsrecht, Kap. 49 Rn. 31.

¹⁷⁴ RegE zum UWG, Bt-Drucks. 15/1487 S. 18.

¹⁷⁵ So wurde beispielsweise der Begriff des „Erwerbsgeschäfts“ durch „Unternehmen“ ersetzt oder die Wörter „Waren oder gewerbliche Leistungen“ gegen „Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten“ ausgetauscht.

¹⁷⁶ So im Ergebnis auch Köhler/Bornkamm UWG-Köhler § 4 Rn. 8.24; a.A. Harte/Henning UWG-Bruhn § 4 Nr. 8 Rn. 10.

Als eine der Urformen des unlauteren Verhaltens¹⁷⁷ kannte schon das UWG von 1896 eine vergleichbare Bestimmung in § 6 des Gesetzes zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs. In diesem Zusammenhang kann folglich auf eine lange Tradition von reichsgerichtlicher und BGH-Rechtsprechung zurückgegriffen werden. So bestätigte das Reichsgericht etwa im Jahre 1930 das Bestehen eines Unterlassungsanspruches nach § 14 UWG a.F. für den Fall, dass ein Mitbewerber auf dem Markt der Handfeuerlöcher dem Konkurrenzprodukt fälschlicherweise die Eigenschaft als universal einsetzbar absprach und diesen deswegen als vorsätzlichen Täuscher darstellte.¹⁷⁸ Ebenfalls bejahte das Reichsgericht den Unterlassungsanspruch nach § 14 UWG a.F. eines Elektroinstallateurbetriebes, da sein unmittelbarer, regionaler Konkurrent bei einem Kunden über diesen wahrheitswidrig verbreitete, dass die Dienstleistungen des Klägers ausschließlich durch unerfahrene Lehrlinge ohne Aufsicht eines erfahrenen Monteurs durchgeführt wurden.¹⁷⁹

2. Absatz Deliktsrecht

A) § 823 I BGB - eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb -

1) Anwendungsbereich und Tatbestandsvoraussetzungen

Das durch Richterrecht entwickelte Rechtsinstitut des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs ist trotz des Schutzes reiner Vermögensinteressen als „sonstiges Recht“ nach § 823 I BGB höchstrichterlich anerkannt worden.¹⁸⁰ Ziel der Rechtsfortbildung war es die wirtschaftliche Handlungsfreiheit am Markt tätiger Unternehmen zu schützen, wenn andere, speziellere Tatbestände nicht eingreifen und nach Abwägung der Gesamtinteressen der schuldhaft und rechtswidrige Eingriff zu einem ersatzwürdigen Vermögensschaden führt.

Als Fallgruppe des § 823 I BGB hat die Rechtsprechung die Äußerung herabwürdigender Werturteile¹⁸¹ sowie die Behauptung wahrer, diffamierender Tatsachenbehauptungen¹⁸² über Unternehmen anerkannt. Um einen zu extensiven, zivilrechtlichen Unternehmensschutz zu vermeiden, greift § 823 I BGB nur als Auffangtatbestand ein.¹⁸³ Aufgrund der Subsidiarität des Rechtsinstituts genießen die äußerungsrechtlichen Tatbestände des Lauterkeitsrechts (§§ 6 II Nr. 5, 3, 4 Nr. 7 UWG) immer Vorrang, wenn ihr Anwendungsbereich tangiert ist.¹⁸⁴ Das ist der Fall, wenn die geschäftsschädigenden Äußerungen als Wettbewerbshandlungen anzusehen sind. Liegen dagegen nicht erweislich wahre/unwahre Tatsachenbehauptungen durch Konkurrenten oder auch Dritte vor, so sind § 824 BGB und §§ 3, 4 Nr. 8 UWG anzuwenden. Eine Anspruchskonkurrenz ist hingegen anzunehmen, wenn unternehmenskritische Aussagen gleichzeitig als vorsätzliche, sittenwidrige Schädigungen im Sinne des § 826 BGB einzuordnen sind.¹⁸⁵

¹⁷⁷ Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 20 Rn. 4.

¹⁷⁸ RG MuW 1930, 175 ff.

¹⁷⁹ RG MuW 1934, 235 ff.

¹⁸⁰ Vgl. RGZ 58, 24; RGZ 73, 253, 255 f.; RGZ 94, 248, 249 f.; BGHZ 3, 270, 278 f.

¹⁸¹ BGH NJW 1963, 484; BGHZ 45, 296, 306; BGH NJW 2002, 1192, 1193.

¹⁸² BGH NJW 1981, 1089; BGH NJW 1961, 2254; BGH NJW 1953, 297.

¹⁸³ BGH NJW 2003, 1041; BGHZ 38, 200, 204; BGHZ 41, 123 - Legebatterie.

¹⁸⁴ Das gilt insbesondere auch dann, wenn die kürzere wettbewerbsrechtliche Verjährungsfrist nach § 11 UWG bereits abgelaufen ist, vgl. Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 81 I 4a.

An der notwendigen Betriebsbezogenheit der Äußerung wird es bei gezielten, rufschädigenden Kundgaben bezüglich eines konkreten Unternehmens in der Regel nicht fehlen. Die geforderte Unmittelbarkeit des Eingriffs entfällt lediglich, wenn die Aussage sich pauschal bzw. ungenau auf einen nicht definierbaren Kreis von Unternehmen bezieht¹⁸⁶ und damit die individuelle, betriebsspezifische Eingriffsintensität missen lässt. Demzufolge liegt der eigentliche Prüfungsschwerpunkt hier zunächst auf der Frage, ob ein herabwürdigendes, geschäftsschädigendes Werturteil bzw. eine kritische richtige Tatsachenbehauptung vorliegt.

Um den Interessen des Initiators und der Allgemeinheit gerecht zu werden, ist die Rechtswidrigkeit der Aussage jedoch nicht indiziert, sondern muss in einer umfassenden Interessenabwägung positiv festgestellt werden. Hier liegt angesichts der Weite des Tatbestandes der eigentliche Prüfungsschwerpunkt. In diesem Zusammenhang hat die Rechtsprechung für wiederkehrende Fallkonstellationen besondere Anforderungen und Regeln im Umgang mit der Interessenabwägung entwickelt.¹⁸⁷

2) Entstehungsgeschichte

Die erste höchstrichterliche Entscheidung, die die Entwicklung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb angestoßen hat, stammt vom Reichsgericht aus dem Jahre 1904.¹⁸⁸ Dort ging es im Kern nicht um die hier relevante Fallgruppe der Geschäftsehrverletzungen, sondern um eine unberechtigte Schutzrechtsverwarnung eines Unternehmers, der irrtümlich angenommen hatte, ein Gebrauchsmusterrecht an einem bestimmten Textilherstellungsverfahren zu besitzen. Die sich ergebende Schutzlücke sah das Reichsgericht in der nur fahrlässigen Unkenntnis des klagenden Unternehmers bezüglich der Schutzlosigkeit des Gebrauchsmusters und der damit verbundenen Verneinung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 826 BGB. Somit war der Rechtsgedanke des subsidiären, deliktsrechtlichen Unternehmensschutzes auch bei fahrlässigem Fehlverhalten geboren.

Einen Schutz vor kritischen Werturteilen gewährleistet das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb seit der Constanze I-Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1951.¹⁸⁹ Hier wurde unter Fehldeutung des Einflusses der Meinungsfreiheit nach Art. 5 I S. 1 GG ein Unterlassungs- bzw. Schadensersatzanspruch bejaht, sofern die herabsetzende Äußerung zu einem sachlich gebilligten Zweck nicht objektiv erforderlich war. Heute wird im Hinblick auf die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte zunächst von einer Vermutung des Vorrangs der freien Rede ausgegangen, der erst im Bereich der Schmähdiskussion als widerlegt anzusehen ist.¹⁹⁰ Im Jahr 1952

¹⁸⁵ BGHZ 69, 128, 139.

¹⁸⁶ So fehlt die Betriebsbezogenheit etwa bei pauschalen Werturteilen über „private Reinigungsfirmen“ in einer Großstadt; vgl. OLG Köln NJW 1985, 1643, 1644.

¹⁸⁷ So beispielsweise die Grundsätze der pressemäßigen Sorgfalt und Neutralität bei vergleichenden Waren- tests, vgl. BGH NJW 1987, 2222, 2223 f.; OLG München NJW-RR 1997, 1330.

¹⁸⁸ RGZ 58, 24 ff. - Jutefaser-Entscheidung.

¹⁸⁹ BGHZ 3, 270 ff. - Constanze.

¹⁹⁰ BGHZ 45, 296, 308; BGHZ 65, 325, 331.

hat der BGH erstmals auch die Verletzung des Rechts am Unternehmen durch die Behauptung oder Verbreitung wahrer, kritischer Tatsachenbehauptungen anerkannt.¹⁹¹

Seit der Entwicklung des Rechtsinstituts des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs ist dieses stets auf heftige Kritik im Schrifttum gestoßen.¹⁹² Danach sei die Einreihung des Rechts am Unternehmen in die absoluten Rechte des § 823 I BGB verfehlt, da dem Unternehmen in seinem Bestand und Ausstrahlung gerade nicht die Zuweisungs- und Ausschlussfunktion wie dem Eigentum zukomme. Ein Unternehmen müsse in einem ständigen Wettbewerb die Wirtschaftsposition und Daseinsberechtigungen immer wieder erstreiten und verteidigen, so dass es keinen festumrissenen Schutzbereich habe. Die Anerkennung des Rechtsinstituts liefe daher auf einen dem § 823 I BGB fremden, reinen Ersatz von Vermögensschäden hinaus, der sonst nur bei vorsätzlichem Handeln nach §§ 823 II, 826 BGB ersatzfähig sei.¹⁹³ Nichts desto trotz hält die höchstrichterliche Rechtsprechung auch nach über 100 Jahren an der Rechtsfigur des Rechts am Unternehmen fest.¹⁹⁴

B) § 823 I BGB - das Unternehmenspersönlichkeitsrecht -

1) Anwendungsbereich und Tatbestandsvoraussetzungen

Auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht hat der BGH neben den gesetzlich vorformulierten Rechtsgütern aus § 823 I BGB als absolutes Recht anerkannt.¹⁹⁵ Es handelt sich wie bei dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb um ein Rahmenrecht, bei dem der Tatbestand aufgrund seiner Weite durch die richterliche Fallgruppenbildung konkretisiert ist und die Rechtswidrigkeit mittels einer umfassenden Interessenabwägung positiv festgestellt werden muss.

Im Zusammenhang mit dem Unternehmensschutz kann das allgemeine Persönlichkeitsrecht besonders dann relevant sein, wenn neben der Geschäftsehre durch die rufschädigende Aussage auch die persönliche Ehre eines unternehmensnahen Individuums betroffen ist.¹⁹⁶ So etwa, wenn ein Konkurrent die persönlichen Verhältnisse eines Unternehmensinhabers oder Geschäftsführers herabsetzt oder verunglimpft und damit das Unternehmen selbst beleidigt. In solchen Fällen ist, angesichts der unterschiedlichen Schutzzwecke der Vorschrif-

¹⁹¹ Vgl. BGHZ 8, 142 ff.; hier verbreitete ein Verein, der sich dem Kreditschutz verschrieben hatte, dass ein bestimmter Unternehmer ein „langsamer Zahler“ sei, weil er einem Vereinsmitglied einen Betrag in Höhe von 600 DM schuldete.

¹⁹² Vgl. etwa Medicus, BR, Rn. 611; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 81 II u. III; Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 28 Rn. 34.

¹⁹³ So schlägt *Canaris* bei Schäden durch wahre geschäftsschädigende Tatsachenbehauptungen über Unternehmen vor, diese über die Grundsätze der informationellen Selbstbestimmung im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach § 823 I BGB zu ersetzen. Bei herabsetzenden Werturteilen hält er den Schutz durch § 826 BGB für ausreichend, da bei solchen Äußerungen zumindest immer von *dolus eventualis* auszugehen sei; vgl. Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 81 III 1 und 2.

¹⁹⁴ Vgl. etwa OLG Düsseldorf MMR 2006, 681; BGH GRUR 2006, 432; OLG Hamm, Urteil v. 22.05.2007, 27 W 58/06, juris Rn. 22.

¹⁹⁵ Beispielhaft BGHZ 13, 334, 336.

¹⁹⁶ Vgl. OLG Frankfurt AfP 1990, 228 ff. für die Darstellung des Vorstandsvorsitzenden auf einem unternehmenskritischen Plakat; siehe auch MK BGB-Rixecker § 12 (Anhang) Rn. 75.

ten, neben dem Wettbewerbsrecht (in Form von §§ 6 II Nr. 5 bzw. § 4 Nr. 7 UWG) auch § 823 I BGB in Form des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anwendbar.¹⁹⁷

Darüber hinaus wendet der BGH das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch auf Wirtschaftsunternehmen an, wenn sie aus ihrem Wesen und ihrer Funktion dieses Schutzes bedürfen, also ihr sozialer Geltungsanspruch als Teil der sozialen Identität betroffen ist.¹⁹⁸ Somit wird der durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistete Schutz der persönlichen Ehre auf Wirtschaftsunternehmen und deren allgemeines Geltungsbedürfnis in der öffentlichen Wahrnehmung ausgeweitet. Dieser Achtungsanspruch ist etwa dann verletzt, wenn ein Wirtschaftsprofessor in einem Seminar die nicht anonymisierten Daten des Jahresabschlusses eines bekannten Unternehmens analysieren lässt, um gezielt auf deren problematische Finanzsituation hinzuweisen¹⁹⁹ oder eine gesetzliche Krankenkasse in einer Mitgliederbroschüre die mangelnde Bereitschaft bestimmter Pflegeinstitute zu hohen Qualitätsstandards betont.²⁰⁰

Festzustellen ist, dass der Schutzbereich beider Rahmenrechte als weitestgehend inhaltsgleich einzustufen ist.²⁰¹ Beide Rechte aus § 823 I BGB schützen vor herabwürdigenden Öffentlichkeitsdarstellungen und werden dementsprechend in den einschlägigen Urteilen zugesprochen oder aufgrund der Subsidiarität gegenüber spezielleren Vorschriften abgelehnt.²⁰² In der Literatur wird daher teilweise die Daseinsberechtigung des Unternehmenspersönlichkeitsrechts im Hinblick auf Gewerbebetriebe kritisch betrachtet.²⁰³ Problematisch ist diesbezüglich zumindest, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht den unmittelbar, betriebsbezogenen Eingriff als Tatbestandsvoraussetzung nicht kennt und somit zumindest theoretisch eine Haftungserleichterung gegenüber dem Institut des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs darstellt. Allerdings ist dabei zu berücksichtigen, dass diese Voraussetzungen im Bereich der gezielten Unternehmenskritik, etwa bei Warentests oder herabsetzenden Äußerungen, praktisch immer gegeben ist.

Entscheidender Schwerpunkt ist in beiden Fällen die umfassende Interessenabwägung insbesondere mit Blick auf die Meinungs- bzw. Pressefreiheit des Äußernden. Daher ist eine abweichende Beurteilung im Einzelfall kaum zu erwarten. Unklar bleibt das Rangverhältnis zwischen Unternehmenspersönlichkeitsrecht und dem Recht am Unternehmen aus § 823 I BGB. In zwei Entscheidungen prüfte der Bundesgerichtshof primär eine Verletzung des Unternehmenspersönlichkeitsrechts²⁰⁴ während er in anderen Entscheidungen, die den konkre-

¹⁹⁷ Vgl. auch BVerfG NJW 1982, 2635; hier wurde ein Finanzmakler als Geldmafiosi oder Kredithai bezeichnet; Köhler/Bornkamm UWG-Köhler § 4 Rn. 7.8.

¹⁹⁸ Vgl. etwa BGH JZ 1975, 637, 638 - Geist von Oberzell; BGHZ 98, 94, 98; BGH NJOZ 2007, 2695, 2696; OLG Köln AfP 2006, 374, 375; BGH AfP 1996, 398, 399 - Blut und Sperma.

¹⁹⁹ BGH NJW 1994, 1281 ff.

²⁰⁰ OLG Hamburg NJWE-WettbR 1999, 166 ff.

²⁰¹ So auch Born AfP 2005, 110, 112; Quante, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht juristischer Personen, S.132; vgl. auch OLG Köln NJW-RR 2007, 698, 701 - Gen-Milch.

²⁰² OLG Frankfurt WuB 1994, 87, 88; BGHZ 98, 94, 97 f.; BGHZ 91, 117, 120 ff. - Mordoro; OLG Köln NJW-RR 2007, 698 - Gen-Milch.

²⁰³ Peifer, Individualität im Zivilrecht, 1. Auflage 2001, S. 534; Quante, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht juristischer Personen, 1. Auflage 1999, S. 130.

²⁰⁴ BGH NJW 1994, 1281 ff. bezieht sich ausschliesslich auf das Unternehmenspersönlichkeitsrecht; BGHZ 98, 94, 99; hier wird das Recht am Unternehmen nachrangig geprüft.

ten Ehrschutz von Unternehmungen zum Gegenstand haben, wie selbstverständlich nur das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb diskutierte.²⁰⁵

Entgegen der Rechtsprechungspraxis zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht bei natürlichen Personen, soll der rechtswidrige Eingriff in das Unternehmenspersönlichkeitsrecht jedoch nur einen Unterlassungsanspruch und nicht die Gewährung eines immateriellen Schadensersatzanspruches zur Folge haben können.²⁰⁶ Eine Rufschädigung und (Geschäfts-) Ehrverletzung ist zwar auch hier möglich, doch steht hinter dem Ersatz des Nichtvermögensschadens die auf Art. 1 I GG gründende Genugtuung für eine persönliche Kränkung, die einer Unternehmung nicht zu teil werden kann. Gerade hier offenbart sich der abgeschwächte Schutz des Persönlichkeitsrechts von Unternehmen im Vergleich zum Ehrschutz des BGB bei natürlichen Personen.²⁰⁷

2) Entstehungsgeschichte

Die erste Entscheidung des BGH, die das Unternehmenspersönlichkeitsrecht im Rahmen von kritischen Bemerkungen über einen Gewerbebetrieb entwickelte und diskutierte, stammt aus dem Jahre 1975.²⁰⁸ Dort stellte der BGH fest, dass auch juristische Personen einen Schutz ihres sozialen Geltungsanspruchs bedürfen, wenn sie als Wirtschaftsunternehmen oder Arbeitgeber tätig sind. Dabei legt der BGH zwei Herleitungen für das Unternehmenspersönlichkeitsrecht zugrunde:

Erstens nennt der Gerichtshof Art. 19 III GG und verweist damit auf die bis heute umstrittene Übertragbarkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf inländische, juristische Personen im Rahmen des Grundrechtsschutzes.²⁰⁹ Des weiteren bringt der Bundesgerichtshof die allgemeine Handlungsfreiheit von Unternehmen ins Spiel. Bei Art. 2 I GG sind zweifelsfrei auch nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts Wirtschaftsunternehmen vom personalen Schutzbereich des Grundrechts mitumfasst.²¹⁰ Zu der Entfaltung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit könne die durch Dritte unberührte, gesellschaftliche Wertschätzung als eine Art mitgeschützte Vorbedingung angesehen werden. Eine genauere Einordnung und Differenzierung in der Herleitung nimmt der BGH jedoch nicht vor, ebenso lässt der BGH eine Begründung missen, warum in diesem Zusammenhang nicht auf die bereits in den fünfziger Jahren entwickelte Fallgruppe des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes zurückgegriffen worden ist.

²⁰⁵ Siehe nur BGH NJW 1987, 2746 ff.

²⁰⁶ OLG München AfP 2003, 359, 360; BGH NJW 1980, 2807 - Medizinsyndikat.

²⁰⁷ Diese Tendenz steht im Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG zum grundrechtlichen Schutz juristischer Personen nach Art. 1 I, 2 I i.V.m. 19 III GG. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht greift - wenn überhaupt - nur unter Berücksichtigung von Art. 2 I GG, da juristischen Personen in jedem Fall der Rückgriff auf die Menschenwürde nach Art. 1 I GG verwehrt bleibt; vgl. BVerfGE 106, 28, 42ff; vgl. auch OLG Köln NJW-RR 2007, 698, 701 - Gen-Milch.

²⁰⁸ BGH JZ 1975, 637, 638, Hier ging es um die Klage einer Aktiengesellschaft, die sich gegen die herablassende Darstellung ihres Unternehmens in einem neuen Theaterstück zur Wehr setzt.

²⁰⁹ Zum genauen Streitstand vgl. Sachs GG-Murswiek Art. 2 Rn. 76 f.; Jarass/Pieroth GG-Jarass Art. 2 Rn. 52; Kau, Vom Persönlichkeitsschutz zum Funktionsschutz, insb. S. 91 ff.

²¹⁰ So etwa BVerfGE 66, 116, 130 - Springer/Wallraff; BVerfG NJW 1994, 1784 - Jahresabschluss; zum Schutz der Unternehmensreputation nach Art. 12 I GG siehe unten S. 72ff.

Das BVerfG hat zweifelsfrei - auch um einer endgültigen Entscheidung zu Art. 19 III i.V.m. Art. 2 I, 1 I GG aus dem Wege zu gehen - das Unternehmenspersönlichkeitsrecht soweit es auf den sozialen Geltungsanspruch beschränkt ist - auf die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit aus Art. 2 I GG zurückgeführt und damit die Frage der Herleitung auf der einfach gesetzlichen Ebene des Zivilrechts beendet.²¹¹ Konsequenterweise zitieren die neueren Entscheidungen der Zivilgerichte mit Bezug auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht von Unternehmen auch nur noch Art. 2 I GG i.V.m. Art. 19 III GG und lassen Art. 1 I GG in Berücksichtigung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts außen vor.²¹²

C) § 823 II BGB i.V.m. §§ 185 ff. StGB

Ein zivilrechtlicher Vermögensschutz des von der kritischen Äußerung Betroffenen ist auch dann gegeben, wenn der Initiator der Rufschädigung durch seine Handlung strafrechtlich nach §§ 185 ff. StGB verfolgt werden kann. Dies folgt aus der Rspr. des Reichsgerichts, das schon frühzeitig die Beleidigungsdelikte als Schutznormen im Sinne des § 823 II BGB anerkannt hat.²¹³ Nach ständiger Rechtsprechung der Strafgerichte sind auch Personen- und Kapitalgesellschaften beleidigungsfähig und damit Schutzsubjekte der §§ 185 ff. StGB.²¹⁴ Angesichts des Vorsatzerfordernisses im Rahmen der Beleidigungsdelikte sind die §§ 823 II i.V.m. §§ 185 ff. StGB neben den jeweils einschlägigen wettbewerbs- bzw. zivilrechtlichen Normen anwendbar. Ihrerseits verdrängen diese Normen den subsidiären Vermögensschutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs nach § 823 I BGB.

Bei herabsetzenden, unternehmensbezogenen Werturteilen kommt ein Schadensersatzanspruch auf Grundlage des § 185 StGB in Betracht²¹⁵, während bei nicht erweislich wahren bzw. unwahren Tatsachenbehauptungen die §§ 186, 187 StGB einschlägig sein können.²¹⁶ Auch die Formalbeleidigung, also die Kundgabe der Nicht- bzw. Missachtung durch wahre Tatsachenbehauptungen kann zu zivilrechtlichen Schadensersatz- bzw. Unterlassungsansprüchen nach § 823 II, 1004 I BGB analog i.V.m. §§ 185, 192 StGB führen.²¹⁷

Häufig ist § 823 II BGB in Verbindung mit den Vorsatz erfordernenden Beleidigungsdelikten nur von nachrangiger Bedeutung im äußerungsrechtlichen Unternehmensschutz. Die wettbewerbsrechtlichen Normen setzen für einen Schadensersatzanspruch nach § 9 UWG nur ein fahrlässiges Handeln des Initiators voraus. Auch bei der Verletzung der relevanten Schutzgüter aus § 823 I BGB sowie § 824 BGB genügt Fahrlässigkeit zur Begründung eines Schadensersatzanspruches. Daher erscheinen diese Schutznormen i.V.m. § 823 II BGB für den äußerungsrechtlichen Unternehmensschutz denkbar unattraktiv. Daran vermag auch die im Vergleich zum

²¹¹ BVerfG NJW 1994, 1784 - Jahresabschluss.

²¹² LG Hamburg AfP 2007, 277, 279; OLG Köln NJW-RR 2007, 698, 701 zweifelhaft OLG Hamburg AfP 2007, 146, 147.

²¹³ Vgl. RGZ 51, 369, 371; hier wurde die Anerkennung der Ehre als absolutes Recht i.S.v. § 823 I BGB abgelehnt und deswegen auf die Beleidigungsdelikte i.V.m. § 823 II BGB verwiesen.

²¹⁴ RGSt 70, 141; BGHSt 6, 186; OLG Köln NJW 1979, 1723.

²¹⁵ Harte/Henning UWG-Omels § 4 Nr. 7 Rn. 3.

²¹⁶ BGH NJW 1993, 930, 931; BGH GRUR 1960, 135, 136 ff. - Druckaufträge.

²¹⁷ So das RGZ 82, 59, 61 ff. In diesem Fall würde nach der aktuellen Rechtsprechung § 823 I BGB im Hinblick auf den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb greifen.

Wettbewerbsrecht längere Verjährungsfrist nach §§ 195, 199 BGB nichts zu ändern. Denn in der Praxis kann ein nachhaltiger Imageschaden zumeist nur dann verhindert werden, wenn gegen die öffentlichkeitswirksame Äußerung schnell zivilgerichtliche Abhilfe gesucht wird. So wird ein Schadensersatz aus § 823 II i.V.m. § 185 StGB wohl nur mit zitiert, wenn der Diffamierungsgrad der Aussage so groß ist, dass alleine daraus auf einen Vorsatz bezüglich des objektiven Tatbestandes geschlossen werden kann.

Eine Sonderstellung nimmt in diesem Zusammenhang § 186 StGB ein. Handelt der Äußernde bei der Behauptung bzw. Verbreitung einer Tatsachenbehauptung nicht in Wettbewerbsabsicht, so kann ein Unterlassungsanspruch nach §§ 1004 I analog, 823 II BGB i.V.m. § 186 StGB begründet sein, selbst wenn sich - ähnlich wie bei § 4 Nr. 8 UWG - die Wahrheit der Information nicht beweisen lässt. Die Erfolglosigkeit des Wahrheitsbeweises geht hier ausnahmsweise im Gegensatz zu dem strafrechtlichen in dubio pro reo Grundsatz zu Lasten des Täters.²¹⁸

Im Zivilprozess wird daraus eine diesbezügliche Beweispflicht des Beklagten geschlussfolgert.²¹⁹ Dies widerspricht der deliktsrechtlichen Wertung aus § 824 BGB, nach der die Unwahrheit krediterschädigender Tatsachenbehauptungen durch den Kläger nachgewiesen werden muss, und privilegiert den Anspruchsteller ähnlich wie im Wettbewerbsrecht (vgl. § 4 Nr. 8 1. HS UWG). Allerdings setzt § 186 StGB entgegen dem § 824 BGB eine über die bloße Kreditgefährdung hinausgehende Verächtlichmachung bzw. öffentliche Herabwürdigung durch die nichterweisliche Tatsache voraus, so dass eine Aushöhlung des § 824 BGB durch das zusätzliche Kriterium verhindert wird.

Eine angemessene Berücksichtigung der Interessen des Täters findet auf Ebene der Rechtfertigung statt. Hier steht mit § 193 StGB ein spezieller Rechtfertigungsgrund zur Verfügung. Insbesondere im Hinblick auf die Kommunikationsgrundrechte aus Art. 5 I GG und Allgemeininteressen wird in diesem Zusammenhang eine umfassende Interessenabwägung durchgeführt.²²⁰ Dieses Abwägungserfordernis greift ebenfalls bei der zivilrechtlichen Haftung nach § 823 II BGB durch.

D) § 824 BGB - Die Kreditgefährdung -

1) Anwendungsbereich und Tatbestandsvoraussetzungen

Der Tatbestand der Kreditgefährdung bietet Schutz vor fahrlässig und vorsätzlich geäußerten unwahren Tatsachenbehauptungen, die geeignet sind das Unternehmen in seiner wirtschaftlichen Entwicklung und in seinem Fortkommen zu gefährden.

Bei der Kreditgefährdung handelt es sich um die einzige rein äußerungsrechtliche Norm des Bürgerlichen Gesetzbuches. § 824 BGB tritt im Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts neben die Vorschriften der §§ 3, 4 Nr. 8 UWG. Auch zu der sittenwidrigen, vorsätzlichen Schädigung nach § 826 BGB besteht Anspruchskonkurrenz. Als subsidiär zu betrachten ist allerdings das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Angesichts der Begrenzung des Tatbestandes der Kreditgefährdung auf unwahre Tatsachenbehauptungen sind bei klarer Beweislage keine Überschneidungen möglich.

²¹⁸ Wessels/Hettinger S BT 1, Rn. 499 ff.; S/S-Lencker § 186 Rn. 16.

²¹⁹ BGH NJW 1985, 1621; BGH VersR 1987, 1016, 1017.

²²⁰ Lackner/Kühl StGB § 193 Rn. 1; Fischer StGB § 193 Rn. 17.

Während die strafrechtlichen Beleidigungsdelikte der §§ 185, 186 StGB die persönliche Ehre von Individuen und bestimmten Personenmehrheiten schützen²²¹, geht es bei § 824 BGB in erster Linie um die Ehre und das Ansehen im geschäftlichen Verkehr. Dies wird durch das Tatbestandsmerkmal der Eignung zur Kreditgefährdung sichergestellt. Daher besteht zwischen § 824 BGB und § 823 II BGB i.V.m. §§ 185, 186 StGB Anspruchskonkurrenz. Tatbestandsüberschneidungen können sich mit einem Anspruch aus § 823 II BGB i.V.m. § 187 StGB ergeben, da die Verleumdung teilweise ebenfalls auf die Geeignetheit zur Kreditgefährdung abstellt. Laut BGH ist aber auch hier im Hinblick auf die unterschiedlichen Verschuldensvoraussetzungen von einer Anspruchskonkurrenz auszugehen.²²²

Hat der Anspruchssteller das Vorliegen einer unwahren Tatsachenbehauptung nachweisen können, so muss weiterhin die Geschäftsehre des Betroffenen unmittelbar gefährdet sein.²²³ Es geht dem Gesetzgeber um die Begrenzung der Gefahr, dass Geschäftspartner eine (unbegründet) negative Vorstellung über den betroffenen Betrieb entwickeln. Einen dem § 193 StGB ähnlichen Rechtfertigungsgrund sieht § 824 II BGB für den Fall vor, dass dem Schädiger die Unwahrheit der Tatsache unbekannt gewesen ist und er selbst oder der Aussageempfänger ein berechtigtes Interesse an der Mitteilung hat. Für die Annahme eines berechtigten Interesses ist eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen.²²⁴ Abgemindert werden soll damit letztlich die Prüfungspflicht desjenigen, der wichtige Informationen für sich, Dritte oder die Allgemeinheit besitzt und mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln nicht in der Lage ist, die Wahrheit der Information abschließend zu ermitteln.²²⁵ Das betrifft ganz besonders Unternehmen, die auf den kommunikativen Austausch von Drittinformationen angewiesen sind.²²⁶ Dabei muss jedoch im Interesse der Geschäftsehre des betroffenen Unternehmens zumindest ein gewisser Mindeststandard an Prüfungspflichten gewahrt bleiben.

2) Entstehungsgeschichte

§ 824 BGB ist seit der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches im Jahre 1900 keinen Veränderungen des Wortlautes unterlegen. Demzufolge kann auch in Bezug auf diese Norm auf eine lange Rechtsprechungspraxis zurückgegriffen werden. So ging das Reichsgericht bereits im Jahre 1908 von einem Schadensersatzanspruch eines deutschen Unternehmers aus, wenn ein sich auf internationale Geschäfte spezialisiertes Auskunftsbüro entgegen gegenteiliger Erfahrungsberichte von Vertragsbeziehungen mit dem Anspruchssteller abriet.²²⁷ Dabei wurde in der Rechtsprechungsgeschichte der Kreditgefährdung schon frühzeitig festgestellt, dass für die Ein-

²²¹ BGHSt 1, 289; BGHSt 36, 148; Fischer StGB Vor § 185 Rn. 3.

²²² BGH NJW 1983, 1183.

²²³ JurisPK BGB-Reichhold § 824 Rn. 24.

²²⁴ Relevant sind neben den einschlägigen Grundrechten, das Ausmaß der drohenden Gefahr, die Dinglichkeit der Mitteilung und die Zuverlässigkeit der eigenen Informationsquellen; siehe Erman BGB-Schiemann § 824 Rn. 11; MK BGB-Wagner § 824 Rn. 41.

²²⁵ So beispielsweise bei der behördlichen Warnung vor (angeblich) gesundheitsschädlichen Lebensmitteln, vgl. LG Wiesbaden NJW 2001, 2977, 2978.

²²⁶ BGH NJW 2000, 1036, 1037; BGH VersR 1988, 405; Peters NJW 1997, 1334, 1335 f.

²²⁷ RG JW 1908, 241 f.

stufung der Aussage als wahr oder unwahr nicht die Expertenansicht, sondern das Verständnis eines unbefangenen Durchschnittsempfängers des angesprochenen Geschäftskreises ausschlaggebend sein sollte.²²⁸

E) § 826 BGB

Der Tatbestand des § 826 BGB gewährt immer dann einen Anspruch auf Schadensersatz, wenn dem Geschädigten absichtlich oder zumindest mit Eventualvorsatz ein Schaden auf sittenwidrige Weise zugefügt wird und der Ersatzverpflichtete sich gleichzeitig der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände bewusst ist. Der Verstoß gegen ein bestimmtes Rechtsgut ist dabei nicht notwendig, so dass dem Tatbestand eine generalklauselartige Weite zuzusprechen ist. Der weite Anwendungsbereich wird allerdings durch das doppelte Vorsatzerfordernis relativiert.

Zu den anderen äußerungsrechtlich relevanten Anspruchsgrundlagen besteht Anspruchskonkurrenz und auch neben den wettbewerbsrechtlichen Tatbeständen ist § 826 BGB in vollem Umfang anwendbar.²²⁹ Der Grund liegt nach einhelliger Meinung darin, dass der vorsätzliche Schädiger - egal welche spezialgesetzlichen Normen anwendbar sind - nicht auf ungerechtfertigte Weise privilegiert werden soll.²³⁰

Neben dem Bestehen eines Schadens und dem diesbezüglichen Vorsatz muss das Verhalten des Schädigers als sittenwidrig im Sinne des § 138 BGB einzuordnen sein, also gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßen.²³¹ Obwohl diese Generalklausel ursprünglich dazu bestimmt war, das Marktverhalten der Unternehmer zu kontrollieren, ließ durch die Einführung des spezielleren UWG im Jahre 1909 das Bedürfnis nach einem Rückgriff auf § 826 BGB nach.²³²

Doch trotz der Entwicklung spezieller Fallgruppen unter § 1 UWG a.F. und dem zusätzlichen Vorsatzerfordernis blieb aufgrund der längeren Verjährungsfrist nach §§ 195, 199 BGB ein Rückgriff auf § 826 BGB nie bedeutungslos. Umstritten ist bei diesem Rückgriff, ob mit der Bejahung der Unlauterkeit im Wettbewerbsrecht automatisch auch auf eine Sittenwidrigkeit i.S.v. § 138 BGB geschlossen werden kann.²³³ Etwa dann, wenn ein Unternehmer Produkte der Konkurrenz gezielt auf diffamierende Art und Weise kritisiert. Eine starke Literaturansicht ging davon aus, dass angesichts der Einheit der Rechtsordnung bei Eingreifen einer Fallgruppe der ehemaligen Generalklausel nach § 1 UWG a.F. von einer Überschneidung der Begriffe gute Sitten und Lauterkeit auszugehen sei.²³⁴ In beiden Fällen sei bei der Beurteilung einheitlich auf die Erwartungshaltung und Mindeststandards im marktwirtschaftlichen Verkehr abzustellen. Dagegen verweisen vor allem *Beater* und *Hönn* auf die verschiedenen Schutzzwecke von § 1 UWG a.F. und §§ 138, 826 BGB und die dadurch bedingten Ab-

²²⁸ Vgl. RG JW 1915, 34; denn gerade dieser Verkehrskreis durfte aufgrund der Formulierung auf die Böswilligkeit und Zahlungsunfähigkeit des konkreten Unternehmers schließen.

²²⁹ BGHZ 36, 252, 256.

²³⁰ Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 28 Rn. 23.

²³¹ BGH NJW 2004, 2668, 2670; BGHZ 10, 232.

²³² Kötz, Deliktsrecht, Rn. 260; MK BGB-Wagner § 826 Rn. 153.

²³³ So verwendete die Generalklausel nach § 1 UWG a.F. noch den Begriff der „guten Sitten“, der im Rahmen des neuen UWG in § 3 UWG durch „unlauter“ ersetzt worden ist.

²³⁴ Sack WRP 1985, 1, 4; Staudinger BGB-Oechsler § 826 Rn. 382; so auch schon Baumbach: in Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 1. Auflage 1929, X 1 A (S. 178).

weichungen bei der jeweiligen Auslegung des Wortes "Sittenwidrigkeit". Sie lehnen einen automatischen Rückschluss auf eine stets gleichzeitige Einschlägigkeit von § 1 UWG a.F. und § 138 BGB daher ab.²³⁵

2. Teil Relevante Abwägungskriterien im äußerungsrechtlichen Unternehmensschutz sowie die Wertungsvorgaben des Bundesverfassungsgerichts

1 Abschnitt Einleitung

Wie bereits aufgezeigt, genügt es für die Begründung eines Unterlassungs-, Widerrufs- bzw. Schadensersatzanspruches im äußerungsrechtlichen Unternehmensschutz oft nicht, lediglich unter den klar spezifizierten Tatbestandsvoraussetzungen zu subsumieren. Vielmehr liegt der gemeinsame Schwerpunkt der relevanten Anspruchsgrundlagen oftmals auf einer umfassenden Interessen- und Güterabwägung. Wie bereits festgestellt wurde, sind angesichts der vielschichtigen Eingliederung von Wirtschaftsunternehmen in der Gesellschaft, herabsetzende Werturteile und (un-) wahre Tatsachenbehauptungen durch die unterschiedlichsten Kommunikatoren vorstellbar. Daher verwundert es nicht, dass eine Fülle unterschiedlicher Rechtspositionen bei der Interessen- und Güterabwägung zu berücksichtigen sein können. Um den Umgang der Legislative (vgl. 3. Teil der Untersuchung) und Judikative (vgl. 4. Teil der Untersuchung) mit dieser rechtlichen Gemengelage genauer analysieren zu können, ist es notwendig, die relevanten Abwägungskriterien zunächst herauszuarbeiten und deren spezifische Ausprägung im Wettbewerbs- und Deliktsrecht darzustellen.²³⁶

2 Abschnitt Grundrechte

1. Absatz Cursorischer Überblick über die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das Privatrecht

Inwiefern Grundrechte im Rahmen von zivilrechtlichen Interessenabwägungen eine Rolle spielen können, ist maßgeblich davon abhängig, ob und wie sie über ihre Funktion als subjektive Abwehrrechte gegenüber staatlichen, zumeist öffentlich-rechtlichen Eingriffen hinaus auf die gesamte Rechtsordnung Einfluss nehmen. In erster Linie fungieren die Grundrechte als subjektives Recht des Bürgers, um diesen in die Lage zu versetzen sich in definierten Freiheitssphären vor staatlichen Eingriffen zu schützen.²³⁷ Grundrechte gewährleisten in begrenztem Umfang Unabhängigkeit und Freiheit gerade vom Staat.²³⁸ Umstritten ist dagegen, ob der einzelne Bürger bzw. die privatrechtlich organisierten Unternehmensformen im Verhältnis zueinander ebenfalls grundrechtsberechtigt bzw. grundrechtsverpflichtet sind.

²³⁵ Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 28 Rn. 24; Soergel BGB-Hönn § 826 Rn. 21.

²³⁶ Dieser 2. Teil der Bearbeitung versteht sich im Wesentlichen als cursorischer Überblick über die staatsrechtlichen Grundlagen (i) der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das Privatrecht, (ii) die Darstellung der Grundlagen zu einzelnen Grundrechten als relevante Abwägungskriterien im äußerungsrechtlichen Unternehmensschutz und deren Drittwirkungsintensität, sowie (iii) die Darlegung der entsprechenden Abwägungsvorgaben des BVerfG für die Fachgerichte. Aufgrund der Komplexität und Vielschichtigkeit der entsprechenden staatsrechtlichen Dogmatik sollen die relevanten Themenkomplexe hier nur, soweit für die weitere Bearbeitung erforderlich, dargestellt werden. Auf vertiefende staatsrechtliche Literatur wird jeweils in den Fußnoten verwiesen.

²³⁷ So schon Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 94 ff. „status negativus“; Laubinger, VerwArch 1989, 261, 299; BVerfGE 68, 193, 205 u. 50, 290, 337.

A) Unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte nach Nipperdey

Als Begründer der Theorie der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte geht *Nipperdey* davon aus, dass Grundrechte nicht nur im Verhältnis zwischen Staat und Bürger anwendbar sind, sondern im gleichen Umfang die Rechtsbeziehungen zwischen Privatrechtssubjekten bestimmen und im Privatrecht direkt anwendbar sind.²³⁹ Dies begründet *Nipperdey* damit, dass in modernen demokratischen Rechtsordnungen Grundrechtsbestimmungen immer stärker die Struktur allgemeinverbindlicher Normen annehmen und die Verfassung nicht nur eine Bindung des Staates beabsichtigt, sondern als Lebensordnung des gesamten Volkes zu betrachten ist.²⁴⁰ Privatrechtssubjekte wären damit untereinander in vollem Umfang grundrechtsverpflichtet. Auf Grundlage dieser Theorie hat das Bundesarbeitsgericht zeitweise Grundrechte als Verbotsgesetze i.S.v. § 134 BGB anerkannt und somit eine arbeitsrechtliche Vereinbarung als mit den Grundrechten unvereinbar erklärt. Darüber hinaus hat es offengehalten, ob Grundrechte auch ohne den Umweg des § 134 BGB die Nichtigkeit eines zivilrechtlich relevanten Handelns begründen können.²⁴¹ Nicht auszuschließen wäre nach dieser Theorie auch die Grundrechte als Schutzgesetze nach § 823 II BGB oder absolute Rechte in Form von § 823 I BGB anzuerkennen.²⁴² Diese Theorie der unmittelbaren Drittwirkung ist in der Literatur als auch der Rechtsprechung des BGH und BVerfG auf Ablehnung gestoßen.²⁴³ Dazu wird insbesondere der Wortlaut des Art 1 III GG angeführt, der die unmittelbare Grundrechtswirkung auf die Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung und damit staatliches Handeln begrenzt. Im Hinblick auf die Bedeutung und Tragweite der Vorschrift scheitert eine analoge Anwendung auf Privatrechtssubjekte an einer planwidrigen Gesetzeslücke. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Verfassungsgeber die Privatrechtssubjekte gezielt aus dem Kreis der unmittelbaren Grundrechtsgebundenen ausschließen wollte.²⁴⁴ Ferner würde eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Zivilrecht den Grundsatz der Privatautonomie, also die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Einzelnen, erheblich einschränken. Ein Anbieter von Produkten wäre etwa aufgrund des Gleichheitsgrundsatzes bei einer preisgünstigen Offerte gegenüber bestimmten Kunden auch allen übrigen Kunden gegenüber verpflichtet, sofern er keinen sachlichen Grund für eine Differenzierung nachweisen kann.²⁴⁵ Der eigentliche Sinn der unmittelbaren Drittwirkung, nämlich dem Bürger bestimmte Freiheitssphären auch im Privatrecht zu garantieren²⁴⁶, würde aufgrund drohender gegenseitig blockierender Grundrechtsgewährung gerade ins Gegenteil verkehrt.

²³⁸ Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Rn. 76.

²³⁹ Nipperdey in: Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 15. Auflage, § 15 IV 4; so auch Gamillscheg AcP 164, 385, 419 ff.; Bleckmann DVBl. 1988, 938, 942.

²⁴⁰ Nipperdey, RdA 1950, 121, 124.

²⁴¹ BAGE 4, 274, 284; vgl. hierzu auch BAGE 1, 185, 193; Hier ging es um die Rechtmäßigkeit einer fristlosen Kündigung eines Betriebsratsmitglieds, das am Arbeitsplatz zu Wahlkampfzeiten Werbezettel einer politischen Partei verteilt hatte.

²⁴² Vgl. Canaris AcP 184, 201, 202.

²⁴³ Vgl. im Einzelnen und im Detail dazu Dolderer, Objektive Grundrechtsgehalte, S. 201 ff.; Guckelberger JuS 2003, 1151, 1153 f.; Erichsen Jura 1996, 527, 529 ff.

²⁴⁴ Vgl. etwa Maunz/Dürig GG-Herdegen, Art. 1 Abs. 3, Rn. 99; ähnlich wohl auch Stern, Staatsrecht III/1, § 76 II 1 (S. 1540).

²⁴⁵ Erichsen, Jura 1996, 527, 530.

B) Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte auf Basis der Lüth-Entscheidung des BVerfG

In Anerkennung der Selbstständigkeit und prinzipiellen Unabhängigkeit des Privatrechts²⁴⁷ stellte das Bundesverfassungsgericht mit der Lüth-Entscheidung vom 15. Januar 1958 fest, dass die Grundrechte als über die Abwehrfunktion hinausgehende, grundsätzliche Wertentscheidungen anzusehen seien. Danach dürfe keine nachrangige, einfach-gesetzliche Vorschrift im Widerspruch zu dem Grundgesetz stehen.²⁴⁸ Auf das Privatrecht wirke sich dieser Einfluss des Grundgesetzes insbesondere aus, wenn den Gerichten bei der Rechtsfindung durch materielle Normen ein Auslegungs- und Ermessensspielraum eingeräumt werde.²⁴⁹ So werden gerade die tatbestandlich weiten Generalklauseln wie §§ 826, 138, 242 BGB durch grundrechtliche Wertungen beeinflusst und deswegen auch als zivilrechtliche „Einbruchstellen“²⁵⁰ des Verfassungsrechts bezeichnet. Daneben können auch einzelne, auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe einen Rückgriff auf grundgesetzliche Wertentscheidungen rechtfertigen.²⁵¹

Somit sind die Grundrechte als objektive, generelle Wertentscheidung nicht direkt in den Rechtsbeziehungen zwischen Privatrechtssubjekten anwendbar. Vielmehr bleiben primär die anspruchsbegründenden Normen des Privatrechts einschlägig; deren Auslegung durch die Gerichte wird aber gerade bei unbestimmten Tatbestandsvoraussetzungen von grundlegenden Verfassungswerten bestimmt und durch sie angereichert. Daher erreicht der Staat in Form der Judikative, dass die Grundwerte der Verfassung in gewissen rechtlichen Konstellationen auch zwischen Privatpersonen Geltungskraft entfalten. Die Grundrechte als Teil des ranghöchsten, deutschen Rechts strahlen daher auf das Zivilrecht aus.²⁵²

In der Literatur wird in den letzten Jahrzehnten versucht, die Theorie der mittelbaren Drittwirkung im Privatrecht mit der Funktion der Grundrechte als staatliche Schutzpflichten zu erklären.²⁵³ Danach ist es objektivrechtliche Staatsaufgabe den Kernschutzbereich der Grundrechte durch Handlungen der Exekutive, Judikative (z.B. Auslegung von Generalklauseln) und Legislative (Schaffung von grundrechtswahrenden Privatrechtsnormen) derart zu konkretisieren, dass die Bürger auch vor dessen Gefährdung durch Dritte ausreichend abgesichert sind. Der Staat muss durch positive Maßnahmen dafür sorgen, dass grundrechtliche Rechtsgüter nicht durch andere Personen verletzt oder gefährdet werden.²⁵⁴ Damit wird ein eher leistungsrechtlicher Charakter der mittelbaren Drittwirkung in den dogmatischen Fokus gestellt.²⁵⁵ Der Staat mutiert vom Gegner zum Helfer und Beschützer der grundrechtlichen Freiheiten, insbesondere dort wo sich Bürger gegenüber stehen.²⁵⁶ Dies

²⁴⁶ Laufke, FS Lehmann Bd I, S. 145, 154.

²⁴⁷ Dürig, FS Nawiasky, S. 157, 184: Verhinderung der „Verstaatlichung (Sozialisierung) des Privatrechts“ und Erhaltung der grundsätzlichen Eigenständigkeit.

²⁴⁸ BVerfG NJW 1958, 257 - Lüth.

²⁴⁹ st. Rspr.; vgl. beispielhaft BVerfGE 34, 280, BGH NJW 1986, 2944; BGH NJW 1999, 1326.

²⁵⁰ So Dürig in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte Bd. 2, S. 525; BVerfGE 42, 143, 148-Deutschland-Magazin.

²⁵¹ So etwa die „berechtigten Interessen“ i.S.d. § 824 Abs. 2 BGB; vgl. hierzu MK BGB-Wagner § 824 Rn. 41 ff.

²⁵² Vgl. dazu vertiefend etwa Schulze-Fielitz Jura 2008, 52, 55 ff.

²⁵³ Vgl. dazu vertiefend Canaris AcP 184, 201, 225 ff; Stern, Staatsrecht III/1, § 76 IV 5; Oeter AöP 119, 529, 549 ff; Epping, Grundrechte, Rn. 350 ff; Maunz/Dürig, GG, Herdegen, Art. 1 Abs. 3, Rn. 64 f.; Hermes NJW 1990, 1764 ff.; zu den Konsequenzen im Prüfungsaufbau vgl. Augsberg/Viellechner JuS 2008, 406 ff.

²⁵⁴ Vgl. BVerfG NJW 2003, 2815.

²⁵⁵ Augsberg/Viellechner JuS 2008, 406, 410.

²⁵⁶ Schulze-Fielitz Jura 2008, 52, 56.

ergibt sich aus den den Grundrechten zugrundeliegenden objektiven Wertentscheidungen des Verfassungsgebers und verwirklicht sich durch die Grundrechtsbindung des Privatrechtsgesetzgebers als auch des Zivilrichters gem. Art. 1 III GG.²⁵⁷ Aus dieser objektiven Schutzpflicht des Staates soll sich gegebenenfalls ein entsprechendes Schutzrecht des Bürgers ergeben können. Auch in der Rechtsprechung des BVerfG finden sich Hinweise auf die Schutzpflichtendogmatik auf Basis der Lüth-Rechtsprechung. So hat das BVerfG etwa im Zusammenhang mit Art. 2 II GG festgestellt, dass der Staat rechtswidrige Angriffe anderer auf das Leben einer Person unterbinden müsse.²⁵⁸ Auch bei der gerichtlichen Kontrolle des Inhalts ehevertraglicher, zivilrechtlicher Abreden, die vor der Eheschließung mit einer Schwangeren getroffen wurden und die Betreuungs- und Unterhaltssituation des gemeinsamen Kindes nach einer Scheidung berühren, zeigt das BVerfG unter Bezugnahme auf Art. 2 I i.V.m. Art. 6 IV GG und Art. 6 II GG klare Ansätze der Schutzpflichtendogmatik auf Basis der Lüth-Rechtssprechung. Dort heißt es wörtlich: *Im Privatrechtsverkehr entfalten die Grundrechte ihre Wirkkraft als verfassungsrechtliche Wertentscheidungen durch das Medium der Vorschriften, die das jeweilige Rechtsgebiet unmittelbar beherrschen, damit vor allem auch durch die zivilrechtlichen Generalklauseln* [hier erfolgt insb. ein Verweis auf die Lüth-Rspr. (BVerfGE 7,198, 205f.)]. *Der Staat hat auch insoweit die Grundrechte des Einzelnen zu schützen und vor Verletzung durch andere zu bewahren.*²⁵⁹

Andere Stimmen in der Literatur wollen den Grundrechten auf Basis der Lüth-Rechtsprechung wiederum auch in ihrer Abwehrfunktion Bedeutung für das Privatrecht beimessen.²⁶⁰ Es handelt sich dabei um einen weiteren Versuch der Reformulierung der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das Privatrecht, der noch keinen ausdrücklichen Niederschlag in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gefunden hat.²⁶¹ Danach könnte etwa das Urteil eines Zivilrichters, mit dem die Wiederholung einer Meinungsäußerung untersagt wird, als ein Eingriff in die Meinungsfreiheit des Äußernden begriffen werden, so dass dem Äußernden grundrechtlicher „Schutz durch Eingriff“ zustehen würde.²⁶² Auch wäre es denkbar bei einer gesetzlichen Einschränkung der Zulässigkeit bestimmter Vertragsklauseln (mit Rücksicht auf die Berufsfreiheit des Vertragspartners) einen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Privatautonomie zu erblicken. Dabei müssen sich die Schutzrechtsdogmatik und die Betonung der Abwehrfunktion im Zusammenhang mit der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte gegenseitig nicht ausschließen. Privatrechtsnormen bzw. Einzelfallentscheidungen der Zivilrichter bergen - je nach Perspektive - den Eingriff in die grundrechtlichen Rechtsgüter der einen Personen als auch die Gewährleistung von Schutz etwaiger grundrechtlicher Positionen der anderen Seite in sich.²⁶³ Hier ist noch vieles umstritten, etwa auch, ob die Anwendung der Schutzrechtsdogmatik bzw. Betonung der Abwehrdimension im Zusammenhang mit der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte zu einer von der praktizierten Rechtsprechungsdogmatik des Lüth-Urteils abweichenden Drittwirkungsintensität der Grundrechte führt²⁶⁴ und wie

²⁵⁷ Vgl. dazu etwa Guckelberger JuS 2003, 1151, 1155.

²⁵⁸ BVerfG NJW 1975, 573 ff.

²⁵⁹ BVerfG NJW 2001, 957; so auch etwa BVerfG NJW 2003, 2815.

²⁶⁰ Vgl. Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, S. 92 und 124 ff.; Cremer, Freiheitsgrundrechte, S. 66 ff. und S. 74 ff.; Hager JZ 1994, 373, 374 ff.

²⁶¹ So auch Schulze-Fielitz Jura 2008, 52, 56; Epping, Grundrechte, Rn 357.

²⁶² So etwa ein Beispiel bei Epping, Grundrechte, Rn. 354.

²⁶³ Vgl. Guckelberger JuS 2003, 1151, 1156.

²⁶⁴ Teilweise wird dies unter Verweis auf eine bloße „Reformulierung“ der Rechtsprechungsdogmatik des BVerfG verneint (Schulze-Fielitz Jura 2008, 52, 56). Auch nach Hager spielt es im Ergebnis für die Reich-

zwischen beiden Ansätzen bei Rechtsnormen als auch Zivilurteilen im Detail abzugrenzen ist.²⁶⁵ Auf weitere Einzelheiten zu der theoretischen, verfassungsrechtlichen Diskussion soll im Gang dieser Untersuchung betreffend den äußerungsrechtlichen Unternehmensschutz vor Herabsetzung und (un)wahrer Kritik im Wettbewerbs- und Deliktsrecht nicht eingegangen werden. Es wird auf die einschlägige staatsrechtliche Literatur verwiesen.²⁶⁶

C) Auswirkungen der mittelbaren Drittwirkung auf den äußerungsrechtlichen Unternehmensschutz

Alle äußerungsrechtlich relevanten Anspruchsgrundlagen des Wettbewerbs- bzw. Deliktsrechts sind entweder generalklauselartig formuliert (§ 826 BGB, §§ 3, 4 Nr. 7 UWG sowie §§ 3, 6 II Nr. 5 UWG), als offene Tatbestände konzipiert (absolute Rechte nach § 823 I BGB) oder verfügen über einzelne auslegungsbedürftige Tatbestandsmerkmale („berechtigtes Interesse“ in § 824 II oder „Wahrnehmung berechtigter Interessen“ aus § 823 II BGB i.V.m. § 193 StGB; § 4 Nr. 8 UWG), so dass die Drittwirkung der Grundrechte durchgreift und die relevanten Grundrechte durch die Fachgerichte bei der Subsumption unter den Normen geprüft werden müssen.

1) Drittwirkungsintensität der Grundrechte im Zivilrecht

Ob im Privatrecht die Schutzwirkung der Grundrechte geringer ausfällt als im Bereich der klassischen Abwehrdimension des Verhältnisses Bürger - Staat ist im Detail weitestgehend ungeklärt.²⁶⁷

Geht man wie *Zippelius* davon aus, dass die Drittwirkung der Grundrechte auf die Menschenwürdegarantie des Art. 1 GG zurückzuführen ist und daher gerade der Menschenwürdegehalt eines Grundrechts auf das Zivilrecht ausstrahlt²⁶⁸, so könnte man hieraus auf einen eher restriktiven Schutz der grundrechtlichen Rechtsgüter im Privatrecht schließen. Denn der Menschenwürdegehalt eines spezifischen Grundrechts definiert sich ausschließlich über den unantastbaren Kernbereich.²⁶⁹ Auch die Überlegung, dass nur der Staat durch die ihm eingeräumte Gewalt zur Fremdbestimmung in der Lage ist und daher einer intensiven Machtbegrenzung bedarf, führt tendenziell zu einer Abschwächung der grundrechtlichen Schutzgehalte im Rahmen des Privatrechts. Denn das Verhältnis zwischen Privatrechtssubjekten ist - losgelöst von wirtschaftlichen Machtpositionen im Einzelfall - nicht durch ein ähnlich starkes Machtgefälle gekennzeichnet.

Im Einklang mit der Walraff-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 25. Januar 1984 kann diesem Ansatz jedoch nicht uneingeschränkt zugestimmt werden. In der Entscheidung stellte das Bundesverfassungs-

weite der Grundrechte im Privatrecht keine Rolle, ob sie unter ihrem Abwehr- oder ihrem Schutzaspekt zum Tragen kommen (Hager JZ 1994, 373, 381ff.). Dagegen wird an anderer Stelle zu Recht auf die dogmatischen Unterschiede zwischen der Abwehrfunktion und der grundrechtlichen Schutzpflichten hingewiesen (vgl. im Einzelnen Epping, Grundrechte, Rn. 355; Michael/Morlok, Grundrechte, Rn. 506).

²⁶⁵ Vertiefend Michael/Morlok, Grundrechte, Rn. 506 ff.; Maunz/Dürig-GG, Herdegen, Art. 1 III, Rn. 59 ff.; Epping, Grundrechte, Rn. 357 ff.

²⁶⁶ Vgl. etwa Maunz/Dürig-GG, Herdegen, Art. 1 III, Rn. 59 ff.; Hager JZ 1994, 373 ff.; Augsberg/Viellechner JuS 2008, 406 ff.; Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, S. 92 und 124 ff.; Cremer, Freiheitsgrundrechte, S. 66 ff. und S. 74 ff.

²⁶⁷ Vgl. Maunz/Dürig GG-Herdegen Art. 1 III Rn. 65; Jarass AöR 110, 363, 374, so aber Stern, Staatsrecht IV/1, § 108 III 3 B).

²⁶⁸ Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, § 18 I 3.

²⁶⁹ Vgl. BVerfG NJW 2004, 999,1001; BVerfG NSTZ 1995, 413, 414.

gericht fest, dass die in den Schutzbereich der Pressefreiheit fallende Vertraulichkeit redaktioneller Arbeit auch gegen Eingriffe Privater geschützt werden müsse um die staatsrechtlich angestrebte Eigenständigkeit und Unabhängigkeit der Medien gewährleisten zu können.²⁷⁰ Diese Argumentation verdeutlicht, dass sich verallgemeinerungsfähige Aussagen über die Drittwirkungsintensität aller Grundrechte verbieten. Vielmehr wird deutlich, dass die Schutzrichtung jedes einzelnen Grundrechts über deren individuelle Drittwirkungsdichte im Privatrecht entscheidet. Es gilt folglich zu hinterfragen, ob nach dem Willen des Verfassungsgebers der Grundrechtsberechtigte auch auf gesellschaftlicher Ebene eine (teil-)identische Freiheitssphäre benötigt, die ihn auch vor Eingriffen Privater schützt.

Begreift man die mittelbare Drittwirkung als Konkretisierung staatlicher Schutzpflichten, so ist festzustellen, dass zumindest dem Gesetzgeber bei der privatrechtlichen Ausgestaltung der Schutzpflichten ein weiter Ermessensspielraum zugesichert ist.²⁷¹ Wie stark die Fachgerichte einzelne grundrechtliche Rechtsgüter bei der Interpretation des Zivilrechts gewichten, zeigt sich in Form einer umfassenden, einzelfallbezogenen Interessenabwägung.²⁷² Hier ist den Gerichten ebenfalls ein gewisser Entscheidungsspielraum zu zubilligen. So ist es in Wahrnehmung dieses Spielraums der Fachgerichte im Einzelfall etwa denkbar, dass das hinter dem Grundrecht stehende Rechtsgut bei Eingriffen durch mächtige Großunternehmen, Verbände oder einflussreiche Gewerkschaften stärker gewichtet wird als in sonstigen Konstellationen. Denn der Eingriff in grundrechtliche Freiheitssphären durch wirtschaftliche bzw. gesellschaftliche Macht von Organisationen wird teilweise als „staatsähnlich“ empfunden, so dass der Bürger besonders zu schützen ist.²⁷³ In Anerkennung der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte könnte dieser Gedanke etwa im Rahmen der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln gebührend Berücksichtigung finden. Ebenfalls ist es von der Einzelfallauslegung des fachrichterlichen Spielraums abhängig, ob der Meinungsfreiheit des Äußernden geringere Bedeutung zukommt, wenn er als Konkurrent in Wettbewerbsabsicht gehandelt hat und sein Verhalten daher am Lauterkeitsrecht und nicht nach deliktsrechtlichen Maßstäben zu messen ist.²⁷⁴ Bei der Beantwortung dieser Frage stellen auch privatrechtliche Wertentscheidungen, wie der wettbewerbsrechtliche Schutzzweck des fairen Leistungswettbewerbs sowie das Bedürfnis des Verbrauchers an sachgerechten Marktinformationen relevante Beurteilungskriterien dar. Die Drittwirkungsintensität der Grundrechte ist daher auch abhängig von der individuellen Gewichtung der übrigen Schutzgüter, die ebenfalls bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes zu beachten sind.

Die Problematik der mittelbaren Drittwirkung liegt mithin darin, dass verlässliche, verallgemeinerungsfähige Maßstäbe für die „Intensität“ der Ausstrahlungswirkung von Grundrechtsgehalten in das Privatrecht fehlen.²⁷⁵ Die Intensität der Ausstrahlungswirkung ist mithin vielmehr von den Einzelfallumständen sowie dem jeweils konkret betroffenen Grundrecht abhängig.

²⁷⁰ BVerGE 66, 116, 135.

²⁷¹ BVerfGE 49, 89, 142; BVerfGE 56, 54, 78; Guckelberger JuS 2003, 1151, 1155; Maunz/Dürig, GG-Herdeggen, Art. 1 Abs. 3, Rn. 64 f.

²⁷² Vgl. dazu im Detail die Ausführungen auf den Seiten 98 ff.

²⁷³ Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band II, 1954, S. 382; vgl. auch Leisner, Grundrechte und Privatrecht, S. 380 ff.

²⁷⁴ Vgl. hierzu insbesondere S. 186 ff.

2) Grenzen der Drittwirkungsintensität der Grundrechte

Pauschale Aussagen über die Drittwirkungsintensität der Grundrechte im Privatrecht können - wie zuvor aufgezeigt - nur schwierig getroffen werden. Klarer, abstrakt darstellbar sind indes die Grenzen, denen die Fachgerichte bei der mittelbaren Berücksichtigung der Grundrechte im Privatrecht unterworfen sind. Dabei ist zunächst die Wertung des Privatrechtsgesetzgebers zu beachten. Er hat die Rolle des primären Verfassungsinterpreten.²⁷⁶ Denn zumindest wesentliche Beschränkungen grundrechtlicher Freiheiten im Zivilrecht bedürfen zunächst einer hinreichend eindeutigen Festlegung durch den Gesetzgeber selbst (Parlamentsvorbehalt) und können nicht ohne weiteres durch den Richter in verfassungsunmittelbarer Güterabwägung geleistet werden.²⁷⁷ Der Privatrechtsgesetzgeber ist bei der entsprechenden Ausgestaltung des Privatrechts an das Grundgesetz gebunden (vgl. Art 1 III GG) und kann mithin unter Beachtung des weiten Gestaltungsspielraums einen angemessenen Ausgleich der kollidierenden Positionen abstrakt herbeiführen. Dort wo die Legislative verfassungsmäßige Zivilrechtsnormen und folglich grundsätzliche Wertungen vorgenommen hat, bleibt für eine entgegenstehende Auslegung durch die Zivilgerichte kein Raum. Die Verwirklichung der grundrechtlichen Schutzpflichten durch den Gesetzgeber geht also der eigenständigen Verwirklichung durch die Fachgerichte vor.²⁷⁸ Je enger der Auslegungsspielraum solcher Regelungen ist, desto weniger spielen die Grundrechte in der richterlichen Praxis eine Rolle.²⁷⁹ Diese können nur tätig werden, wenn der Gesetzgeber bewußt Auslegungslücken für die Rechtsprechung eröffnet hat (vgl. Art 97 GG).²⁸⁰ Zusätzlich beschränkt die Bekenntnis zu einer durch Art. 2 I GG abgesicherten Privatautonomie und der damit verbundenen Überzeugung eines autonomen, wirtschaftlichen Handelns der Privatrechtssubjekte den Auslegungsspielraum der Zivilgerichte. Die Grundrechte werden nur im rechtlichen Rahmen des Privatrechts geschützt und dürfen nicht dazu führen, dass zivilrechtliche Wertungen durch eine rücksichtslose Grundrechtsanwendung überlagert werden.²⁸¹ So könnte beispielsweise die vertragliche Vereinbarung einer Schweigepflicht zwischen den Vertragsparteien nicht pauschal als Verstoß gegen die grundrechtlich geschützte Handlungs- bzw. Kommunikationsfreiheit gewertet werden. Die dritte Grenze für die Berücksichtigung der grundrechtlichen Drittwirkungsintensität im Zivilrecht stellen die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts dar. An diese sind die Fachgerichte nach § 31 I BVerfGG zwingend gebunden.

3) Urteilsverfassungsbeschwerde und mittelbare Drittwirkung der Grundrechte

²⁷⁵ Maunz/Dürig, GG-Herdeggen, Art. 1 Abs. 3, Rn. 65.

²⁷⁶ So auch Michael/Morlok, Grundrechte, Rn. 482.

²⁷⁷ Maunz/Dürig, GG-Herdeggen, Art. 1 Abs. 3, Rn. 65; vgl. dazu auch Canaris AcP 184, 201, 227; Hesse, Verfassungsrecht, Rn. 354; Stern, Staatsrecht III/1 § 76 IV 5 (S. 1577 f.); Isensee AfP 1993, 619, 628; vertiefend zum primären Schutzauftrag des Gesetzgebers: Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, S. 201 ff.

²⁷⁸ Freilich bleibt es dem Zivilrichter unbenommen bei Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit der Zivilrechtsnorm ein konkretes Normenkontrollverfahren gem. Art 100 GG zu initiieren, soweit die entsprechenden Voraussetzungen hierzu gegeben sind.

²⁷⁹ So auch Michael/Morlok, Grundrechte, Rn. 482.

²⁸⁰ Zu der Frage inwieweit der Gesetzgeber im Wettbewerbs- und Deliktsrecht in Bezug auf das Äußerungsrecht von dem gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum Gebrauch gemacht hat und warum und wo Ermessens- und Abwägungsspielräume für Zivilrichter bleiben, wird auf den 3. Teil der Bearbeitung (Seite 83 ff.) verwiesen.

²⁸¹ So auch Oldiges, FS Friauf, S. 288 ff. Hier ist von „Hypertrophie der Grundrechte“ die Rede.

Mit der Lüth-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 15. Januar 1958 wurde die Prüfungskompetenz des Gerichtes erheblich erweitert. Das BVerfG prüft seitdem in ständiger Rechtsprechung, ob die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das Privatrecht durch die Fachgerichte richtig erkannt und ausgelegt wurde. Der Prüfungsumfang ist jedoch auf die Vereinbarkeit der Zivilrechtsurteile mit den Grundrechten beschränkt, um die Aufgabenverteilung zwischen der Fachgerichtsbarkeit und der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht in Frage zu stellen. Das Bundesverfassungsgericht ist keine Superrevisionsinstanz²⁸², die das Urteil und die Anwendung des einfachen Rechts in vollen Umfang überprüft. Auch verbietet sich eine erweiternde Feststellung und Würdigung des zugrundeliegenden Sachverhaltes. Vielmehr hinterfragt das Gericht ausschließlich, ob bei der Auslegung der Einbruchstellen im Privatrecht eine *grundsätzlich* unrichtige Auffassung von der Bedeutung des Grundrechts vorliegt, die im vorliegenden Fall materiell von einigem Gewicht ist²⁸³ oder aber die Gerichte den mittelbaren Einfluss eines Grundrechts auf die individuelle juristische Problematik gänzlich verkannt haben. Die Intensität und das Ausmaß der Prüfung zivilrechtlicher Urteile steht in Abhängigkeit zu dem Grad an Verkürzung der grundrechtlichen Freiheitsphären.²⁸⁴ Problematisch ist dabei zum einen, dass das Bundesverfassungsgericht durch seine Rechtsprechung selbst maßgeblich die Weite der Schutzbereiche bestimmt und damit theoretisch den Umfang des spezifischen Verfassungsrechts in Form einer extensiven Grundrechtsauslegung erweitern kann. Zum anderen ist die entwickelte Formel so vage und unklar, dass eine eindeutige Grenzziehung zwischen Subsumption unter dem einschlägigen Spezialgesetz und Deutung der Drittwirkung der Grundrechte äußerst schwierig ist. Denn der Gesetzgeber hat bei der Schaffung des einfachen Rechts die Wertungen des Grundrechts als erstrebenswerte Schutzziele mit einfließen lassen. Daneben zwingt die relative Unbestimmtheit der Grundrechte das Bundesverfassungsgericht dazu, intensive bindende Konkretisierungen vorzunehmen, die im Einzelfall einer zivilrechtlichen Subsumption nahe kommen können.²⁸⁵ In Konsequenz zu der Feststellung des Bundesverfassungsgerichts, dass die Eingriffsgrenze in fachgerichtliche Entscheidungen sich nicht starr ziehen lasse und daher ein „gewisser Spielraum“ für den Einzelfall notwendig sei²⁸⁶, wird in der Literatur festgestellt, dass das Gericht letztlich mit einer gewissen Beliebigkeit prüft, was es überprüfen will²⁸⁷, und sich dabei hinter der oben genannten Leerformel verstecken kann. Das Bundesverfassungsgericht hält sich somit die Möglichkeit offen an exemplarischen Sachverhalten den Fachgerichten umfassend ihr Verständnis der spezialgesetzlichen Schutzzwecke im Verhältnis zur Drittwirkung der Grundrechte aufzuzeigen und somit deren Beurteilung in zukünftigen Fallkonstellationen unter Beachtung von § 31 I BVerfGG zu beeinflussen. Die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte hat somit neben der Notwendigkeit einer Grundrechtsabwägung durch die Fachgerichte auch eine in ihrem Umfang nicht präzise vorhersehbare Einflussnahme durch das Bundesverfassungsgericht zur Folge.

²⁸² Michael/Morlok, Grundrechte, Rn. 966.

²⁸³ Vgl. BVerfGE 34, 269, 280 sowie BVerfGE 81, 242, 253.

²⁸⁴ BVerfGE 42, 143, 149 f.; vgl. auch BVerfGE 98, 365, 389.

²⁸⁵ Vgl. dazu auch Stern, FS Wiedemann, 133, 140.

²⁸⁶ BVerfGE 42, 143, 148.

²⁸⁷ Piroth/Schlink, Staatsrecht II, Rn. 1282; vgl. auch Berkemann DVBl 1996, 1028, 1029.

2. Absatz Meinungsfreiheit nach Art. 5 I S. 1 GG als äußerungsrechtliches Abwägungskriterium

A) Drittwirkungsintensität der Meinungsfreiheit

Die in Art. 5 I S. 1 GG und in Art. 10 EMRK verankerte Meinungsfreiheit ist schon früh als Teil des „*unmittelbaren Ausdrucks menschlicher Persönlichkeit in der Gesellschaft*“ definiert worden.²⁸⁸ Ihr wird durch das Bundesverfassungsgericht als auch die Literatur eine überragende Bedeutung für das Leben in einer freiheitlich demokratischen Staatsordnung eingeräumt.²⁸⁹ Die Meinungsfreiheit kann daher auch als nicht spezifisch auf das Verhältnis Bürger-Staat bezogene „Rundumfreiheit“²⁹⁰ bezeichnet werden. Das ergibt sich allein auch aus der Tatsache, dass die Meinungsbildung ihre Wurzeln gerade in der privaten Kommunikation hat. Denn nur aus der zuerst individuellen Kommunikation der Belange einzelner kann sich nach allgemeinem Interesse eine öffentliche Debatte entwickeln. Dem Grundrecht kommt eine starke objektiv-rechtliche Funktion zu.²⁹¹ Denn die kommunikative Entfaltung von Individuen ist nicht nur als Basis für den politischen Entwicklungsprozess von einzigartiger Bedeutung, sondern auch für das gesellschaftliche Fortkommen eines demokratischen Rechtsstaates von außerordentlicher Relevanz.²⁹² *Hoffmann-Riem* leitet daraus die Pflicht des Staates ab, die Entfaltung der Kommunikatoren auch im individuellen und gesellschaftlichen Raum real zu ermöglichen.²⁹³ Wie wichtig die Durchsetzung der Meinungsfreiheit auch im Verhältnis Bürger-Bürger ist, lässt sich am Beispiel des Wettstreits rivalisierender Wirtschaftsunternehmen erläutern. Der Erfolg eines Unternehmens definiert sich primär über die Entscheidung einer Vielzahl von Konsumenten das angebotene Produkt bzw. die offerierte Dienstleistung für sich in Anspruch zu nehmen. Dabei geht der Kaufentscheidung zumeist eine Hor- tung von Informationen und der Austausch von Erfahrungsberichten bezüglich der Ware oder Dienstleistung voraus.²⁹⁴ Die freie Kommunikation am Markt ist damit elementare Grundvoraussetzung für einen funktionierenden Wirtschaftswettbewerb.²⁹⁵ Die privatautonome Entscheidung für oder gegen den Abschluss von Verträ- gen setzt also den ungehinderten Handel mit (zum Teil wertenden) Informationen voraus. Die hohe Drittwir- kungsintensität der Meinungsfreiheit unterstreicht die Verfassungsrichterin *Wiltraut Rüpp von Brünneck* im Beschluss vom 11.05.1976 mit der Feststellung, dass angesichts der überragenden Bedeutung der Meinungs- freiheit die Eingriffsschwelle des Bundesverfassungsgerichts bei einschlägigen Zivilurteilen „relativ niedriger“ angesetzt werden müsse.²⁹⁶

B) Schutzbereich der Meinungsfreiheit

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts umfasst der Schutzbereich der Meinungsfreiheit jegliche Form des Werturteils losgelöst vom Vorliegen einer Informationsgrundlage oder Nachweisen, intel-

²⁸⁸ BVerfGE 7, 198, 208 - Lüth.

²⁸⁹ Vgl. BVerfGE 5, 85; 62, 230, 247 u. 76, 196, 208 f.: „für ein freiheitliches, demokratisches Gemeinwesen ist das Grundrecht konstituierend“.

²⁹⁰ AK-GG Hoffmann-Riem, Art. 5, Rn. 45.

²⁹¹ BVerfGE 57, 295, 319f; HdBStR-Schmidt-Jortzig § 141 Rn, 7 f.

²⁹² Vgl. Schneider, Pressefreiheit und politische Öffentlichkeit, 1966, S. 151 ff.

²⁹³ AK-GG Hoffmann-Riem, Art. 5, Rn. 41.

²⁹⁴ Vgl. BVerfG 105, 252, 266: „Grundlage der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs ist ein möglichst hohes Maß an Informationen der Marktteilnehmer über marktrelevante Faktoren.“

²⁹⁵ Ähnlich BK GG-Degenhart, Art. 5 I, II, Rn. 602: „Eine freiheitliche Wirtschaftsordnung setzt Kommunika- tionsfreiheit voraus.“; vgl. auch Brinkmann NJW 1987, 2721, 2722.

²⁹⁶ BVerfGE 42, 143, 154 - Deutschland-Magazin.

lektuellem Anspruch, Wertgehalt oder thematischen Zusammenhang.²⁹⁷ Die nach dem Wortlaut des Art. 5 I GG nahe gelegten Modalitäten wie Wort, Schrift und Bild sind ausschließlich beispielhafte Aufzählungen, so dass etwa auch das Tragen von Symbolen, Uniformen oder die Verwendung von Gesten vom Schutzbereich erfasst sind.²⁹⁸ Tatsachenbehauptungen werden vom Bundesverfassungsgericht als Fundament für das Bilden und Darlegen von Werturteilen angesehen und sind somit vom Schutzbereich erfasst. Erwiesen und/oder bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen fallen jedoch aus dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit heraus.²⁹⁹ Dies erklärt sich mit dem hinter Art. 5 I GG verborgenen Schutzzweck. Der Staat fördert als quasi meinungsneutrale Instanz die freie Kommunikation der Gesellschaft um eine unabhängige Entscheidungsfindung zu ermöglichen und insbesondere auch politisches Handeln zu lenken und zu kontrollieren. In diesem ständigen verfassungsrechtlich beabsichtigten Prozess kann die gewollte bzw. erkannte Desinformation nicht als „schützenwertes Gut“³⁰⁰ angesehen werden. Gelegentlich wird in der Literatur vorgebracht, dass durch solche tatbestandliche Einschränkungen der erste Schritt in Richtung einer Grundrechtsaushöhlung getan wäre.³⁰¹ Dem kann mit Recht entgegengehalten werden, dass sich der Ausschluss aus dem Schutzbereich nur auf beabsichtigte Lügen und evident unwahre Tatsachenbehauptungen bezieht. Fahrlässige bzw. unverschuldete unwahre Informationen sind weiterhin vom Schutzbereich erfasst.³⁰² Eine Einschränkung und Lähmung des freien Meinungsbildungs- und Persönlichkeitsentfaltungsprozesses ist nicht zu befürchten.

1) Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit nach Art. 5 I S. 1 GG

Gerade im Bereich der Wirtschaftswerbung war lange Zeit umstritten und unklar, ob diese von dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit umfasst ist. Früher gingen das Bundesverwaltungsgericht³⁰³ und im Anschluss daran auch vereinzelt die Zivil- und Strafgerichtsbarkeit³⁰⁴ davon aus, dass die Wirtschaftswerbung gerade nicht die persönliche Meinung oder Überzeugung zum Ausdruck bringe, sondern rein ökonomische Absatzinteressen verfolge und somit nicht von Art. 5 I GG, sondern allenfalls von Art. 12 GG erfasst werde. Danach handele es sich dabei um Mitteilungen, die in keiner Weise überzeugende, belehrende oder sonstige richtunggebende geistige Wirkungen auf die Umwelt haben können³⁰⁵. Werbung sei schlicht und ergreifend auf Kundenrekrutierung mittels kaufmännischer Überzeugungskraft aus.³⁰⁶ Auch das Bundesverfassungsgericht war dieser Ansicht zeitweise zugeneigt.³⁰⁷ Zutreffend wurde im Schrifttum der siebziger und achtziger Jahre diese Ein-

²⁹⁷ Vgl. BVerfGE 65, 1, 41 u. 90, 241, 249.

²⁹⁸ BVerwGE 72, 183, 185 f.; Jarass/Pieroth GG-Jarass Art. 5 Rn.12.

²⁹⁹ BVerfGE 61, 1, 8; 99, 185, 197; 85, 1, 15.

³⁰⁰ BVerfGE 85, 1, 15.

³⁰¹ Dreier GG-Schulze-Fielitz Art. 5 I, II, Rn. 65; Thieme DÖV 1980, 149, 150; Erichsen Jura 1996, 84, 85.

³⁰² Konsequenter schützt Art. 5 I GG nach dem BVerfG gerade die Tatsachenbehauptungen, die sich erst im nachhinein als unwahr herausstellen. Bei der weiterführenden Abwägung der kollidierenden, grundrechtlichen Rechtsgüter ist dann die Einhaltung der verkehrskreisabhängigen Sorgfaltspflichten maßgeblich; vgl. BVerfG AfP 1999, 159, 161.

³⁰³ BVerwGE 2, 172, 178 f.

³⁰⁴ Vgl. beispielsweise OLG Braunschweig NJW 1956, 839, 840; BGHSt 5, 12, 22.

³⁰⁵ Bay VGHE 1951 II, 63, 76.

³⁰⁶ BGH NJW 1956, 431; BGH AfP 1986, 219, 220.

³⁰⁷ BVerfGE 40, 371, 382 - Verkehrsmittelwerbung: danach ist Art. 5 GG nicht berührt, wo es „nur um Wirtschaftswerbung geht“. Aus dem Schrifttum stellvertretend: Sprengler/Völp WRP 1965, 121, 123; Eicke WRP 1988, 645, 648; Neumann-Duesberg JR 1954, 82, 83; Scheuner VVDStRL 22 (1965) S. 1ff (65).

schränkung des Schutzbereiches als mit dem Schutzgut des Art. 5 I GG unvereinbar erklärt.³⁰⁸ Eine Reduzierung des Schutzbereiches auf geistig wertvolle bzw. durch bestimmte Motivationslagen angetriebene Meinungskundgaben stünde im Widerspruch zur Bedeutung des Art. 5 I GG in einem demokratischen Rechtsstaat und den Grundsätzen einer freien Marktwirtschaft. Dabei ist die Werbung gerade ein typisches Beispiel für Werturteile im Sinne des Grundgesetzes. Darüber hinaus seien jegliche Differenzierungen der Meinung hinsichtlich ihres Wertes oder thematischen Hintergrunds mit dem grundsätzlich weiten Schutzbereichsverständnis des Bundesverfassungsgerichts nicht vereinbar.³⁰⁹ Damit droht eine manipulative „Verbiegung“ der grundrechtlichen Schutzbereiche, die deren Funktion als fundamentale Staatsmächtsbegrenzung aufweicht und missachtet. Als Konsequenz daraus stellte das Bundesverfassungsgericht in der ersten Benetton-Entscheidung vom 06.12.2001 klar, dass der Schutzbereich von Art. 5 I S. 1 GG sich auf kommerzielle Meinungsäußerungen, sowie reine Wirtschaftswerbung erstreckt, die einen wertenden, meinungsbildenden Inhalt haben.³¹⁰ Damit fallen die Produktwerbung, individuelle PR-Aussagen genauso wie die reine Imagewerbung in vollem Umfang in den Schutzbereich des Kommunikationsgrundrechts. Denn diese Werbebotschaften enthalten doch zumindest immer folgendes Werturteil: „Unser Produkt ist gut und verdient Ihr Konsumentenvertrauen“.

2) Auslegung der Definitionsformel des Bundesverfassungsgerichts

Was die Einschränkung des Schutzbereiches von Art. 5 I S. 1 GG im Benetton-Urteil des Bundesverfassungsgerichts: „*Wirtschaftswerbung, die einen wertenden, meinungsbildenden Inhalt hat*“³¹¹

tatbestandlich ausschließen soll, hat rechtliche Spekulationen hervorgerufen. Zum Teil wurde diese Einschränkung als Versuch des Bundesverfassungsgerichts interpretiert für den Bereich der Wirtschaftswerbung Tatsachenbehauptungen vollkommen aus dem Schutzbereich des Art. 5 I GG auszuklammern.³¹² Dies widerspricht nicht nur der grundsätzlichen Vorstellung des Bundesverfassungsgerichts, Tatsachenbehauptungen in den Schutzbereich einzubeziehen, sondern kann auch mit der Benetton-Entscheidung selbst nicht in Einklang gebracht werden. Denn die entscheidungsgegenständlichen Fotografien sind Fakten und wurden im konkreten Fall als von Art. 5 I GG erfasst angesehen. Entscheidend ist bei der Interpretation der Aussage des Bundesverfassungsgerichts nicht auf das Wort „wertend“, sondern vielmehr auf das Wort „meinungsbildend“ abzustellen. Lassen sich aus der Werbeaussage keine unternehmensbezogenen Wertungen entnehmen, wie beispielsweise die Qualität und Eigenschaften der offerierten Produkte, so hat die Aussage für die Vorstellung der Konsumenten keine Relevanz. Das ist bei Wirtschaftswerbung nur der Fall, wenn sich die Reklame auf die Benennung eines Produkts, einer Marke oder des Unternehmensnamens beschränkt und somit lediglich auf die bloße unternehmerische Existenz hinweist. Das trifft etwa auf eine nur die Firma enthaltende Bandenwerbung oder das

³⁰⁸ Vgl. etwa Weides WRP 1976, 585, 587; Kissler WRP 1978, 78, 81; Friauf/Höfling AfP 1985, 249, 253; zuvor schon Lerche, Werbung und Verfassung, 1967 S.86; so auch Kloepfer/Michael GRUR 1991, 170, 173; Degenhart, FS Lukes, S. 287 (S. 290 ff.).

³⁰⁹ Vgl. für Irrelevanz der Abgrenzung wertvolle/wertlose Meinung etwa BVerfGE 30, 336, 347; 42, 163, 171.

³¹⁰ BVerfG GRUR 2001, 170, 172; zuvor schon ähnlich BVerfGE 71, 162, 175.

³¹¹ BVerfG GRUR 2001, 170, 172.

³¹² Ahrens JZ 2004, 763, 764 und 767 f.

product placement in Kinofilmen zu.³¹³ Dort ist die Grenze von Art. 5 I GG erreicht, da die alleinige Benennung - ähnlich wie die unwahre Tatsachenbehauptung - nichts zur Meinungsbildung beitragen kann.³¹⁴

3) Unternehmen als Grundrechtsträger der Meinungsfreiheit

Von Relevanz für den Gang der weiteren Untersuchung ist auch, inwieweit Unternehmen als Initiatoren rufschädigender Werturteile und Kritik uneingeschränkt als Grundrechtsträger der Meinungsfreiheit angesehen werden können. Alle Grundrechte aus Art 5 I GG gehören zu denjenigen, die ihrem Wesen nach auf juristische Personen³¹⁵ anwendbar sind (Art 19 III GG).³¹⁶ Als Grundrechtsträger umfasst sind auch sonstige, (teil-)rechtsfähige Personenvereinigungen des Privatrechts.³¹⁷ „Juristische Personen“ i.S.v. Art. 19 III GG sind in diesem Zusammenhang alle Organisationen, die Träger von Rechten und Pflichten sind.³¹⁸ Alle diese Organisationen befinden sich - wie natürliche Personen - in einer vergleichbaren grundrechtstypischen Gefährdungslage in Bezug auf die Meinungsfreiheit, die für die Erstreckung des Grundrechtsschutzes auf „juristische Personen“ i.S.v. Art. 19 III GG entscheidend ist. Die Wesensmäßigkeit des Art. 5 I GG ist auf die Personengesamtheit übertragbar. Unternehmen sind typischerweise von ihrer Funktion und Aufgabenstellung veranlasst, Beiträge zur Meinungsbildung zu leisten und sich als Personenmehrheit intern und extern am Markt der Meinungen zu beteiligen.³¹⁹ Im Kommunikationsprozess mit Meinungen hervorzutreten ist nicht ausschließlich eine natürliche Eigenschaft eines Menschen, sondern kann auch von solchen Organisationen wahrgenommen werden, denen die Rechtsordnung Willens- und Wirkungsfähigkeit zumisst.³²⁰ Auch können die in Art 5 I Satz 1 GG exemplarisch genannten Äußerungsformen durch „juristische Personen“ i.S.v. Art 19 III GG und ihre Vertreter verwirklicht werden. Es besteht mithin ein elementares Bedürfnis Unternehmen in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit einzubeziehen. Konsequenterweise hat das BVerfG mithin auch in seinen Entscheidungen zum äußerungsrechtlichen Unternehmensschutz vor Herabsetzungen und (un)wahrer Kritik die Meinungsfreiheit als maßgebliches Abwägungskriterium zugunsten des Kommunikators, soweit dieser keine natürliche Person, sondern nach den jeweiligen Umständen (mittels der entsprechenden Vertreter) vielmehr eine „juristische Person“ i.S.d. Art. 19 III GG³²¹ gewesen ist, herangezogen.³²²

³¹³ Vgl. hierzu Säcker WRP 2004, 1199, 1204 und Degenhart, FS Lukes, S. 287 (301 u. 303).

³¹⁴ Siehe für unwahre Tatsachenbehauptungen BVerfGE 85, 1, 15.

³¹⁵ Zur etwaigen Erstreckung des Grundrechtsschutzes auf ausländische juristische Personen vgl. exemplarisch Maunz/Dürig, GG-Grabenwarter, Art. 5 I, II, Rn. 33 ff.; BK-GG, Degenhart, Art. 5 I, II, Rn. 169.

³¹⁶ MKS GG-Starck Art. 5 I, II, Rn. 181; Sachs GG-Sachs, Art 19, Rn. 74.

³¹⁷ BK GG-Degenhart, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn. 168; Stern, Staatsrecht IV/1, § 108 III 2 c) (S. 1424f.).

³¹⁸ von Münch/Mager, Staatsrecht II, Grundrechte, Rn. 89.

³¹⁹ Vgl. BK GG-Degenhart, Art. 5 I, II, Rn. 168.

³²⁰ Stern, Staatsrecht IV/1, § 108 III 2 c), (S. 1425).

³²¹ Für eine GmbH vgl. BVerfG DVBl. 2005, 106 ff. („Der Bekl. zu 2 des Ausgangsverfahrens kann sich als natürliche Person ebenso wie die Bekl. zu 1 als juristische Person des Privatrechts auf Art. 5 I GG berufen“); für einen Verein wohl BVerfG WRP 2010, 1384 ff.

4) **Zwischenergebnis**

Zusammenfassend ist festzustellen, dass nach dem heutigen umfassenden Verständnis der Meinungsfreiheit nach Art. 5 I S. 1 GG jedes Werturteil im geschäftlichen Umfeld - sei es im individuellen Gespräch oder in der Wirtschaftswerbung geäußert - in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fällt; dies gilt auch für durch Unternehmen kundgetane Meinungsäußerungen.³²³ Kommerzielle Absichten des Kommunikators ändern an dieser Beurteilung nichts. Bis auf bewusst oder bewiesen unwahre Tatsachenbehauptungen fallen auch Fakten in vollem Umfang in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit. Sie stehen aufgrund ihrer meinungsbildenden Wirkung als Fundament des Werturteils mit diesem in untrennbarer Verbindung. Etwaige Einschränkungen des Schutzbereiches der Meinungsfreiheit bei der Wirtschaftswerbung durch das Bundesverfassungsgericht sind für das hier zu behandelnde Thema nicht von Relevanz.

³²² Zu der entsprechenden Drittwirkungsintensität der Meinungsfreiheit in diesem Kontext vgl. die Ausführungen auf Seiten 69 ff.

³²³ So auch aus der Literatur Kloepfer/Michael GRUR 1991, 170, 173 ff.; Schmitt Glaeser AöR 113 (1988), 52, 72; Jarass NJW 1982, 1833, 1834 f.; MKS GG-Starck Art. 5 I,II, Rn. 25.

C) Verfassungsmäßige Rechtfertigung und äußerungsrechtlicher Unternehmensschutz

1) Lauterkeitsrecht

Mit dem Pharmakartellbeschluss vom 12.07.2007³²⁴ hatte das Bundesverfassungsgericht erstmals die Gelegenheit zu einer hier genauer analysierten beleidigenden Äußerung der Konkurrenz Stellung zu beziehen. Die entsprechenden Vorgaben des BVerfG sind gem. § 31 BVerfGG - wie zuvor dargelegt - für die Zivilrichter bei der juristischen Subsumption insbesondere unter §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG³²⁵ verbindlich und mithin als konkrete Rahmenbedingung der fachrichterlichen Interessen- und Güterabwägung hier zu erörtern. Der Beschwerdeführer, der selbst Mediziner und Gesellschafter eines Pharmaunternehmens ist, vertrat dabei öffentlich die These, dass Arzneiunternehmen aus reiner Geldsucht lediglich Symptom lindernde, nutzlose Scheinpräparate auf dem Markt anbieten würden, die dem Patienten nicht helfen und durch einfache Vitaminpräparate ersetzt werden könnten. Weiterhin fordert er dazu auf, die Machenschaften dieser „Pharmakartelle“ zu stoppen. Die Fachgerichte subsumierten diese Aussagen unter §§ 1 i.V.m. 2 II Nr. 5 UWG a.F., die nach neuem Recht den §§ 3 i.V.m. 6 II Nr. 5 UWG entsprechen.

Zunächst stellt das BVerfG im Pharmakartellbeschluss fest, dass die Äußerung des Beschwerdeführers von der Meinungsfreiheit aus Art. 5 I Satz 1 GG erfasst ist - unabhängig davon, ob sie in einem kommerziellen Kontext geäußert wurde oder Wirtschaftswerbung darstellt, die einen wertenden, auf Meinungsbildung gerichteten Inhalt hat.³²⁶

Ferner stellt das BVerfG fest, dass es sich bei §§ 1, 2 II Nr. 5 UWG a.F um „allgemeine Gesetze“ i.S. des Art. 5 II GG handelt. Sie dienen dem Schutz der Konkurrenten, der Verbraucher und sonstiger Marktbeteiligten sowie der Allgemeinheit. Die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung soll nicht dazu führen dürfen, dass Einzelne sich durch unzulässige Praktiken Vorteile im Wettbewerb verschaffen. Diese Ziele stehen mit der Wertordnung des Grundgesetzes im Einklang.³²⁷ Die abstrakte Möglichkeit des Zurücktretens der Meinungsfreiheit hinter dem Schutz insb. der wirtschaftlichen Wertschätzung des Konkurrenten und die unlautere Einflussnahmen auf die freie Entschließung der Kunden besteht.³²⁸ Es liegt mithin ein allgemeines Gesetz vor. Dieser Prüfungspunkt ist der bereits im Lüth-Urteil aufgestellten Wechselwirkungstheorie³²⁹, die eine grundrechtsbetonende abstrakte Abwägung zwischen der potentiell die Kommunikationsfreiheit einschränkenden Norm und der Meinungsfreiheit fordert, geschuldet.³³⁰

³²⁴ BVerfG GRUR 2008, 81 ff. - Pharmakartell.

³²⁵ Vgl. hierzu ausführlich Seiten 169 ff.

³²⁶ Vgl. hierzu bereits Seiten 51 f.

³²⁷ BVerfG GRUR 2008, 81, 82 – Pharmakartell.

³²⁸ Vgl. dazu auch die Regierungsbegründung zu § 4 Nr. 7 UWG (RegBegr. Bt.-Drucks. 15/1487 S. 18)

³²⁹ Vgl. schon BVerfG NJW 1958, 257, 258; dort heißt es, dass die „allgemeine[n] Gesetze zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Schranken setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlichen demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen.“

³³⁰ Zu dem qualifizierten Gesetzesvorbehalt „allgemeine Gesetze“ aus Art. 5 II GG vertiefend Michael/Morlok, Grundrechte, Rn. 648 ff.

Darüber hinaus fordert das Bundesverfassungsgericht von den Fachgerichten bei der Subsumption unter den einschlägigen Normen des Lauterkeitsrechts den Nachweis einer „Gefährdung des Leistungswettbewerbs im konkreten Fall“³³¹ um die unlautere Einflussnahme auf die freie EntschlieÙung der Kunden bzw. die gleichzeitige Behinderung der Konkurrenz höher zu gewichten als das Recht des äuÙernden Unternehmers auf freie MeinungsäuÙerung. Eine Einschränkung der Meinungsfreiheit im Interesse des Schutzguts der Zivilrechtsnorm (hier: §§ 1 i.V.m. 2 II Nr. 5 UWG a.F) setzt daher die eigenständige Feststellung einer Gefährdung des Leistungswettbewerbs im konkreten Fall voraus. Damit mündet die verfassungsrechtliche Rechtfertigung in einer klassischen Abwägung der gegenüberliegenden Rechtsgüter im Einzelfall.

Als absolute Grenze der unternehmerischen ÄuÙerungsfreiheit sieht das Bundesverfassungsgericht - wie auch im Bereich des deliktsrechtlichen Unternehmensschutzes - die SchmäÙkritik³³² an. Ist die ÄuÙerung des Konkurrenten nicht als solche anzusehen, hat darüber hinaus eine einzelfallorientierte Abwägung stattzufinden. Das heißt, dass eine herabsetzende vergleichende und in Wettbewerbsabsicht getätigte Aussage auch dann als unlauter eingestuft werden kann, wenn keine reine Diffamierung des Mitstreiters vorliegt. Damit bestätigt das Bundesverfassungsgericht die Rechtsprechung der lauterkeitsrechtlichen Fachgerichte zur herabsetzenden vergleichenden Werbung. Denn danach ist der Vergleich nicht nur bei Unsachlichkeit, sondern gerade auch - trotz bestehender inhaltlicher Bezüge - dann unlauter, wenn die gewählte Darstellungsweise unangemessen abwertend bzw. abfällig ist.³³³ Dagegen bildet bei herabsetzenden Werturteilen durch einen Nichtkonkurrenten (also beispielsweise Kunden, Verbände oder Medien) die SchmäÙkritik regelmäßig die einzig denkbare Grenze für das Kommunikationsgrundrecht des Aussagenden.³³⁴ Ein klarer Hinweis darauf, dass die ÄuÙerungen, die nach Lauterkeitsrecht zu beurteilen sind, einer im Verhältnis zum Deliktsrecht strengeren Kontrolle unterliegen.³³⁵ Bei der Vornahme des Abwägungsvorgangs weist das Bundesverfassungsgericht auf das besondere öffentliche Interesse an Fragen des Gesundheitswesens hin und rechtfertigt damit eine besonders starke Gewichtung des Kommunikationsgrundrechts.³³⁶ Damit wird eine seit der Lüth-Entscheidung immer wieder auftauchende Abwägungsregel im Rahmen der Kommunikationsgrundrechte nach Art. 5 I GG zumindest modifiziert: Die Gewichtung der Meinungsfreiheit bei der Abwägung mit dem gegenüberliegenden Rechtsgut steigt, wenn es sich nicht um eine unmittelbar gegen ein privates Rechtsgut gerichtete ÄuÙerung in Verfolgung eigennütziger Ziele, sondern um einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage handelt.³³⁷

Diese Gegenüberstellung zwischen dem Motiv des Eigeninteresses und dem Beitrag zur Öffentlichkeitsdebatte wird hier aufgegeben. Denn einerseits wird mit Bejahung der Wettbewerbsabsicht dem ÄuÙernden das Motiv der Absatzsteigerung attestiert und gleichzeitig ein öffentliches Interesse an dem Aussageinhalt angenommen.

³³¹ BVerfG GRUR 2008, 81, 83 - Pharmakartell.

³³² Vgl. dazu insbesondere S. 160 f.

³³³ Vgl. zur Formel BGH GRUR 2002, 72, 73 - Preisgegenüberstellung im Schaufenster; BGH GRUR 2002, 633, 634 - Hormonersatztherapie.

³³⁴ Siehe hierzu auch insbesondere S. 116 ff.

³³⁵ Vgl. dazu auch Ahrens JZ 2004, 763, 766; Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 9 Rn. 23; vgl. auch Lindacher, FS Brandtner S. 399 (402); Brüggemeier JZ 1987, 415, 416.

³³⁶ Zur Bedeutung des besonderen Interesses der Öffentlichkeit im Abwägungsvorgang siehe auch S. 132 ff.

³³⁷ BVerfGE 7, 198, 212- Lüth; dem folgend etwa BVerfGE 60,230, 244; ähnlich BVerfGE 65, 325, 331; vgl. auch Sack WRP 2004, 1195, 1205 f.

Diese Entwicklung ist grundsätzlich zu begrüßen. Es ist schließlich unabhängig von der gesellschaftlichen Sonderstellung des Gesundheitswesens nicht von der Hand zu weisen, dass an produktspezifischen Aussagen auch des produzierenden Unternehmers je nach Nachfrage und Bedeutung für das alltägliche Konsumentenleben ein öffentliches Interesse bestehen kann.³³⁸ Mit dieser Entwicklung geht tendenziell ein weitreichender Bedeutungsanstieg der Kommunikationsgrundrechte im Lauterkeitsrecht einher. Auf diese Entwicklung wird noch bei der Gegenüberstellung von deliktsrechtlicher und wettbewerbsrechtlicher Beurteilung von unwahren Tatsachenbehauptungen und herabsetzenden Werturteilen einzugehen sein.³³⁹

2) Deliktsrecht

Im Bereich des Deliktsrechts bei gewerbeschädigenden Werturteilen und wahren Tatsachenbehauptungen ist der Einfluss der Meinungsfreiheit und dessen immense Drittwirkungsintensität in den Köpfen der Zivilrichter präsenter als im Wettbewerbsrecht. Die hier grundlegende Lüth-Rspr. des Bundesverfassungsgerichtes und ihre Auswirkung auf alle zivilrechtlichen Vorschriften mit äußerungsrechtlichem Hintergrund lassen die Fachgerichte seit Jahrzehnten gebetsmühlenartig die Notwendigkeit einer Abwägung zwischen der bedeutungsstarken Kommunikationsfreiheit und dem gegenüberstehenden Rechtsgut im Einzelfall repetieren.³⁴⁰ Dabei ist der durch Richterrecht entwickelte zivilrechtliche Ehrenschatz des Unternehmens durch das Bundesverfassungsgericht als Rechtsgut anerkannt.³⁴¹ Die §§ 823 I, 826 BGB sowie § 823 II BGB i.V.m. § 185 StGB sind also als allgemeine Gesetze nach Art. 5 II GG einzustufen.³⁴² Eine Interessenabwägung im Einzelfall wird durch die Einordnung des Rechts am Unternehmen als „Rahmenrechte“ mit positiv festzustellender Rechtswidrigkeit gesichert, bei §§ 185 ff. StGB ist der spezielle Rechtfertigungsgrund des § 193 StGB zu beachten. Bei § 826 BGB lässt die Sittenwidrigkeit als Tatbestandsmerkmal mit generalklauselartiger Weite ausreichend Spielraum für individuelle Feststellungen im Einzelfall. Auch hier wird auf die strikte Einhaltung der dogmatischen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts durch die Zivilrechtsprechung im weiteren Gang der Untersuchung (insb. der 4. Teil) einzugehen sein.

3. Absatz Die Pressefreiheit aus Art. 5 I S. 2 GG als äußerungsrechtliches Abwägungskriterium³⁴³

A) Drittwirkungsintensität der Pressefreiheit

1) Institut freie Presse und öffentliche Aufgabe

Wie auch bei dem Grundrecht auf Meinungsfreiheit nach Art. 5 I S. 1 GG geht die Pressefreiheit nach Art. 5 I S. 2 GG vornehmlich in einer subjektiv-rechtlichen Komponente auf. Sie gewährleistet in gewissen Kernberei-

³³⁸ So auch BVerfG DVBl. 2005, 105, 106; dazu vgl. auch unten S. 105 ff.

³³⁹ Siehe hierzu auch insbesondere S. 183 ff.

³⁴⁰ Dabei wird immer wieder auf die Formel des Lüth-Urteils verwiesen, vgl. beispielsweise BGH NJW 2006, 830, 840 oder auch BGH NJW 2005, 2766, 2770; BGH NJW 1962, 32, 34; BGH NJW 2003, 2029, 2030.

³⁴¹ Vgl. dazu Ausführungen auf S. 74 ff.

³⁴² So ist schon im Lüth-Urteil festgestellt worden: „Von dieser Auffassung aus bestehen keine Bedenken dagegen, auch Normen des bürgerlichen Rechts als „allgemeine Gesetze“ i. S. des Art. 5 II GG anzuerkennen“; BVerfG NJW 1958, 257, 258.

³⁴³ Zum Schutzbereich und Drittwirkungsintensität der Rundfunkfreiheit aus Art. 5 I S. 2 GG vgl. etwa weiterführend Schmidt-Bleibtreu GG-Odendahl, Art. 5 Rn. 25 ff. Vgl. zur Kunstfreiheit aus Art 5 III GG beispielsweise Sachs GG-Bethge Art. 5 Rn. 182 ff.

chen die Freiheit der Presseorgane vor staatlichen Eingriffen.³⁴⁴ Daneben ist die Pressfreiheit geprägt durch eine starke objektiv-rechtliche Dimension, die neben das subjektive Abwehrrecht tritt und den Staat zum Schutz durch einfach-rechtliche Ausgestaltungen auffordert. Das Bundesverfassungsgericht spricht in diesem Zusammenhang von dem Schutz des „Instituts freie Presse“.³⁴⁵ In der Literatur wird die Presse als ein liberales Urgestein, Grundstock³⁴⁶ oder Eckpfeiler³⁴⁷ moderner Staatsformen bezeichnet. Angedeutet wird damit die über das bloße Abwehrrecht hinausgehende Bedeutung für den modernen demokratischen Rechtsstaat und dessen Institut der liberalen Meinungsbildung und -verbreitung. Eine freie, nicht von der öffentlichen Gewalt gelenkte, keiner Zensur unterworfenen Presse ist ein Wesenselement des freiheitlichen Staates; insbesondere ist eine freie, regelmäßig erscheinende politische Presse für die moderne Demokratie unentbehrlich.³⁴⁸ Soll der Bürger politische Entscheidungen treffen, muss er umfassend informiert sein, aber auch die Meinungen kennen und gegeneinander abwägen können, die andere sich gebildet haben.³⁴⁹ Dabei wird die in der Betonung des „Instituts freie Presse“ zum Ausdruck kommende objektiv-rechtliche Wirkung auch oft mit dem widersprüchlichen Begriff der öffentlichen Aufgabe von Presse in Verbindung gebracht.³⁵⁰ Im Spiegel-Urteil des Bundesverfassungsgerichts hat das Gericht versucht den Begriff mit Leben zu füllen: *„Die Presse hält diese ständige Diskussion in Gang; sie beschafft die Informationen, nimmt selbst dazu Stellung und wirkt damit als orientierende Kraft in der öffentlichen Auseinandersetzung. In ihr artikuliert sich die öffentliche Meinung; die Argumente klären sich in Rede und Gegenrede, gewinnen deutliche Konturen und erleichtern so dem Bürger Urteil und Entscheidung. In der repräsentativen Demokratie steht die Presse zugleich als ständiges Verbindungs- und Kontrollorgan zwischen dem Volk und seinen gewählten Vertretern in Parlament und Regierung. Sie fasst die in der Gesellschaft und ihren Gruppen unaufhörlich sich neu bildenden Meinungen und Forderungen kritisch zusammen, stellt sie zur Erörterung und trägt sie an die politisch handelnden Staatsorgane heran, die auf diese Weise ihre Entscheidungen auch in Einzelfragen der Tagespolitik ständig am Maßstab der im Volk tatsächlich vertretenen Auffassungen messen können.“*³⁵¹

Da der Begriff der „öffentlichen Aufgabe“ gewisse Deutungsspielräume eröffnet und auch in anderen Sachzusammenhängen Verwendung findet³⁵², wurde er in der juristischen Literatur durch zahlreiche Vertreter auf unterschiedliche Weise interpretiert.³⁵³ Zu Recht geht die herrschende Meinung von einem an das Spiegel-Urteil anknüpfende Auslegung des Begriffes der öffentlichen Aufgabe der Presse aus. Dabei ist der Begriff, der vom Bundesverfassungsgericht ohnehin nur in Anführungszeichen verwendet wurde, am besten durch „öffent-

³⁴⁴ Weiter führend hierzu Leibholz/Rinck, GG-Burghart, Art. 5 Rn. 186.

³⁴⁵ BVerfGE 20, 162, 175 – Spiegel; Jarass/Pieroth GG-Jarass, Art. 5, Rn. 31; Sachs GG-Bethge, Art. 5, Rn. 72.

³⁴⁶ Sachs GG-Bethge, Art. 5, Rn. 65.

³⁴⁷ Vgl. Limbach AfP 1999, 413.

³⁴⁸ Vgl. hierzu insgesamt auch Schmidt-Bleibtreu GG-Odendahl, Art. 5, Rn. 16ff.

³⁴⁹ BVerfGE 20, 162, 174 - Spiegel.

³⁵⁰ BVerfG 20, 162, 175; 66, 116, 133; weiter führend hierzu auch BK GG-Degenhart, Art. 5 I, II, Rn. 347ff. und Rn. 352 ff.

³⁵¹ BVerfGE 20, 162, 174 f. - Spiegel.

³⁵² So spricht beispielsweise das Bundesverfassungsgericht bezüglich der Durchführung von Wahlen ebenfalls von einer öffentlichen Aufgabe, vgl. BVerfGE 8, 51.

³⁵³ Zum Meinungsstand vgl. insbesondere Löffler, PressR- Bullinger, § 3, Rn. 47ff.; BK GG-Degenhart, Art. 5 I, II, Rn. 352 ff.; MKS-Starck, Art. 5 I, II, Rn. 74 ff.

liche Bedeutung“ zu ersetzen³⁵⁴, da er eine faktische Funktionsbeschreibung der Presse in einer offenen modernen Demokratie darstellt. Insbesondere die Presse ist damit eine Basis für die individuelle Meinungsfreiheit der Bürger, da sie durch Aufdeckung und eigene diesbezügliche Stellungnahmen ein Forum eröffnet, das den einzelnen Bürger mit Informationen versorgt und individuelle Meinungsbildung damit erst ermöglicht.³⁵⁵

2) Drittwirkungsintensität bei Berichterstattungen und Äußerungen von Presseunternehmen

Bezüglich der Drittwirkungsintensität der einschlägigen Kommunikationsgrundrechte bei Berichterstattungen und Äußerungen von Presseunternehmen³⁵⁶ ist es von besonderem Interesse, welche Gesellschafts- und Lebenssphären für die öffentliche Meinungsbildung als besonders relevant eingestuft werden. Denn dann geht das höchste Gericht im Rahmen des verfassungsrechtlichen Abwägungsvorgangs der gegenüberliegenden grundrechtlichen Rechtsgüter oft von einer Vermutung für die freie Rede aus³⁵⁷, so dass in der Regel ein erhöhter Begründungsaufwand für die Höhergewichtung des gegenüberliegenden Rechtsguts notwendig ist.³⁵⁸

Der Ursprung des öffentlichen Meinungsbildungsprozesses ist nach der Vorstellung des Bundesverfassungsgerichtes in der politischen Auseinandersetzung und Debatte zu sehen. So hebt das Gericht nicht nur in dem Spiegelurteil, sondern auch andernorts gerade die Aufgabe der Medien (hier: der Presse) bei der politischen Willensbildung des Volkes hervor.³⁵⁹ Der politische Meinungskampf ist seit der Lüth-Entscheidung als eine die „Öffentlichkeit wesentlich berührende Frage“³⁶⁰ angesehen worden, bei der die Kommunikationsgrundrechte nach Art. 5 I GG ihre konstituierende Funktion für die freiheitlich demokratische Staatsordnung in besonderem Maße entfalten. Welche Themenkomplexe darüber hinaus ein gesteigertes Öffentlichkeitsinteresse auf sich ziehen und damit im Abwägungsprozess mit einer tendenziellen Stärkergewichtung rechnen dürfen, kann nicht abstrakt beantwortet werden und ist häufig von der Wertung der Gerichte im Einzelfall abhängig. Eine Beschränkung auf politische Themenbereiche existiert jedenfalls nicht.³⁶¹

In der Literatur wurde verständlicherweise vorgeschlagen repräsentative Meinungsumfragen zur Beweiserhebung heranzuziehen.³⁶² Letztendlich sollte der Rezipient Maßstab für die Bemessung des Öffentlichkeitsinteresses bleiben.³⁶³ *Jahns* schlägt daher zur Bestimmung des Öffentlichkeitsinteresses eine empirische wertende Prognose vor: Wichtige, die Allgemeinheit berührende Ereignisse sind diejenigen Vorgänge im täglichen

³⁵⁴ Vgl. Bullinger AfP 1995, 645 ff.

³⁵⁵ Vgl. BVerfGE 12, 113, 125; 20, 162, 174 f.; 50, 234, 239.

³⁵⁶ Zur Abgrenzung der Schutzbereiche der Meinungs- und Pressefreiheit in diesem Zusammenhang vergleiche Seiten 61 ff.

³⁵⁷ BVerfGE 7, 198, 212 - Lüth; BVerfGE 61, 1, 7 - Wahlkampf/NPD Europas; BVerfGE 82, 272, 282 - Postmortale Schmähkritik; 76, 171, 192; 90, 241, 249 u. 254; vgl. auch BGH AfP 1984, 217, 218.

³⁵⁸ Schwetzler, Persönlichkeitsschutz durch Presseselbstkontrolle, S. 129; Fechner, Medienrecht, 3. Kap, Rn. 106; Soehring/Hoene, Presserecht, § 20 Rn. 2 ff.

³⁵⁹ BVerfGE 10, 118, 121; 20, 56, 98; 44, 125, 139; 50, 234, 240; so auch Umbach GG-Clemens, Art. 5 Rn. 30.

³⁶⁰ BVerfGE 7, 198, 212 - Lüth; 24, 278, 282 f. - Tonträger; 82, 43, 51 f. - Strauß deckt Faschisten; BGHZ 31, 302, 312.

³⁶¹ So ausdrücklich BVerfG 97, 228, 257 und BVerfG ZUM 2000, 212, 215: „Die Frage, ob ein Medienbericht einen besonderen Bezug zum demokratischen Prozess hat oder nur unterhaltender Art ist, entscheidet nicht über den verfassungsrechtlichen Schutz des Informationsinteresses.“; so auch Fechner/Popp AfP 2006, 213, 214.

³⁶² Rehbock/Schmidt, FS Schweizer, S. 123 (131).

³⁶³ Vgl. Lerche, Deutsch-Amerikanisches Verfassungsrechtskomposium, S. 67 (81).

Leben, an denen naturgemäß oder gewohnheitsmäßig ein unbestimmt großer Teil von Menschen Anteil nimmt.³⁶⁴ Diesem Kriterium ist das Bundesverfassungsgericht offenbar nicht fern, wenn es aufgrund sozialgesellschaftlicher Phänomene auf die breite Anteilnahme des Publikums schließt. So ist in einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1968 die gestiegene Verbreitung von Tonbandgeräten in der Bevölkerung der entscheidende Fakt um die bei Tonbandüberspielungen auftretenden urheberrechtlichen Probleme als Teil einer öffentlichen Diskussion anzuerkennen.³⁶⁵ So wird etwa auch der Information über herausragende Sportveranstaltungen aufgrund der damit verbundenen breiten Kommunikation in der Bevölkerung³⁶⁶ ein grundsätzliches öffentliches Interesse zuzusprechen sein. Darüber hinaus wird auch besonders populären Berichterstattungen mit unterhaltendem Charakter, die sich auf prominente Persönlichkeiten der Gegenwart beziehen, ein öffentliches Informationsinteresse attestiert.³⁶⁷

Ob das Bundesverfassungsgericht daneben auch dem Verhalten von Wirtschaftsunternehmen sowie deren Produkten und Dienstleistungsangebot ein generelles Informationsinteresse der Öffentlichkeit attestiert, war lange Zeit ungeklärt. Dabei ging das Gericht im Jahre 1982 davon aus, dass zumindest die den unerfahrenen Verbraucher warnenden Presseberichte über Missstände ganzer Wirtschaftszweige eine die Öffentlichkeit wesentlich berührende Frage darstellen.³⁶⁸ In diesem Zusammenhang führt das Gericht aus: *„Ob ein solches Interesse stets anzunehmen ist, wenn die Presse sich kritisch über Erzeugnisse oder Leistungen der Wirtschaft äußert, braucht hier nicht entschieden zu werden.“*³⁶⁹ Etwas pauschaler fällt die Beurteilung in einem Kammerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2004³⁷⁰ aus: *„Auch an wirtschaftlichen Fragen kann ein solches Informationsinteresse der Allgemeinheit, insbesondere der vom Verhalten eines Unternehmens betroffenen Kreise, bestehen.“*

Die Tendenz zur Annahme eines allgemeinen, öffentlichen Interesses scheint sich zumindest im Bereich der Presse- als auch der Rundfunkfreiheit zu verdichten³⁷¹, auch wenn sich das Gericht offenbar auch für die Zukunft die Prüfung der Einzelfallumstände nicht nehmen lassen will. Dagegen sind laut Bundesverfassungsgericht bei konkurrenzbezogenen Aussagen, die sich nach Wettbewerbsrecht beurteilen, angesichts des primären Absatzinteresses des Äußernden höhere Anforderungen zu stellen. Hier kann ein die Gewichtung der Meinungsfreiheit verstärkendes öffentliches Interesse an wirtschaftlichen Zusammenhängen - beispielsweise bei arzneimittelbezogenen Themenkomplexen - vorliegen.³⁷² Wesentlich klarere Aussagen in punkto Wirtschaft und öffentliches Interesse sind der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu entnehmen: Im grundlegenden Warentesturteil vom 09. Dezember 1975 misst der BGH der medienbezogenen Bewertung von am Markt erhältlichen Waren und Dienstleistungen eine für die Markttransparenz aus dem Blickwinkel der Verbraucher,

³⁶⁴ Vgl. Jahns, Die Rechtfertigung der Verletzung von Persönlichkeitsrechten in der Presse, S. 117 ff.; ähnlich: OLG Koblenz NJW 1973, 251, 254.

³⁶⁵ BVerfG NJW 1969, 227.

³⁶⁶ BVerfGE 97, 228, 257.

³⁶⁷ BGH NJW 1996, 1128, 1129; BGH NJW 1979, 2203.

³⁶⁸ BVerfGE 60, 234, 241 - Kredithaie.

³⁶⁹ BVerfGE 60, 234, 241 - Kredithaie.

³⁷⁰ BVerfG DVBl. 2005, 106, 108.

³⁷¹ So auch BVerfG AfP 2003, 539, 540; hier nimmt das Gericht bei Themen mit „politischer, sozialer oder wirtschaftlicher Tragweite“ ein Interesse der Öffentlichkeit an.

³⁷² BVerfG GRUR 2008, 81, 83 - Pharmakartell.

Hersteller und Anbieter unerlässliche Bedeutungsdimension zu.³⁷³ Ebenfalls steht die Thematisierung der Umweltfreundlichkeit einzelner Unternehmen³⁷⁴ oder aber die Verwicklung in Waffengeschäfte³⁷⁵, die Gesundheitsgefahr ausgehend von einzelnen Präparaten³⁷⁶ oder der ernährungsphysiologische Wert von fast food³⁷⁷ nach der Zivilgerichtsbarkeit im öffentlichen Interesse.

Damit lässt sich im Ergebnis feststellen, dass auch die Wirtschaftsberichterstattungen aufgrund der breiten Anteilnahme aller Gesellschaftsschichten als Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung zu werten sind.³⁷⁸ Mediale Aussagen auf diesem Gebiet stehen stets im unmittelbaren Kontext zu der besonderen öffentlichen Aufgabe der Pressefreiheit in dem verfassungsrechtlich gewollten freien Kommunikationsprozess. Schon früh sind die Grundsätze bezüglich der mittelbaren Wirkung der Grundrechte im Privatrecht aus der Lüth- Entscheidung auf die Rechtsprechung bezüglich der Pressefreiheit ausgedehnt worden.³⁷⁹ Die Drittwirkungsintensität der einschlägigen Kommunikationsgrundrechte bei Berichterstattungen und Äußerungen von Presseunternehmen ist demnach als hoch einzustufen.³⁸⁰

B) Schutzbereich der Pressefreiheit nach Art. 5 I S. 2 GG und Abgrenzung zur Meinungs-freiheit nach Art. 5 I S. 1 GG

Die Presse³⁸¹ umfasst im weitesten Sinne alle zur Verbreitung geeigneten und bestimmten Druckerzeugnisse und Informationsträger, die sich an einen individuell unbestimmten Personenkreis richten.³⁸² Das können insbesondere schriftliche und bildliche Erzeugnisse sein, die etwa herkömmlich auf Papier abgedruckt (als Trägermedium kommen in Frage: Bücher, Zeitschriften, Zeitungen, Flugblätter, Handzettel) oder auf modernen Datenträgern wie etwa DVDs, CD-Roms oder Disketten gespeichert werden. Nach dem Bundesverfassungsgericht ist der Begriff weit zu verstehen³⁸³ und muss zur Anpassung an technische Veränderungen entwicklungs-offen sein. Inhaltliche Anforderungen sind kaum zu stellen, da für den Umfang des Schutzbereiches formal auf die Herstellungs- und Vervielfältigungsmethode abgestellt wird.³⁸⁴ Unerheblich sind also Faktoren wie Seriosität, intellektuelles Niveau oder inhaltliche Vollständigkeit der vertriebenen Presseerzeugnisse.³⁸⁵ Wie bei dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit nach Art. 5 I S. 1 GG ist jedoch die bewusste oder leichtfertige Wiederga-

³⁷³ BGHZ 65, 325, 332 - Warentest II: „[...] ihr im allgemeinen Interesse übertragene Aufgabe“; BGH NJW 1986, 981, 982.

³⁷⁴ BGH NJW 1994, 124, 126.

³⁷⁵ BGHZ 36, 77, 80 f.

³⁷⁶ OLG Karlsruhe NJW-RR 2002, 1695, 1696.

³⁷⁷ KG AfP 1984, 217 ff.

³⁷⁸ So auch Degenhart, FS Lukes, S. 287 (292): „Daß im übrigen in einer staatlichen Ordnung, in der wirtschaftliches Geschehen so umfassend Gegenstand staatlicher Aufmerksamkeit ist wie in der Bundesrepublik, dieser Bereich schon deshalb von zentralem öffentlichen Interesse ist, sei ergänzend vermerkt.“; vgl. auch Brinkmann NJW 1987, 2721, 2723.

³⁷⁹ So etwa bei BVerfGE 42, 143, 147 ff. - Deutschland Magazin.; 62, 230, 242 f. - Boykottaufruf.; Faller AfP 1981, 430, 435 f.

³⁸⁰ Zur Abgrenzung zwischen dem Schutzbereich der Pressefreiheit und der Meinungsfreiheit vergleiche noch Ausführungen auf Seiten 61 ff.

³⁸¹ Weiter führend etwa MKS GG-Starck, Art. 5 I,II, Rn. 59 ff.; BK GG-Degenhart, Art. 5 I,II, Rn. 361 ff.

³⁸² Vgl. etwa Pjeroth/Schlink, Staatsrecht II, Rn. 611 ff.; Ipsen, Staatsrecht II, Rn. 439 ff.

³⁸³ BVerfGE 34, 269, 283 - Soraya; BVerfGE 66, 116, 134 - Walraff.

³⁸⁴ BVerwGE 39, 159, 164; Scheuner VVDStRL 22, 1, 66 f.; Umbach GG-Clemens Art. 5 Rn. 70.

³⁸⁵ Vgl. BVerfGE 35, 202, 222.

be von unwahren Tatsachenbehauptungen aus dem Schutzbereich auszuschließen.³⁸⁶ Geschützt wird das Verhalten aller im Pressebereich agierenden Personen und zwar umfassend von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachrichten und Meinungen.³⁸⁷ Auch „juristische Personen“ i.S.v. Art. 19 III GG können Grundrechtsträger sein.³⁸⁸

Wie sich der Schutzbereich der Pressefreiheit gem. Art. 5 I S. 2 GG zur Meinungsfreiheit nach Art. 5 I S. 1 GG verhält, ist umstritten, da auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes diesbezüglich nicht völlig einheitlich ausfällt. Dabei ist angesichts der erfolgten Ausführungen klar, dass die Pressefreiheit nicht bloß einen Unterfall oder Spezialfall der Meinungsfreiheit aus Art. 5 I S. 1 GG darstellt, sondern eine darüber hinaus gehende Funktion erfüllt.³⁸⁹ Nichtsdesto- trotz besteht zwischen den Grundrechten aus Art. 5 I GG ein nicht übersehbarer Funktionszusammenhang³⁹⁰, da das allen wesenseigene, kommunikative Element eine logische (Teil-) Überlagerung der einzelnen Schutzbereiche nach sich zieht. Während die Meinungsfreiheit den Kommunikationsvorgang selbst schützt, geht die Aufgabe, die der Presse aus Art. 5 I S. 2 GG zugewiesen ist, darüber hinaus. Zusätzlich ist hier bezogen auf den subjektiven Abwehrcharakter des Grundrechts etwa der gesamte, vorgelagerte Prozess der Daten und Informationserhebung sowie -verarbeitung mitumfasst.³⁹¹ Die Pressefreiheit schützt vor allem die Voraussetzungen, die gegeben sein müssen, damit die Presse ihre Aufgabe im Kommunikationsprozess erfüllen kann. Sie ist ein zusätzlicher, neben Art. 5 I S. 1 GG stehender grundrechtlicher Schutzbereich, der pressenspezifische Verhaltensweisen einem ergänzenden Schutz zukommen lässt.³⁹²

Konsequenterweise tendiert das Bundesverfassungsgericht nunmehr überwiegend dazu - sofern die reine Meinungsäußerung im Fokus der juristischen Beurteilung steht - diese auch im Bereich der Presseerzeugnisse an dem Maßstab des Art. 5 I S. 1 GG zu messen.³⁹³ Handelt es sich um die Zulässigkeit einer bestimmten Äußerung, so ist - ungeachtet ihres Verbreitungsmediums - Art. 5 I S. 1 GG maßgeblich.³⁹⁴ Das gilt erst recht, wo der Kommunikator bloß ein Medium zur Kundgabe der Meinung verwendet, das von dem Schutzbereich der Pressefreiheit umfasst ist, es sich bei ihm aber gerade nicht um einen klassischen Grundrechtsträger der Pressefreiheit handelt. Denn es erscheint eher fernliegend, jede pressemedial verbreitete Meinungsäußerung per se als von der Pressefreiheit erfasst einzuordnen, die - wie zuvor dargestellt - ganz eigenen Funktionalitäten und Schutzbedürfnissen unterliegt.

Anderenorts lässt das Bundesverfassungsgericht dagegen eine exakte Differenzierung zwischen Meinungsfreiheit und Pressefreiheit missen. So ist etwa in drei weiteren, jeweils auf die Meinungsäußerung in der Presse

³⁸⁶ Maunz/Dürig GG-Grabenwarter, Art. 5 I,II, Rn. 49; kritisch dagegen Dreier GG-Schulze Fielitz, Art. 5 I, II, Rn. 94, der allerdings auch im Rahmen der Meinungsfreiheit bereits diese Mindermeinung vertritt.

³⁸⁷ Vgl. repräsentativ BVerfGE 50, 234, 240; 77, 346, 354; BVerfG AfP 2003, 138, 146.

³⁸⁸ Vgl. dazu bereits Seite 53 f. sowie Stern, Staatsrecht IV/1, § 109 III 2 b) (S. 1555).

³⁸⁹ Vgl. Sachs GG-Bethge Art. 5 GG Rn. 47; speziell für die Pressefreiheit etwa BVerfGE 10, 118, 121 - Berufsverbot I.

³⁹⁰ Vgl. hierzu etwa Stern, Staatsrecht IV/1, § 108 I 3 und 4 (S. 1381 ff.); MKS GG-Starck Art. 5 I, II Rn. 5.

³⁹¹ Vgl. Leibholz/Rinck GG-Burghart, Art. 5, Rn. 169.

³⁹² Vgl. Epping, Grundrechte, Rn. 231.

³⁹³ Etwa BVerfGE 71, 162, 179; 85, 1, 12; 90, 1, 16; 97, 391, 400; BVerfG NJW 2004, 590; zustimmend: Kunig Jura 1995, 589, 591; Stern, Staatsrecht IV, § 109 VII 2, (S. 1612).

³⁹⁴ Dreier GG-Schulze-Fielitz, Art. 5 I,II, Rn. 97; Stern, Staatsrecht IV/1, § 109 VII 2 a) (S. 1611ff.).

bezogenen Entscheidungen von der „Meinungs- und Pressefreiheit“³⁹⁵ die Rede. Vereinzelt wird bei einer Auseinandersetzung über die Grenzen kritischer Äußerungen eines Presseunternehmens im äußerungsrechtlichen Unternehmensschutz in einem Pressebericht offenbar auch von dem Vorrang der Pressefreiheit vor der Meinungsfreiheit ausgegangen.³⁹⁶ Klarheit über das diesbezügliche Konkurrenzverhältnis wäre hilfreich.³⁹⁷ Ob eine Detailabgrenzung angesichts der Identität der Schranken aber entscheidungserheblich ist, wird in der Literatur bezweifelt³⁹⁸ und soll an dieser Stelle verfassungsrechtlich nicht weiter vertieft werden.

C) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung und äußerungsrechtlicher Unternehmensschutz

1) Wettbewerb

Für den Abwägungsprozess bei den wettbewerbsrechtlichen Anspruchsgrundlagen aus §§ 4 Nr. 7 und Nr. 8; 6 II Nr. 5 UWG spielen die Presse- und Rundfunkfreiheit nach Art. 5 I S. 2 GG keine herausragende Rolle. Typischerweise befinden sich die Medien bei Äußerungen über Wirtschaftsunternehmen nicht in einem Wettbewerbsverhältnis, so dass die Voraussetzungen des § 2 I Nr. 3 UWG regelmäßig nicht vorliegen. Im Wettbewerbsrecht ist primär Art. 5 I S. 1 GG und damit die Meinungsfreiheit des kommunizierenden Konkurrenten einschlägig.

2) Deliktsrecht

a) Herabsetzende Werturteile

Insbesondere im Spannungsfeld zwischen der Meinungs- und Pressefreiheit mit dem Schutz der Unternehmensreputation hat das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf die hohe Anzahl der einschlägigen zivilgerichtlichen Entscheidungen schon mehrfach die Möglichkeit gehabt, konkrete Abwägungskriterien herauszuarbeiten. Hinsichtlich der kritischen Berichterstattungen und Äußerungen von Presseunternehmen gegenüber Unternehmen und deren Produkte sind insbesondere folgende Entscheidungen genauer zu betrachten:

(i) *Beschluss des ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 28.07.2004*³⁹⁹

Klägerin war ein Unternehmen, das unter der Firma „Göttinger Gruppe“ am Markt tätig ist und unterschiedliche Finanzdienstleistungen anbietet. Beklagte zu 1) ist die Deutsches Finanzdienstleistungsinformationszentrum GmbH, die mit dem „gerlach-report“ eine Fachzeitschrift mit Schwerpunkt Finanzdienstleistung herausgibt. In mehreren Artikeln des gerlach reports wurden die Angebote der „Göttinger Gruppe“ als vermögensvernichtend bzw. die Göttinger Gruppe als eine Betreiberin „gigantischer Vermögensvernichtung“ bezeichnet, deren Bemühungen um Kundschaft als „Dummenfang“ anzusehen sei. In der Berufungsinstanz wies das OLG die Klage gerichtet auf Unterlassung und Schadensersatz in vollem Umfang ab. Die Revision der Beschwerdeführerin wurde vom BGH nicht angenommen. Auch eine anschließende Verfassungsbeschwerde ist im Ergebnis nicht angenommen worden.

³⁹⁵ BVerfGE 42, 143, 152 - Deutschland-Magazin; BVerfGE 24, 278, 282 - GEMA; vgl. auch BVerfGE 42, 163, 169.

³⁹⁶ BVerfGE 60, 234, 239; so wohl auch Sachs GG-Bethge Art. 5, Rn. 89.

³⁹⁷ Vgl. Umbach/Clemens GG-Clemens, Art. 5, Rn. 154.

³⁹⁸ Sachs GG-Bethge Art. 5, Rn. 89; Epping, Grundrechte, Rn. 231; Dreier GG-Schulze-Fielitz, Art 5 I,II, Rn. 97.

Zunächst stellte das Bundesverfassungsgericht die im Lüth-Urteil begründete, mittelbare Drittwirkung der Grundrechte auch für die deliktsrechtlichen Anspruchsgrundlagen der §§ 823 I, 824 BGB fest und verwies auf den nur verfassungsspezifischen Prüfungsumfang des Bundesverfassungsgerichts. Des weiteren eruierte das Bundesverfassungsgericht, dass der Schutz vor inhaltlich unzutreffenden Informationen oder Wertungen, die auf sachfremden Erwägungen beruhen oder herabsetzend formuliert sind, den Unternehmer in seiner beruflichen Tätigkeit beeinträchtigt und somit in den Schutzbereich von Art. 12 I GG⁴⁰⁰ falle, sofern damit die Funktionsweise des Wettbewerbs negativ beeinflusst wird. Als berechtigtes Interesse des Beklagten an der Äußerung wurde Art. 5 I S. 1 GG angeführt.⁴⁰¹ Die zivilrechtlichen Vorschriften der §§ 823 I, 824, 1004 BGB seien allgemeine Gesetze, die zumindest abstrakt geeignet seien die Kommunikationsgrundrechte nach Art. 5 I GG einzuschränken. Die Meinungsäußerungsfreiheit trete stets hinter der Berufsfreiheit zurück, sofern sich die Äußerung als Schmähkritik erweise. Ein Abwägungsvorgang sei in solchen Fällen überflüssig.

Schmähkritik wurde definiert als eine Äußerung, bei der nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund stehe. In allen anderen Fällen sei eine Abwägung durchzuführen, bei der zugunsten des Kommunikationsgrundrechts und damit dem berechtigten Interesse des Äußernden an der Kundgabe das Informationsinteresse der Allgemeinheit eintreten könne. Zusätzlich sei für das Abwägungsergebnis im Einzelfall relevant, ob der Äußernde ein Vertrauen in die Objektivität der Berichterstattung in Anspruch nehme oder es sich aus Sicht des Empfängerhorizontes erkennbar um ein in erster Linie subjektiv geprägtes Werturteil handle. Ersteres sei etwa bei Testvergleichen der Fall. In diesem Zusammenhang seien höhere Anforderungen an die Sachlichkeit der Berichterstattung zu stellen.

Mit diesem Beschluss stellt das Bundesverfassungsgericht in Anlehnung an seine Glykol-Entscheidung vom 16.08.2002 fest, dass die Reputation und Geschäftsehre eines Gewerbebetriebes auf verfassungsrechtlicher Ebene von dem Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 I GG geschützt sein kann.⁴⁰² Dabei muss sich das Unternehmen zwar einer kritischen Beurteilung seiner Produkte und sonstiger Verhaltensweisen stellen⁴⁰³; es kann jedoch durch Verzerrung in der Öffentlichkeitsdarstellung so stark beeinträchtigt sein, dass zu seinem Schutz Art. 12 I GG greift⁴⁰⁴. Darüber hinaus stellt das Gericht klar, dass ebenso wie im Verhältnis zwischen Kommunikationsgrundrechten und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I GG i.V.m. 1 GG die Schmähkritik bei Werturteilen den Äußerungen über Unternehmen eine absolute Grenze setzt.⁴⁰⁵ Ebenso wie bei berühmten Persönlichkeiten stellen sich Unternehmen durch die Marktteilnahme freiwillig einer öffentlichen Diskussion und müssen daher auch drastische Werturteile in Kauf nehmen, da die mündige Allgemeinheit selbst darüber entscheiden kann, was sie von überspitzten und übertrieben polemischen, unternehmensbezogenen Werturteilen hält und ob sie diese toleriert bzw. als subjektiv richtig einstuft oder nicht.⁴⁰⁶ Dabei bleibt

³⁹⁹ BVerfG DVBl. 2005, 106 ff.

⁴⁰⁰ Zu der Frage des grundrechtlichen Schutzes der Unternehmensreputation vgl. insb. Seite 74 f.

⁴⁰¹ Vgl. zur Abgrenzung zwischen dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit und der Pressefreiheit bei Berichterstattungen und Äußerungen von Presseunternehmen bereits Seite 61 f.

⁴⁰² BVerfGE 105, 252, 272 f. - Glykol.

⁴⁰³ BVerfGE 105, 252, 266 - Glykol.

⁴⁰⁴ Vgl. zu dem grundrechtlichen Schutz der Unternehmensreputation noch Seite 74 ff.

⁴⁰⁵ Vgl. zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht BVerfGE 82, 272, 283 f.; BVerfG 1999, 1322, 1324.

⁴⁰⁶ Zu der Frage, ob der Schutz der Unternehmensreputation auf verfassungsrechtlicher Ebene aus Art. 1 I GG i.V.m. Art. 2 I, 19 III GG hergeleitet werden kann vgl. Seiten 74 ff.

dem Unternehmen die Möglichkeit der öffentlichen Gegendarstellung durch die Entwicklung von selbstanpreisenden Marketingstrategien und Nutzung möglicher Kommunikationswege (etwa Print- oder Rundfunkwerbung). Ein Eingreifen des Staates in den für die moderne Demokratie schlichtweg konstituierenden Kommunikationsprozess ist nur tunlich, wenn moralische Mindeststandards unterschritten werden - die (Geschäfts-) Ehre also erheblich durch etwa diffamierende Anprangerungen in Mitleidenschaft gezogen ist - und der Aussage der eigentliche Sachbezug abhanden kommt.⁴⁰⁷ An Schmähkritik besteht kein Informationsinteresse der Öffentlichkeit⁴⁰⁸, sie ist ausschließlich auf Ehrverletzung des Betroffenen ausgelegt. Die Schmähkritik fällt zwar prinzipiell in den weiten Schutzbereich der Kommunikationsgrundrechte nach Art. 5 I GG⁴⁰⁹, führt aber zum Überwiegen des gegenüberliegenden Rechtsguts, ohne dass eine detaillierte Abwägung der gegenüberliegenden Rechtsgüter notwendig wäre.

Der ausfüllungsbedürftige Rechtsbegriff „Schmähkritik“ ist im Zweifelsfall in Anerkennung der überragenden Bedeutung eines lenkungsfreien Meinungsbildungsprozesses eng auszulegen.⁴¹⁰ Der Rückgriff auf diesen Rechtsbegriff bestätigt die langjährige Rechtsprechungspraxis des BGH zum Recht am Unternehmen aus § 823 I BGB. Der BGH hatte nämlich schon am 21.06.1966 unter Berücksichtigung des Einflusses der Kommunikationsgrundrechte den Schutz der Gewerbetreibenden vor Werturteilen grundsätzlich auf gehässige und böswillige Schmähkritik reduziert.⁴¹¹ Diesbezüglich überraschend - da konträr zum BGH - fällt das klare Bestreben des Bundesverfassungsgerichtes aus, über diese absolute Grenze hinaus eine Güterabwägung im Einzelfall vorzunehmen und damit zumindest theoretisch auch im Deliktsrecht Platz für weitere Fallkonstellationen zu lassen, in denen der Geschäftsehre gegenüber den Grundrechten aus Art. 5 I GG Vorrang einzuräumen ist.⁴¹² Damit wird jedoch keine neue Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für den Bereich der medienrechtlichen Gewerbekritik begründet, sondern lediglich eine in der Grundrechtsdogmatik verankerte Prüfungsstruktur abgearbeitet, die angesichts der unmittelbar folgenden Feststellung des Öffentlichkeitsinteresses zu einem mit Auffassung der Zivilgerichte übereinstimmenden Ergebnis führt.

Bei dem Abwägungsprozess jenseits der Schmähkritik nimmt die Gewichtung der Kommunikationsfreiheiten, gerade bei Äußerungen in den Medien, mit steigendem Öffentlichkeitsinteresse zu. Diese Feststellung des Bundesverfassungsgerichtes steht im Einklang mit der übrigen Rechtsprechungspraxis zu den Kommunikationsfreiheiten - wenn auch in zum Teil vollkommen anderem Sachzusammenhang.⁴¹³ Das große Öffentlichkeitsinteresse hat auch in der Rechtsprechung des BGH in diesem Zusammenhang immer eine entscheidende Rolle

⁴⁰⁷ Zur Definition der Schmähkritik siehe stellvertretend LG Köln NJW-RR 1998, 318, 319.

⁴⁰⁸ BVerfG DVBl. 2005, 106, 108.

⁴⁰⁹ Im Gegensatz zu der bewusst bzw. leichtfertig unwahren Tatsachenbehauptung, vgl. hierzu BVerfGE 61, 1, 8.

⁴¹⁰ BVerfGE 82, 272, 284 - postmortale Schmähkritik; BVerfGE 93, 266, 294 - Soldaten sind Mörder; BVerfG NJW 1991, 1475, 1477; vgl. hierzu auch Seiten 116 ff.

⁴¹¹ BGHZ 45, 296, 310 - Höllenfeuer; BGHZ 65, 325, 331 f.; BGH NJW 2002, 1192, 1193; OLG Frankfurt/M NJW 1990, 2002; OLG München 1994, 1964, 1965.

⁴¹² BVerfG DVBl 2005, 106, 108: „Steht bei Äußerungen nicht die bloße Diffamierung im Vordergrund, ist über die Frage der Rechtfertigung einer möglichen Beeinträchtigung anderer Schutzgüter durch Abwägung zu entscheiden.“

⁴¹³ Vermutung für die freie Rede bei Themen von allgemeinem Interesse etwa bei BVerfGE 66, 116, 150; 76, 171, 192; 82, 272, 281 f.; 85, 23, 34.

gespielt.⁴¹⁴ Im weiteren Verlauf der Begründung des Nichtannahmebeschlusses deutet das Bundesverfassungsgericht eine Fallgruppenbildung mit unterschiedlichen Voraussetzungen an das berechnete Interesse an einer kritischen Stellungnahme an:

Sofern die getätigte Äußerung aus dem Empfängerhorizont als subjektiv angelegte Einzeleinschätzung über ein Produkt oder ein Unternehmen einzustufen ist und somit keinen Anspruch auf Sachlichkeit für sich erhebt, ist die Grenze für herabsetzende Werturteile wohl ausschließlich in der Schmähkritik zu sehen. Gerade dann wenn das behandelte Thema öffentlichkeitsrelevant ist. Sie ist ein Beitrag zum Meinungsbildungsprozess und aufgrund der prinzipiellen Mündigkeit und Eigenständigkeit der Rezipienten vom Betroffenen in Kauf zu nehmen. Assoziiert der Empfängerkreis mit der Art der Berichterstattung oder dem Äußernden einen besonderen Grad an Objektivität und Neutralität und genießt dieser ein hohes Maß an gesellschaftlichem Grundvertrauen, so sind an seine kritischen unternehmensbezogenen Aussagen höhere Zulässigkeitsvoraussetzungen zu stellen. Das Bundesverfassungsgericht spielt damit auf die vom BGH entwickelte Fallgruppe der Waren- und Dienstleistungstests an, die bis dato noch nicht Gegenstand verfassungsrichterlicher Urteile wurde.

Bei dieser Art der Differenzierung legte das Bundesverfassungsgericht wohl die bereits dargelegte rechtliche Überlegung⁴¹⁵ zugrunde, dass die mit dem Anspruch auf Objektivität auftretenden Instanzen aufgrund ihrer Reputation eine besonders intensive Gefahr für das Image und folgerichtig auch den wirtschaftlichen Erfolg von Unternehmen darstellen. Ihre Produkt- und Unternehmenskritik wird oft vorbehaltlos adaptiert, so dass möglicherweise eine tiefgreifende Verzerrung der Marktrealität droht.⁴¹⁶ Im Interesse einer durch die Berufsfreiheit nach Art. 12 I GG teilweise abgesicherten unternehmerischen Reputation⁴¹⁷ sind an den Äußernden hier höhere Anforderungen zu stellen. Diese gehen in der Praxis mit einem im Gegensatz zur ersten Fallgruppe tiefer spezifizierten Abwägungsvorgang einher. Im Endeffekt ist die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts damit nichts anderes als eine Bestätigung der jahrelangen Rechtsprechungspraxis des Bundesgerichtshofs zum Verhältnis zwischen Kommunikationsgrundrechten aus Art. 5 I GG und der durch § 823 I BGB mit geschützten Geschäftsehre für den Bereich der nicht mit Wettbewerbsabsicht getätigten, herabsetzenden Werturteile. Daher verwundert es nicht, dass das Bundesverfassungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass das Urteil des OLG den verfassungsgerichtlichen Anforderungen⁴¹⁸ standhält. Die Worte „Dummenfang“ und „Vermögensvernichtung“ erreichen die Schwelle der Schmähkritik nicht und sind als subjektive Werturteile letztlich ohne verlässlichen Anspruch auf Richtigkeit als Beitrag zum Meinungsbildungsprozess in einer die Öffentlichkeit interessierende Frage vom Unternehmen hinzunehmen. Damit ist der weite Einfluss der Kommunikationsfreiheiten aus Art. 5 I GG im Rahmen von § 823 I BGB (Recht am Unternehmen) verfassungsgerichtlich bestätigt und verhilft zu einem hohen Grad an Rechtssicherheit.

Die Instanzgerichte dürfen sich also in den von ihnen entwickelten Lösungskonzeptionen gestärkt sehen. Das betrifft auch die Rechtsprechung bezüglich der Waren- und Dienstleistungstests, die hier ohne zwingende Notwendigkeit ebenfalls kurz thematisiert wurde. Dabei bestätigt das Gericht zumindest ansatzweise die Auf-

⁴¹⁴ Vgl. etwa BGH VersR 2003, 381, 382; OLG München NJW 1994, 1964, 1965.

⁴¹⁵ Vgl. auch Erman BGB-Schiemann § 823 Rn. 71.

⁴¹⁶ Vgl. auch BGH NJW 1986, 981 bezüglich der „einschneidenden Folgen“ für Unternehmen durch Waren- und Preisvergleiche.

⁴¹⁷ Vgl. dazu noch Seiten 74 ff.

⁴¹⁸ BVerfG DVBl. 2005, 106, 108.

fassung des BGH, dass an solche Veröffentlichungen höhere Hürden in punkto Sachlichkeit und Objektivität zu stellen sind. Völlig neu ist alles in allem also nur die Feststellung, dass der Schutzbereich von Art. 12 I GG tangiert wird, sofern ein herabsetzendes Werturteil die berufliche Betätigung und den unternehmerischen Markterfolg derart stört, dass der Wettbewerb in seiner Funktionsweise beeinträchtigt wird.⁴¹⁹

(ii) *Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 20.04.1984 (BVerfGE 60, 234 ff.)*

In einer Wochenzeitschrift, herausgegeben von der Heinrich Bauer Verlag KG, wurden Kreditvermittler im Rahmen einer an die Leserschaft gerichteten Berichterstattung als „Kredithaie“ betitelt. Eine Vereinigung von Kreditvermittlern sah darin eine pauschalisierte Diffamierung der gesamten Wirtschaftsbranche und klagte auf Unterlassen. In der Berufungsinstanz hatte die Klage Erfolg. Die dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde der KG war begründet.

Zunächst verweist das Bundesverfassungsgericht auf die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Zivilrecht und den auf das Grundgesetz beschränkten Prüfungsumfang des Gerichts. Des weiteren stellte das Gericht fest, dass die in der Wochenzeitschrift veröffentlichte Warnung in den Schutzbereich der Pressefreiheit nach Art. 5 I S. 2 GG falle. Weiterhin betonte das Gericht, dass nur geringe Anforderungen an die Zulässigkeit einer öffentlichen Kritik gestellt werden könnten, sofern es sich um eine die Öffentlichkeit wesentlich berührende Frage handle. Hier müssten durch den Betroffenen im Einzelfall drastische Überspitzungen zugunsten eines ungelähmten öffentlichen Meinungskampfes in Kauf genommen werden. Dagegen überschreite eine Formalbeleidigung die Grenze des für das Unternehmen hinnehmbaren. Anhand dieser Kriterien sei das Werturteil zulässig und von dem Betroffenen hinzunehmen.

Auch diese Entscheidung beschäftigt sich mit der Fallgruppe der herabsetzenden Werturteile außerhalb des Wettbewerbsverhältnisses, die in den Anwendungsbereich des § 823 I BGB fallen. Sie ist in gewisser Weise als Grundlage für die bereits zuvor angeführte Entscheidung anzusehen. Anders als im Nichtannahmebeschluss vom 28.07.2004 sah das Gericht hier nicht den Schutzbereich der Meinungsfreiheit, sondern der Pressefreiheit nach Art. 5 I S. 2 GG als einschlägig.⁴²⁰ Wie bereits oben bemerkt, ist diese Unregelmäßigkeit jedoch unbeachtlich, sofern im Rahmen der entscheidenden Güterabwägung die gleichen Abwägungsmaßstäbe Anwendung finden.

Mit der Feststellung, dass die Verbraucheraufklärung aus volkswirtschaftlichen Gründen als eine die Öffentlichkeit wesentlich berührende Frage einzustufen ist, knüpft das Gericht wiederum an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes an. Der BGH hat beispielsweise schon für Warentests⁴²¹ als auch bei Berichterstattungen über Waffengeschäfte deutscher Unternehmer⁴²² von dem Zweck der Verbraucheraufklärung auf ein Informationsinteresse der Öffentlichkeit geschlossen. Darin mündet die Aussage im Beschluss des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 2004: „Auch an wirtschaftlichen Fragen kann ein solches Informationsinteresse der Allgemeinheit, insbesondere der vom Verhalten eines Unternehmens betroffenen Kreise, bestehen.“⁴²³

⁴¹⁹ So auch BVerfG NJW 2008, 358, 359; siehe hierzu auch Seiten 74 ff.

⁴²⁰ Vgl. dazu bereits Seiten 61 ff.

⁴²¹ BGHZ 65, 325, 331 f. - Haftung für Warentest.

⁴²² BGHZ 36, 77, 80 f.

⁴²³ BVerfG DVBl 2005, 106, 108.

Die Verwendung des Wortes „kann“ sowie der Hinweis im Kredithaie-Beschluss, dass über ein generelles öffentliches Interesse an wirtschaftlichen Zusammenhängen nicht entschieden werden muss, verdeutlicht, dass es nach Ansicht des Gerichtes auch Meinungsäußerungen im wirtschaftlichem Kontext gibt, die im Verhältnis zur Geschäftsehre des betroffenen Unternehmens nicht in den Genuss einer bevorzugten Abwägungsposition gelangen sollen.⁴²⁴ Für den Bereich der Verbraucheraufklärung im weitesten Sinne - also Testverfahren oder Einzelkritik an Produkten bzw. spezifischen gewerblichen Verhalten durch Medienorgane - ist jedoch ein öffentliches Interesse und damit eine besonders starke Gewichtung der Kommunikationsgrundrechte im Vergleich zum Schutz der Unternehmensehre verfassungsrechtlich abgesichert. Es gilt der Grundsatz, dass sich das Unternehmen in diesem Bereich einer auch drastischen Kritik an seinem geschäftlichen Verhalten sowie den offerierten Produkten stellen muss.⁴²⁵

Als Untergrenze des durch das Unternehmen tolerierbaren wird hier die Formalbeleidigung ausgemacht, bei „der eine Rechtfertigung ausgeschlossen ist“.⁴²⁶ Eine abschließende Definition zur Formalbeleidigung durch das Bundesverfassungsgericht liegt derzeit nicht vor, doch steht die Formalbeleidigung im Zivilrecht in unmittelbarem inhaltlichem Zusammenhang mit der Schmähdikritik⁴²⁷; sie ist quasi als Unterfall der Schmähdikritik anzusehen, sofern diese durch ein pauschales Schimpfwort zum Ausdruck gebracht wird.⁴²⁸ Damit legen beide Urteile eine übereinstimmende Grenze für die Zulässigkeit von kritischen Medienberichterstattungen über Unternehmen bzw. deren Produkte fest. Auf Basis dieser grundlegenden Rechtsauffassung des Bundesverfassungsgerichts ist es Aufgabe der zivilrechtlichen Instanzgerichte die Vorgaben anzuwenden sowie im Rahmen der gegebenen Auslegungsspielräume zu konkretisieren.

b) (Unwahre) Tatsachenbehauptungen⁴²⁹

Neben den Ausführungen zu herabsetzenden Werturteilen hatte das Bundesverfassungsgericht auch mehrfach Gelegenheit zu dem Verhältnis zwischen Kommunikationsgrundrechten aus Art. 5 I GG und der Ehre des Betroffenen bei der Äußerung von unwahren Tatsachenbehauptungen Stellung zu nehmen. Die hier relevanten Entscheidungen beziehen sich allesamt ausschließlich auf Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht von natürlichen Personen und tangieren somit den äußerungsrechtlichen Unternehmensschutz⁴³⁰ zivilrechtlich und verfassungsrechtlich nicht unmittelbar. Auch hier zeigt sich wieder, dass die Wertungsvorgaben des Bundes-

⁴²⁴ Vgl. dazu BVerfGE 7, 198, 212: „Dem Grundrecht der Meinungsfreiheit kommt um so größeres Gewicht zu, je mehr es sich nicht um eine unmittelbar gegen ein privates Rechtsgut gerichtete Äußerung im privaten, namentlich im wirtschaftlichen Verkehr und in Verfolgung eigennütziger Ziele, sondern um einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage handelt.“ Diese Aussage ist das Fundament für die unterschiedliche Gewichtung der Kommunikationsgrundrechte im Delikts- und Wettbewerbsrecht (siehe dazu auch unten S. 183 ff.).

⁴²⁵ So auch BGH AfP 1984, 151; BGHZ 65, 325, 331.

⁴²⁶ BVerfGE 60, 324, 342.

⁴²⁷ Vgl. Seyfarth NJW 1999, 1287, 1290; sowie BVerfGE 93, 266, 293 f.: „Das Recht auf freie Meinungsäußerung muss erst dann zurücktreten, wenn sich die Äußerung als Angriff auf die Menschenwürde, als Formalbeleidigung oder als Schmähdikritik darstellt.“

⁴²⁸ So ist beispielsweise eine Formalbeleidigung angenommen worden, bei der Bezeichnung als „Halsabschneider“ (OLG Köln GRUR 1977, 801, 803) oder „Krüppel“ (BVerfGE 86, 1, 13).

⁴²⁹ Vgl. insbesondere BVerfGE 85, 1 ff. - Bayer Aktionäre; 99, 185, 196 ff. - Scientology; BVerfG NJW-RR 2000, 1209 ff.; BVerfG AfP 2003, 539 ff.; BVerfG AfP 2004, 47 ff.

verfassungsgerichtetes angesichts des Bedürfnisses der Einlegung einer Urteilsverfassungsbeschwerde lediglich fragmentarischer Natur sind. Nichtsdestotrotz wendet der BGH im Bezug auf den äußerungsrechtlichen Unternehmensschutz die identischen Abwägungskriterien wie bei unwahren Tatsachenbehauptungen über Individuen an.⁴³¹ Daher kommt den höchstrichterlichen Vorgaben zu unwahren Tatsachenbehauptungen eine den Bezug zum Persönlichkeitsrecht übersteigende Bedeutung zu. Dies gilt gerade auch, weil die zuvörderst relevante Anspruchsgrundlage des § 824 BGB für Individuen und Wirtschaftsunternehmen im gleichen Maße Geltung entfaltet. Denn § 824 BGB ist eine Differenzierung zwischen der wirtschaftlichen Wertschätzung und der Ehre von Individuen fremd.⁴³²

Relevant werden verfassungsrichterliche Einflüsse insbesondere bei dem Merkmal des „besonderen Interesses“, das nach § 824 II BGB den Schadensersatzanspruch des Betroffenen ausschließen kann. Hierin ist das konkrete, verfassungsrechtliche Einfallstor in das Zivilrecht zu sehen, das für betroffene Wirtschaftsunternehmen als auch Individuen in gleichem Maße verbindlich ist.⁴³³ Demzufolge gilt es die bisherigen verfassungsrechtlichen Abwägungsgrundsätze dazu kursorisch darzustellen:

Nach den Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts findet eine Abwägung der Kommunikationsfreiheiten mit dem gegenüberliegenden Schutzgut (wie etwa der Reputation eines Unternehmens⁴³⁴) nur dann statt, wenn es sich nicht um eine zweifelsfrei bzw. bewusst unrichtige Tatsachenbehauptung handelt.⁴³⁵ Diese fallen erst gar nicht in den Schutzbereich von Art. 5 I GG, so dass dem Durchgreifen des zivilrechtlichen Anspruchs zum Schutz der Reputation des Betroffenen keine verfassungsrechtlichen Bedenken entgegenstehen. Bewusst und/oder nachweislich unwahre Tatsachenbehauptungen sind für die öffentliche Meinungsbildung kontraproduktiv. An ihnen besteht faktisch kein öffentliches Interesse.

Diese Wertung ändert sich grundsätzlich nicht, wenn zum Zeitpunkt der Äußerung der Tatsachenbehauptungen deren Wahrheit noch ungewiss ist.⁴³⁶ Diese Art der (vermeintlichen) Faktendarstellung ist nichtsdest trotz vom Schutzbereich der Kommunikationsgrundrechte erfasst, da sich erst später als falsch erweisende Tatsachenbehauptungen im pluralen, öffentlichen Meinungsmarkt als notwendiges Übel bei der Suche nach Wahrheiten in Kauf genommen werden müssen. Im Rahmen der Interessenabwägung genießt das entgegenstehende beeinträchtigte Rechtsgut regelmäßig jedoch Vorrang vor der durch Art. 5 I GG geschützten nachträglich unwahren Tatsachenbehauptung.⁴³⁷ Eine Ausnahme nimmt das Bundesverfassungsgericht an, sofern die Wahrheit der Aussage zum Zeitpunkt der Äußerung ungewiss war und der Kommunikator einen gewissen Sorgfaltsmaßstab bei der Überprüfung der weitergegebenen Information eingehalten hat.⁴³⁸ Dann kann zwar nicht der Unterlassungsanspruch, wohl aber der Schadensersatzanspruch des Betroffenen entfallen.

⁴³⁰ Zur verfassungsrechtlichen Herleitung des Schutzes eines Unternehmens vor Herabsetzungen und (un-)wahrer Kritik vgl. die folgenden Ausführungen auf den Seite 74 ff.

⁴³¹ Vgl. dazu BGH NJW 1987, 2225 ff.; BGH VersR 1985, 247 f.

⁴³² Für § 824 BGB etwa BGHZ 90, 113, 117; Jaurnig BGB-Teichmann § 824 Rn. 3.

⁴³³ Gleiches gilt bei der Anspruchsgrundlage des § 823 II BGB i.V.m. 186 StGB. Hier findet eine Grundrechtsabwägung via § 193 StGB (Wahrnehmung berechtigter Interessen) statt.

⁴³⁴ Zur verfassungsrechtlichen Herleitung des Schutzes eines Unternehmens vor Herabsetzungen und (un-)wahrer Kritik vgl. die folgenden Ausführungen im Anschluss auf den Seite 74 ff.

⁴³⁵ BVerfG NJW-RR 2000, 1209, 1210; BVerfG AfP 2004, 47; BVerfGE 99, 185, 197.

⁴³⁶ BVerfG AfP 2003, 539, 540; BVerfGE 61, 1, 8; 94, 1, 8.

⁴³⁷ BVerfG NJW-RR 2000, 1209, 1210; BVerfGE 99, 185, 197 - Scientology.

⁴³⁸ BVerfG AfP 2004, 47, 48; stellvertretend auch BGH NJW 1986, 981.

Der Grund für ein Überwiegen der Kommunikationsgrundrechte in diesem Spezialfall liegt in der überragend wichtigen Funktion des freien Kommunikationsprozesses für eine liberale Gesellschaft. Denn je eher Äußerungen im freien Meinungsbildungsprozess als rechtswidrig angesehen werden und Schadensersatzansprüche begründen, desto häufiger würden Meinungsmacher aus Vorsicht verstummen und ein Meinungsbildungsprozess erlahmen.⁴³⁹ Dies gilt gerade für Berichterstattungen der Medien unmittelbar nach dem jeweiligen Geschehnis, an denen ein großes öffentliches Interesse besteht. Dann muss das Risiko einer Fehlinformation durch Einhaltung eines individuellen Sorgfaltsmaßstabes kalkulierbar gering sein.⁴⁴⁰

Der Umfang der Sorgfaltspflichten ist abhängig von den praktischen Möglichkeiten der Aufklärung, Recherche und Präzision der Information⁴⁴¹, der Dringlichkeit der Weitergabe als auch der Intensität des Rechtsgutseingriffes⁴⁴². So sind die an die Presse gestellten Anforderungen durchweg strenger als die an Privatpersonen⁴⁴³. Diese dürfen hinsichtlich der Bedeutung des Grundrechts für Rechtsstaat, Demokratie und gesellschaftliche Entwicklung aber insgesamt nicht überhöht sein.⁴⁴⁴

Im Bereich der Medientätigkeit hat der Äußernde nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts zur Vermeidung eines Schadensersatzanspruchs alle unter zumutbaren Bedingungen erreichbaren informativen Anhaltspunkte auszuloten, bevor Tatsachenbehauptungen verbreitet werden.⁴⁴⁵ Der Kommunikator muss bei Informationen über Wirtschaftsunternehmen gegebenenfalls die adaptierten Informationen Dritter - anders als bei Behauptungen über Einzelpersonen - auf ihre Richtigkeit überprüfen⁴⁴⁶. Völlig haltlose und aus der Luft gegriffene Behauptungen ohne jegliche Form des Nachweises können also niemals zu einer Annahme eines berechtigten Interesses führen.⁴⁴⁷ Hier wird die Abwägung immer zugunsten des in der wirtschaftlichen Wertschätzung Verletzten ausfallen. Um den Schutz vor substanzlosen Aussagen auch prozessual abzusichern, trifft den Äußernden im Prozess eine Darlegungslast, die ihm auferlegt Beleg Tatsachen für seine Behauptungen anzugeben, um zu verhindern, dass diese prozessual als unwahre Tatsachenbehauptungen angesehen werden.⁴⁴⁸ Mit Festlegung dieser Kriterien für die Auslegung des „berechtigten Interesses“ nach § 824 II BGB bestätigt das Bundesverfassungsgericht abermals die langjährige Rechtsprechungspraxis des BGH, der in etlichen Einzelurteilen die Sorgfaltspflichten bei unwahren Tatsachenbehauptungen im Konfliktfeld zwischen Ehrenschutz und etwa der Pressefreiheit aus Art. 5 I S. 2 GG präzisiert hat.⁴⁴⁹

Somit hat das Bundesverfassungsgericht insgesamt umfassende Vorgaben für die deliktsrechtliche Handhabung von unwahren Tatsachenbehauptungen sowie herabsetzenden Werturteilen getätigt. Danach entscheidet die Einordnung der unternehmenskritischen Äußerung als Tatsachenbehauptung oder Werturteil erheblich über

⁴³⁹ Vgl. BVerfGE 99, 185, 198 - Scientology; BVerfG AfP 2003, 539, 540.

⁴⁴⁰ BVerfGE 99, 185, 198 - Scientology; BVerfG NJW-RR 2000, 1209, 1210: „Die Abwägung hängt von der Beachtung dieser Sorgfaltspflichten ab.“

⁴⁴¹ Vgl. BVerfG NJW-RR 2000, 1209, 1210.

⁴⁴² Vgl. BVerfG AfP 2003, 539, 540.

⁴⁴³ Bei BVerfGE 85, 1, 22 - Bayer-Aktionär ist von einer „besonderen Sorgfaltspflicht der Presse“ die Rede; vgl. auch BVerfG AfP 2003, 539, 540.

⁴⁴⁴ BVerfG AfP 2004, 47, 48; BVerfGE 99, 185, 198 f. - Scientology.

⁴⁴⁵ Vgl. für die unbeachtete vorausgegangene Stellungnahme des Beschwerde führenden Bürgermeisters BVerfG AfP 2004, 47, 48.

⁴⁴⁶ BVerfG NJW-RR 2000, 1209, 1211.

⁴⁴⁷ BVerfGE 99, 185, 198 - Scientology.

⁴⁴⁸ BVerfG 85, 1, 21 - Bayer-Aktionäre; BVerfG NJW-RR 2000, 1209, 1210.

die Anforderungskriterien im Abwägungsvorgang. Während es bei der Äußerung von unwahren Tatsachenbehauptungen maßgeblich auf die Einhaltung individueller Sorgfaltsstandards zur Abwendung eines Schadensersatzanspruches ankommt, sind bei herabsetzenden Werturteilen Ansprüche des Betroffenen maßgeblich vom Vorliegen eines öffentlichen Interesses, der Art der Stellungnahme als auch der Angabe von sachlichen Gründen abhängig.⁴⁵⁰ Die Umsetzung dieser verfassungsgerichtlichen Vorgaben durch die Zivilgerichte ist im weiteren Verlauf der Bearbeitung aufzuzeigen.

4. Absatz Die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG als äußerungsrechtliches Abwägungskriterium

A) Drittwirkungsintensität der Berufsfreiheit

Das Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 I GG garantiert allen Deutschen die freie selbstständige bzw. unselbstständige berufliche Tätigkeit. In einer sozialen Marktwirtschaft, in der der Staat das Wirtschaften und damit die gesellschaftliche Ressourcenverteilung primär den Privatrechtssubjekten überlässt und sich weitestgehend darauf konzentriert lediglich soziale Absicherungssysteme bereit zu stellen,⁴⁵¹ wäre ein nur abwehrrechtlicher Schutz der Berufsfindungs- und Berufsausübungsfreiheit für den Bürger zu kurz und ineffektiv. Denn in erster Linie drohen Eingriffe in diese bürgerliche Freiheitssphäre durch andere, ebenfalls am Markt teilnehmende Privatrechtssubjekte und nicht durch den Staat.⁴⁵² Das Bundesverfassungsgericht hat demnach herausgearbeitet, dass dieser „wichtige Lebensbereich“ als Grundlage der individuellen Lebensführung dient und dass somit Art. 12 I GG als objektive Wertentscheidung⁴⁵³ den Staat über die abwehrrechtliche Dimension hinaus in die Pflicht nimmt.⁴⁵⁴ Typische Konfliktfelder des Bürgers sind dabei das Arbeitgeber-Arbeitnehmerverhältnis⁴⁵⁵ als auch das Konkurrenzverhältnis zwischen mehreren Marktteilnehmern, das als logische Konsequenz der Verankerung einer grundsätzlichen Berufs(ausübungs-)freiheit anzusehen ist.⁴⁵⁶ Damit impliziert das Grundgesetz mittels Art. 12 I GG das Bestehen eines Wettbewerbs ohne darüber hinaus eine Wirtschaftsverfassung vorzugeben.⁴⁵⁷ Die staatliche Schutzpflicht, die Berufsfreiheit gerade auch zwischen Privatrechtssubjekten zu gewährleisten, trifft zunächst den Gesetzgeber, der die mannigfachen Berufsfelder und Tätigkeiten mit zum Teil detaillierten Regelungen ausgestaltet hat.⁴⁵⁸ Bei starkem Ungleichgewicht zwi-

⁴⁴⁹ Siehe hierzu etwa Ba/Ro BGB-Spindler § 824 Rn. 29 ff. und unten S. 145 ff.

⁴⁵⁰ Auch zu der Abgrenzung zwischen Werturteil und Tatsachenbehauptung hat das Bundesverfassungsgericht wegen der unterschiedlichen Abwägungskriterien u.a. im Beschluss vom 13.02.1996 Stellung bezogen (vgl. BVerfGE 94, 1, 8 ff.). Denn auch die Deutung des Äußerungshorizontes und die Einordnung der Kritik als Tatsachenbehauptung oder Werturteil, unterliegt wegen Art. 5 Abs. 1 GG der verfassungsrechtlichen Kontrolle (vgl. hierzu schon BVerfGE 43, 130, 136 f.; 54, 129, 136 f.; 61, 1, 6, 9 f.; 82, 43, 50; 82, 272, 280; 85, 1, 13 f.).

⁴⁵¹ Vgl. Grosser (u.a.), Soziale Marktwirtschaft, S. 11 ff.; Borrmann (u.a.), Soziale Marktwirtschaft, S. 15 ff.

⁴⁵² Dreier GG-Wieland Art. 12 Rn. 142; Schneider VVDStRL 43 (1985), S. 1 (34).

⁴⁵³ BVerfGE 7, 377, 404 - Apothekenurteil; BVerfGE 16, 214, 219 - Rechtsanwaltsausschluss.

⁴⁵⁴ BVerfGE 92, 26, 46 - Zweitregister: „Die Freiheitsgrundrechte, darunter auch die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), schützen nicht nur vor Eingriffen der Staatsgewalt in eine dem Individuum verbürgte Freiheitssphäre. Vielmehr verpflichten sie den Staat auch, diese Freiheitssphäre zu schützen und zu sichern.“

⁴⁵⁵ Vgl. BVerfGE NJW 1998, 1475; BVerfGE 92, 140, 153 - Sonderkündigung.

⁴⁵⁶ Vgl. dazu noch Seite 72 ff.

⁴⁵⁷ Für die wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes vgl. BVerfGE 50, 290, 336 ff. - Mitbestimmung; Badura, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, S. 7 ff.

⁴⁵⁸ HdBStR VI-Breuer, § 147 Rn. 25.

schen den aus Art. 12 I GG Berechtigten kann ein Einschreiten des Gesetzgebers zwingend erforderlich sein.⁴⁵⁹ Daneben stehen die Zivilgerichte in der Pflicht bei der Auslegung der zivilrechtlichen Normen insbesondere auch die Ausstrahlungswirkung der Berufsfreiheit gebührend zu berücksichtigen. Somit entfaltet das sich hinter Art. 12 I GG verbergende Schutzziel auch im Privatrecht besondere Bedeutung. Die logische Konsequenz hieraus ist eine nicht unerhebliche Drittwirkungsintensität des Grundrechts aus Art. 12 I GG.

B) Schutzbereich der Berufsfreiheit nach Art. 12 I GG

Das Grundrecht der Berufsfreiheit vereinigt mehrere menschliche Lebens- und Handlungsbereiche in nur einem grundrechtlichem Schutzbereich aus Art. 12 I GG. Das Grundrecht gewährleistet jedem Deutschen die Wahl der Ausbildungsstätte, des Arbeitsplatzes, des Berufs sowie die freie Ausübung des gewählten Tätigkeitsbereiches. Der Begriff des Berufes wird dabei denkbar weit verstanden und definiert sich als jede Tätigkeit, die in ideeller wie in materieller Hinsicht der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.⁴⁶⁰ Irrelevant für die Erfassung vom Schutzbereich ist, ob die berufliche Tätigkeit selbstständiger oder unselfständiger Natur ist.

Das Gründen und Führen von selbstständigen Wirtschaftsunternehmen ist elementarer Bestandteil der grundrechtlichen Gewährleistung und ist primär den Teilschutzbereichen Berufswahl- und Berufsausübung⁴⁶¹ zuzuordnen. Dem Unternehmer wird Organisationsfreiheit gewährleistet. Sie gibt ihm das Recht eine der vom Gesetzgeber angebotenen, der Rechtssicherheit dienenden Gesellschaftsformen zu wählen und die darin eingeräumten Freiheiten der betrieblichen Ausgestaltung privatautonom wahrzunehmen.⁴⁶² Im Rahmen der Berufsausübungsfreiheit garantiert die Verfassung dem Unternehmer und Gesellschafter die Dispositions- Investitions- und Produktionsfreiheit.⁴⁶³ Ebenso wird die Gewährleistung einer grundsätzlichen Preisfreiheit⁴⁶⁴ zur Förderung eines lebendigen Wettbewerbs der Marktteilnehmer geschützt. Eng hiermit verbunden ist auch die prinzipielle Werbefreiheit⁴⁶⁵ für die hervorgebrachten Leistungen und die Möglichkeiten über Vertrieb und Absatz der Produkte und Dienstleistungen⁴⁶⁶ eigenständig zu bestimmen.

Inwieweit der freie Wettbewerb als eigenständiges grundrechtsdogmatisches Schutzgut auf verfassungsrechtlicher Ebene durch Art. 12 I GG als *lex specialis* geschützt ist⁴⁶⁷ oder in diesem Zusammenhang Art. 2 I GG⁴⁶⁸

⁴⁵⁹ BVerfGE 81, 242, 255 - Handelsvertreter: „Wenn bei einer solchen Sachlage über grundrechtlich verbürgte Positionen verfügt wird, müssen staatliche Regelungen ausgleichend eingreifen, um den Grundrechtsschutz zu sichern.“

⁴⁶⁰ Ipsen, Staatsrecht II, Rn. 634 ff.; Sachs GG-Mann Art. 12 Rn. 43 ff.; Jarass/Pieroth GG-Jarass Art. 12 Rn. 5.
⁴⁶¹ HdBStR VI-Breuer § 147 Rn. 64.

⁴⁶² Papier VVDStRL 35 (1977), S. 55 (99).

⁴⁶³ MKS GG-Manssen Art. 12 Rn. 65 ff.; Ossenbühl AöR 115 (1990), S. 1 (18 ff.).

⁴⁶⁴ BVerfGE 101, 331, 347; 102, 197, 212 f.

⁴⁶⁵ BVerfG NJW 2002, 3091, 3093 - Werbebeschränkung für Tierärzte.

⁴⁶⁶ BVerfGE 30, 336, 351 - Jugendgefährdende Schriften.

⁴⁶⁷ So unter Betonung der Nähe zu der Schutzbereichsdimension der Berufsausübung Epping, Grundrechte, Rn. 387; vgl. auch BVerfGE 32, 311, 317; 46, 120, 137; Gloy Wettbewerbsrecht-Leistner/Facius, § 14, Rn. 5; Sachs GG-Murswiek, Art. 2, Rn. 54; Stern Staatsrecht IV/1, § 111 II 1 y) (S. 1822 ff.).

⁴⁶⁸ So das Bundesverwaltungsgericht, vgl. BVerwGE 60, 154, 159; 79, 326, 329; differenzierend Maunz/Dürig, GG-Di Fabio, Art. 2 I, Rn. 116; zum Ganzen weiter führend auch Lindner DÖV 2003, 185 ff.

einschlägig ist, ist umstritten.⁴⁶⁹ Wettbewerbsfreiheit soll dem Unternehmer auf verfassungsrechtlicher Ebene gewährleisten, seine unternehmerische Dispositionsfreiheit im Wettbewerb mit anderen frei, ohne staatliche Behinderung und ohne staatlich bewirkte Wettbewerbsverzerrung (z.B.: staatliche Fehlinformationen durch falsche/ungesicherte Tatsachen, wettbewerbsverzerrende Subventionierung der Konkurrenz) wahrzunehmen.⁴⁷⁰ Kurz gesagt ist es der Schutz der Möglichkeit zur Wahrnehmung von Wettbewerbschancen.⁴⁷¹ Nicht geschützt wird allerdings - wohl unabhängig von der Frage des einschlägigen Grundrechts - die Verdrängung vom Markt durch die Leistungsstärke der Konkurrenz, da dieser Prozess die natürliche wirtschaftliche Konsequenz aus dem freien Berufszugang ist.⁴⁷² Mithin tangiert auch die Zulassung der Konkurrenz zum Markt ansich nicht den grundrechtlichen Schutz der Wettbewerbsfreiheit. Auch der Erfolg am Markt und die Sicherung zukünftiger Erwerbsmöglichkeiten ist nicht vom Schutz des Wettbewerbs erfasst.⁴⁷³ Sie unterliegen dem Risiko der laufenden Veränderung der Marktverhältnisse. Die Reichweite des jeweiligen Freiheitsschutzes wird maßgeblich durch privatrechtliche Normen mitbestimmt, die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen.⁴⁷⁴ Das UWG stellt ein solches Instrument der Freiheitssicherung vor unzulässigen Geschäftspraktiken, um sich Wettbewerbsvorteile zu verschaffen, dar.⁴⁷⁵ Die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung darf nicht dazu führen, dass die Konkurrenten sich durch unzulässige Praktiken Vorteile am Wirtschaftsmarkt verschaffen.⁴⁷⁶ Den Staat trifft hier in Form des Gesetzgebers, der Exekutive, aber auch der Judikative eine Schutzpflicht wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und sonstige Funktionsstörungen des Wettbewerbs entgegenzuwirken.⁴⁷⁷

C) **Schutzbereich von Art. 12 I GG und äußerungsrechtlicher Unternehmensschutz**

Auf verfassungsrechtlicher Ebene ist der Schutz der Unternehmensreputation als ein Teil der vom Bundesverfassungsgericht mit Inhalt ausgefüllten Freiheit der unternehmerischen Betätigung anerkannt worden.⁴⁷⁸ Dabei ist zu beachten, dass damit kein Schutz vor sachlich zutreffenden Informationen gemeint ist, die im Wettbe-

⁴⁶⁹ Auch wird vertreten, dass sich der Schutz des Wettbewerbs verfassungsrechtlich aus einer Schnittstelle zwischen Freiheits- und Gleichheitsgrundsätzen, also aus Art. 12 I GG bzw. Art. 2 I GG i.V.m. Art. 3 I GG ergebe, Michael/Morlok sprechen in diesem Zusammenhang von der „Wettbewerbsgleichheit“ als maßgeblichen dogmatischen Anknüpfungspunkt des verfassungsrechtlichen Wettbewerbsschutzes (vgl. Michael/Morlok, Grundrechte, Rn. 355).

⁴⁷⁰ Vgl. HdBVerR-Papier, § 18, Rn. 77; weiter führend hier Michael/Morlok, Grundrechte, Rn. 355 ff.; Lindner DÖV 2003, 185ff.

⁴⁷¹ Harte/Henning UWG-Ahrens, Einl. F, Rn. 24.

⁴⁷² BVerfGE 106, 275, 299: „Insbesondere gewährleistet das Grundrecht keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb oder auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten. Vielmehr unterliegen die Wettbewerbspositionen und damit auch der Umsatz und die Erträge dem Risiko laufender Veränderung je nach den Marktverhältnissen.“

⁴⁷³ BVerfGE 106, 275, 298f.; 116, 135, 152.

⁴⁷⁴ BVerfGE 115, 205, 229; HdBStR VI-Breuer, § 147, Rn. 63; Leibholz/Rinck, GG-Burghart, Art. 12, Rn. 101.

⁴⁷⁵ Vgl. dazu BVerfGE 32, 311, 316; Maunz/Dürig, GG-Di Fabio, Art. 2 I, Rn. 125.

⁴⁷⁶ Vgl. BVerfGE 32, 311, 316 - Steinmetz.

⁴⁷⁷ HdBStR VI-Breuer, § 147, Rn. 63; Gloy Wettbewerbsrecht-Leistner/Facius, § 14, Rn. 10; zur Ausgestaltung dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben im äußerungsrechtlichen Unternehmensschutz durch den Privatgesetzgeber und die Zivilrichter wird auf die Seiten 83 ff. und 153 ff. verwiesen. Zum Verständnis und Ausgestaltung des Prinzips des Leistungswettbewerbs durch die Zivilrichter und Literatur vgl. Seiten 76 ff.

werb gerade für den Auslesevorgang des Nachfragers elementar wichtig sind. Verwiesen wird in diesem Zusammenhang auf den Glykol-Beschluss des 1. Senats vom 26.06.2002, der sich mit der Verfassungsmäßigkeit einer staatlichen Produktwarnung beschäftigte.⁴⁷⁹ Der darin entwickelte Schutz des Unternehmens zumindest vor fahrlässig veröffentlichten unwahren Tatsachenbehauptungen sowie herabsetzenden Formulierungen durch den Staat wird auch mit dem allgemeinen Sachlichkeitsgebot staatlicher Informationshandlungen begründet.⁴⁸⁰ Dass die Verfassungsrichter aus diesem Eingriff in den Schutzbereich später eine objektiv-rechtliche Schutzpflicht auch für das Privatrecht ableiteten, hängt zuvörderst damit zusammen, dass die Freiheit der unternehmerischen Betätigung auch Freiheit vor unlauteren Wettbewerbsmethoden⁴⁸¹ bzw. nachhaltiger Behinderung des Markterfolges bedeuten muss. Damit steht fest, dass unwahre Informationen und Herabsetzungen, gleichgültig von wem sie stammen, den freien Wettbewerb und damit auch den Erfolg der Betroffenen in seiner gewährleisteten, freien Berufsausübung negativ beeinflussen können. Bei Subsumption des Unternehmensimages unter Art. 12 I GG formuliert das Gericht also folgerichtig: „Demgegenüber schützt Art. 12 I GG Unternehmen in ihrer beruflichen Betätigung vor inhaltlich unzutreffenden Informationen oder vor Wertungen, die auf sachfremden Erwägungen beruhen oder herabsetzend formuliert sind, wenn der Wettbewerb in seiner Funktionsweise durch sie gestört wird.“⁴⁸²

Zuvor hatte das Bundesverfassungsgericht den Schutz des sozialen Geltungsanspruchs eines Wirtschaftsunternehmens als Bestandteil der Gewährleistungen aus Art. 2 I GG angesehen.⁴⁸³ Dies ist im Kern darauf zurückzuführen, dass in Literatur und Rechtsprechung seit geraumer Zeit ein Streit darüber herrscht, ob die Freiheit der unternehmerischen Betätigung und ihre mannigfachen Erscheinungsformen durch Art. 12 I GG, 14 I GG oder aber Art. 2 I GG als Auffanggrundrecht erfasst sind.⁴⁸⁴ Ein Rückgriff auf Art. 2 I GG wird hier zunehmend nicht mehr notwendig sein, da auch das Bundesverfassungsgericht dazu neigt, Art. 12 I GG als spezielle Norm für die Unternehmensfreiheit anzusehen.⁴⁸⁵ Auch hier gilt der Grundsatz: *lex specialis derogat legi generali*.⁴⁸⁶

In der verfassungsrechtlichen Literatur gibt es darüber hinaus einen Meinungsstreit darüber, ob sich ein grundrechtlicher Schutz der Unternehmensehre möglicherweise auch aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG, 19 III GG ergeben könnte.⁴⁸⁷ Das Bundesverfassungsgericht hat sich zu der Frage, inwieweit das allgemeine Persönlichkeitsrecht auf „juristische Personen“ i.S.v. Art. 19 III GG anwendbar ist, noch nicht abschließend geäußert,

⁴⁷⁸ BVerfG DVBl 2005, 106, 107; des Weiteren BVerfG NJW 2008, 358, 359; BVerfG WRP 2010, 1384, 1388 - Gen-Milch.

⁴⁷⁹ Vgl. dazu noch S. 198 ff.

⁴⁸⁰ Vgl. BVerfGE 105, 252, 272 f. - Glykol.

⁴⁸¹ Vgl.: Stern, Staatsrecht IV/1, § 111 (S. 1822).

⁴⁸² BVerfG NJW 2008, 358, 359; BVerfG DVBl 2005, 106, 107; vgl. auch BVerfG ZUM 2007, 730, 733.

⁴⁸³ BVerfG NJW 1994, 1784; zur Unternehmerfreiheit nach Art. 2 I GG vgl. auch BVerfGE 50, 290, 366; 29, 260, 266.

⁴⁸⁴ Zum Streitstand exemplarisch: Ossenbühl AöR 115 (1990), S. 1 ff.

⁴⁸⁵ BVerfGE 77, 84, 118: „Betrifft die beanstandete Regelung die Handlungsfreiheit im Bereich des Berufsrechts, die ihre spezielle Gewährleistung in Art. 12 I GG gefunden hat, scheidet Art. 2 I GG als Prüfungsmaßstab aus [...]“; vgl. auch BVerfGE 105, 252, 279 - Glykol.

⁴⁸⁶ So auch Frotscher, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, § 4 Rn. 87; HdBStR VI-Breuer, § 147 Rn. 64; HdBVerfR-Papier, § 18 Rn. 48 ff.; Maunz/Dürig GG-Scholz Art. 12 Rn. 123.

⁴⁸⁷ Zu der einfach-rechtlich vom BGH anerkannten Rechtsfigur des allgemeinen Unternehmenspersönlichkeitsrechts vgl. die Ausführungen auf Seite 130 ff.

sondern die Fragestellung explizit offen gelassen.⁴⁸⁸ Im Zusammenhang mit herabsetzenden Wertungen und unzutreffenden Informationen über Unternehmen sieht es auf verfassungsrechtlicher Ebene im zurückliegenden Jahrzehnt primär den Schutzbereich von Art. 12 GG als einschlägig (siehe oben).⁴⁸⁹ Eine Meinung in der Literatur lehnt eine Anwendbarkeit von Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG bei juristischen Personen i.S.v. Art. 19 III GG kategorisch ab.⁴⁹⁰ Das allgemeine Persönlichkeitsrecht leite sich maßgeblich aus der Menschenwürdegarantie ab und sei mithin ausschließlich auf natürliche Personen zugeschnitten. Der überwiegende Teil der Literatur sieht dies nunmehr differenzierter und prüft, ob für einzelne Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG eine grundrechtstypische Gefährdungslage bei juristischen Personen i.S.v. Art. 19 III GG anzunehmen sein kann. Denn die einzelnen Teilgehalte der Rechtsfigur des allgemeinen Persönlichkeitsrechts variieren in ihrem Menschenwürdebezug.⁴⁹¹ Je mehr der Grundrechtsschutz im Interesse der Menschenwürde, die nur natürliche Personen für sich in Anspruch nehmen können, gewährt wird, desto eher ist die Anwendung auf juristische Personen als „bloße Zweckgebilde der Rechtsordnung“ abzulehnen.⁴⁹² Teilweise wird dabei angenommen, dass auch eine Partizipation am Ehrschutz durch juristische Personen nach Art. 19 III GG möglich sei.⁴⁹³ Selbst dann wird – unter Berücksichtigung der Ausführungen des BVerfG im hier untersuchten äußerungsrechtlichen Zusammenhang (siehe oben) – die Grundrechtsgewährleistung zur Unternehmensehre aus Art. 12 I GG (bzw. Art. 2 I GG; siehe oben) spezieller und mithin vorzugswürdig sein.⁴⁹⁴ Das was für den Menschen das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist, nämlich eine umfassende, die Entfaltungsfreiheit gegenüber jedermann gewährleistende Generalklausel, ist für das Unternehmen vielmehr das Recht am Gewerbebetrieb.⁴⁹⁵ Ob darüber hinaus im Zusammenhang mit der Unternehmensehre weiterhin ein Schutz durch Art. 14 GG vorliegt, wurde vom BVerfG bis dato nicht entschieden.⁴⁹⁶

D) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung und äußerungsrechtlicher Unternehmensschutz

Es stellt sich die Frage unter welchen Voraussetzungen der Eingriff in das Unternehmensimage verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein kann. Im Gegensatz zur klassischen abwehrrechtlichen Dimension, lässt sich im Bereich des äußerungsrechtlichen Unternehmensschutzes die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Drei-Stufentheorie⁴⁹⁷ nicht anwenden, um die Anforderungen an das gegenüberliegende Rechtsgut für die Verhältnismäßigkeitsprüfung näher zu konkretisieren. Die Kategorien „Berufsausübungsregel“ sowie „subjektive Zulassungsschranken“ und „objektive Zulassungsschranken“ sind konzipiert um staatliche Eingriffe durch formelle und materielle Gesetze bzw. den darauf beruhenden regelnden Einzelakt der Verwaltung zu erfassen.

⁴⁸⁸ BVerfGE 95, 220, 242.

⁴⁸⁹ Vgl. BVerfG NJW 2008, 358, 359; BVerfG DVBl 2005, 106, 107, jeweils ohne Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG, Art. 19 III GG auch nur zu erwähnen.

⁴⁹⁰ HdBStR VI-Schmitt Glaeser, § 129, Rn. 88; Jarass NJW 1989, 857, 860; Kunig Jura 1993, 595, 599.

⁴⁹¹ Dreier GG-Dreier, Art. 19 III, Rn. 38.

⁴⁹² Vgl. Maunz/Dürig GG-Di Fabio, Art. 2 I, Rn. 224.

⁴⁹³ Vgl. BK GG-Lorenz, Art. 2 I, Rn. 385; Dreier GG-Dreier, Art. 19 III, Rn. 38; MKS GG-Huber, Art. 19 III, Rn. 319.

⁴⁹⁴ Maunz/Dürig GG-Di Fabio, Art. 2 I, Rn. 225; auch die Rechtsansicht, die eine Anwendung von Art. 2 I GG (i.V.m. Art. 1 I GG) auf Unternehmen ablehnt, verweist hinsichtlich des Ehrschutzes von Unternehmen insb. auf Art. 12 I GG; vgl. Kunig Jura 1993, 595, 599; Jarass NJW 1989, 857, 860.

⁴⁹⁵ Vgl. Koreng GRUR 2010, 1065, 1069.

⁴⁹⁶ BVerfG WRP 2010, 1384, 1388 - Gen-Milch.

Sie beziehen sich folglich auf hoheitliche Ge- oder Verbote im Schutzbereich der Berufsfreiheit. Die Dreistufentheorie ist somit für die Beurteilung und Gewichtung von Eingriffen durch Private ungeeignet, da diese zumindest unter normalen wirtschaftlichen Verhältnissen nicht imstande sind, das Marktverhalten eines Wirtschaftsteilnehmers unmittelbar zu erzwingen. Da der Schutzbereich des Art. 12 I GG nicht nur bei direkter staatlicher Unterbindung unternehmerischer Handlungen, sondern auch bei reiner Behinderung des Markterfolges eröffnet sein kann, geht das Bundesverfassungsgericht bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen von äußerungsrechtlich relevanten Urteilsverfassungsbeschwerden sofort zu einer generellen Abwägung der gegenüberliegenden Schutzgüter über: Die genauen Kriterien dieses spezifischen Abwägungsprozesses sind schon im Rahmen der Ausführungen zu der Presse- und Meinungsfreiheit erläutert worden.⁴⁹⁸ Darauf kann in diesem Zusammenhang verwiesen werden.

3 Abschnitt Das Prinzip des Leistungswettbewerbs

In lauterkeitsrechtlichen Urteilen wird regelmäßig auf die Grundsätze des Leistungswettbewerbs Bezug genommen.⁴⁹⁹ Gerade bei Prüfung der Generalklausel des § 1 UWG a.F. wurde das Prinzip des Leistungswettbewerbs oft herangezogen um zwischen sittenwidrigen Verhaltensweisen und lauterem Handeln im Wirtschaftsverkehr differenzieren zu können.⁵⁰⁰ In der Entscheidung „Therapeutische Äquivalenz“ will das Bundesverfassungsgericht den Leistungswettbewerb sogar als das übergeordnete Schutzgut des Wettbewerbsrechts ausgemacht haben.⁵⁰¹

Diese Einschätzung konnten jedoch gewichtige Teile der Literatur⁵⁰² als auch den Gesetzgeber bei der Schaffung des UWG 2004 nicht überzeugen. Der Gesetzgeber entschied sich dazu, anstelle des nur schwerlich in seiner Gänze erfassbaren Wettbewerbs die daran maßgeblich beteiligten Personenkreise als konkretisierte Schutzsubjekte in § 1 UWG n.F. hervorzuheben.⁵⁰³ Das liegt vornehmlich daran, dass der mit Leistungswettbewerb gemeinte gesellschaftliche Prozess derart komplex und vielschichtig ist, dass er durch juristische Kurzdefinitionen nicht ausreichend handhabbar gemacht werden kann.

Der Begriff Leistungswettbewerb und die zahlreichen Definitionsversuche beschreiben ein in der sozialen Marktwirtschaft angestrebtes Modell,⁵⁰⁴ in dem die einzelnen Beteiligten so miteinander umgehen, dass die dem Wettbewerb zugeordneten Funktionen optimal zur Geltung gelangen. Maßgebliche Wettbewerbsfunktionen sind insbesondere eine leistungsgerechte Einkommensverteilung, das Vorantreiben des technischen Fort-

⁴⁹⁷ BVerfG 7, 377, 405 ff. - Apotheker-Urteil.

⁴⁹⁸ Siehe dazu bereits S. 50 ff. und S. 55 ff.

⁴⁹⁹ Stellvertretend BGH GRUR 1977, 110, 111 - Kochbuch; BGH GRUR 1982, 425, 430 - AOK Brillenabgabestellen; BGH GRUR 1991, 150 - Laienwerbung für Kreditkarten.

⁵⁰⁰ BGHZ 51, 236, 242 - Stuttgarter Wochenblatt I; BGH GRUR 1979, 321, 322 - Verkauf unter Einstandspreis.

⁵⁰¹ BVerfG GRUR 2001, 1058, 1059 f. - Therapeutische Äquivalenz.

⁵⁰² Ulmer GRUR 2003, 817, 821; Ahrens JZ 2004, 763, 772; auch vor Verwendung als Rechtsbegriff warnt Dörinkel DB 1967, 1883, 1885.

⁵⁰³ Vgl. hierzu Nordemann, Marken- und Wettbewerbsrecht, Rn. 44 ff.

⁵⁰⁴ Vgl. Wuttke, Sicherung des Leistungswettbewerbs durch das Verbot der unbilligen Behinderung nach § 26 IV GWB, S. 49.

schritts, aber auch die optimale Ressourcennutzung (Faktorallokation) und die flexible Anpassung der Produktion an den Marktbedarf.⁵⁰⁵

A) Grundkonzeption des Leistungswettbewerbs

Trotz der im Detail unterschiedlichen Definitionsansätze zum Leistungswettbewerb⁵⁰⁶ lässt sich folgendes, übereinstimmendes Grundmodell feststellen, indem idealisierte Verhaltensmuster von konkurrierenden Unternehmen und Verbrauchern am Markt herausarbeitet werden:

Die am Markt konkurrierenden Unternehmen sollen sich zuvörderst darauf konzentrieren die von ihnen gefertigten Waren bzw. offerierten Dienstleistungen wahrheitsgemäß und losgelöst vom Konkurrenzverhalten zu präsentieren und anzubieten. Ihre Hauptabsicht ist ein eigenes, konkurrenzfähiges Produkt am Markt präsentieren zu können. Zur Förderung des Absatzes sollen Unternehmen Produkte entwickeln, herstellen und unter Zuhilfenahme von Eigenwerbung vertreiben.⁵⁰⁷ Der Verbraucher soll die Möglichkeit haben sich über die Leistungen der Konkurrenten umfassend und wahrheitsgetreu zu informieren, um sich ein unverzerrtes Bild der tatsächlichen Marktsituation zu verschaffen. Aufgrund der im Zivilrecht gewährleisteten Privatautonomie soll er anhand eines selbst erarbeiteten Beurteilungsmaßstabs⁵⁰⁸ das beste Produkt herausfiltern. Als Kriterien können dabei Qualität und Preis⁵⁰⁹ fungieren; häufig spielen in der Realität aber auch andere subjektive Bewertungsmaßstäbe, wie beispielsweise der suggerierte Lifestylefaktor⁵¹⁰ bzw. das generelle Image des Produkts oder des herstellenden Unternehmens, eine Rolle.

Dieses Grundsystem eines leistungsbezogenen Wirtschaftswettbewerbs weist dem Verbraucher als Konsumenten eine Schiedsrichterfunktion zu.⁵¹¹ Leistungswettbewerb ist darauf ausgelegt die in den Augen der Konsumenten besten Produkte/Dienstleistungen zur Entfaltung zu bringen.⁵¹² Der Erfolg eines Unternehmens wird unmittelbar bedingt durch die Entscheidung der Verbraucher zu einem für das Unternehmen gewinnbringenden Vertragsabschluss. Die Konkurrenten sollen sich untereinander in einer von gegenseitiger Behinderung freien Koexistenz befinden. Der Wettstreit um den Konsumenten ist nicht als Boxkampf zwischen den Konkurrenten, sondern als fairer Wettlauf um die Gunst der Verbraucher zu begreifen.⁵¹³

⁵⁰⁵ Vgl. Kantzenbach, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, S. 16 ff; Olten, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, S. 18 ff.

⁵⁰⁶ Übersicht bei GK UWG-Schünemann Einl D Rn. 81; Dörinkel DB 1967, 1883 ff.

⁵⁰⁷ Siehe dazu die Legaldefinition in § 1 I des Josten-Entwurfs zum Wettbewerbsgesetz (vgl. BT-Drucks. II, 3644 S. 3f): „Leistungswettbewerb i.S.d. Gesetzes liegt vor, wenn im Wettbewerb mit anderen Anbietern bei der Umwerbung von Kunden als Mittel nur angewendet werden: Wahrheitsgemäßer Hinweis auf die eigene gewerbliche Leistungskraft oder auf die Eigenschaften der eigenen oder angebotenen Güter oder Leistungen sowie Angebote, deren vertragsgemäße Erfüllung ernstlich beabsichtigt und unter Beachtung der Gesetze und guten Sitten möglich ist.“

⁵⁰⁸ Vgl. Harte/Henning UWG-Ahrens Einl F Rn. 117.

⁵⁰⁹ BGH GRUR 1955, 346, 349; Nipperdey, Wettbewerb und Existenzvernichtung, S. 16; Hefermehl GRUR int. 1983, 507, 508.

⁵¹⁰ Schrickler/Henning-Bodewig WRP 2001, 1367, 1396.

⁵¹¹ Ulmer GRUR 1977, 565, 568.

⁵¹² So die Regierungsbegründung zur zweiten GWB-Novelle vom 03.08. 1973; Bt-Drucks. VI/2520, S. 34.

⁵¹³ Vgl. Jöhr in: Barnikel, Wettbewerb und Monopol, S. 214, 223; Hier gilt es festzuhalten, dass der Vergleich mit dem sportlichen Wettstreit angesichts der klaren sportlichen Zielvorgabe im Gegensatz zu der undeter-

Daher liegt ein marktschädlicher Behinderungswettbewerb (Nicht-Leistungswettbewerb) vor, wenn der Konkurrent Handlungen durchführt, die nicht primär dazu geeignet sind, das eigene Produkt zu verbessern bzw. selbst konkurrenzfähig zu bleiben, sondern darauf angelegt sind, einen wirtschaftlichen Rivalen zu schwächen. Dies darf nur mittelbar als logische Konsequenz aus dem unternehmenseigenen Leistungsvorsprung erfolgen.⁵¹⁴ Liegt Behinderungswettbewerb vor, kann die Bestenauslese durch den Verbraucher als Leistungskontrollinstanz nicht ordnungsgemäß funktionieren. Damit wird die Durchsetzung elementarer Wettbewerbsfunktionen vereitelt, insbesondere das Vorantreiben des technischen Fortschritts als auch eine leistungsgerechte Einkommensverteilung.⁵¹⁵

Wie ungenau die Konturen des Begriffes „Leistungswettbewerb“ sind, zeigt sich beispielsweise daran, dass diese Modellvorstellung nicht geeignet ist, Wettbewerbsphänomene wie reine Aufmerksamkeitswerbung oder den Nachfragewettbewerb vollständig zu erfassen. Auch die hohe Anzahl an im Detail voneinander abweichenden Definitionsversuchen zum Leistungswettbewerb bestätigt diese These. Eine abschließende Klärung der Begrifflichkeit ist noch nicht erfolgt⁵¹⁶, wenn nicht unmöglich⁵¹⁷. Daher läuft auch jeder richterliche Versuch, die Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG a.F. abschließend mit der Differenzierung zwischen Leistungs- und Nichtleistungsbegriff zu klären, angesichts der Vieldeutigkeit und Unklarheit der Termini auf einen Zirkelschluss hinaus, der dauerhaft zu keiner klar strukturierten juristischen Lösung führen kann.⁵¹⁸

Der Begriff „Leistungswettbewerb“ ist lediglich ein Schlagwort, eine wertende Orientierungshilfe, die als grobe Vorstellung eines idealen Wettbewerbsverhaltens bei den juristischen Abwägungsvorgängen im Hinterkopf behalten werden sollte.⁵¹⁹ Denn tendenziell ist davon auszugehen, dass je weiter das tatsächliche Verhalten der Marktteilnehmer von dieser Idealvorstellung abweicht, mit steigender Wahrscheinlichkeit von Unlauterkeit i.S.d. § 3 UWG zu sprechen sein dürfte. Eine überzeugende Begründung für die Unlauterkeit kann der Rückgriff auf die Idealvorstellung „Leistungswettbewerb“ jedoch nicht ersetzen.

Dieser Vergleich zwischen theoretischem Wettbewerbsmodell und wirtschaftlicher Realität war insbesondere immer dann hilfreich, wenn Zivilgerichte im Rahmen der Generalklausel nach § 1 UWG a.F. nicht auf gefestigte Rechtsgrundsätze zurückgreifen konnten, weil sich die zu beurteilende Wettbewerbshandlung als völlig neuartiges wirtschaftliches Phänomen erwies. So hat der BGH im Jahre 1973 beispielsweise ein neuartiges, gemeinsames Gewinnspiel mehrerer Lebensmittelhändler mit unter anderem folgender Begründung für unlauter erklärt:

minierten Entwicklungsrichtung im freien Wettbewerb nicht uneingeschränkt gelten kann. Die freie Entfaltung der Unternehmen sowie die unvorherbestimmte Auslese der Konsumenten sind als dynamischer Prozess nicht zielorientiert und prognostizierbar. Die durch Art. 2 I GG abgesicherte Vertragsfreiheit verbietet weiterreichende, staatliche Zielbestimmungen.

⁵¹⁴ Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 12 Rn. 84.

⁵¹⁵ Vgl. Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 116.

⁵¹⁶ So geht Hinz (WRP 1984, 653, 657) davon aus, dass die wissenschaftliche Definition des Begriffs eines längeren praktischen Lernprozesses bedürfe.

⁵¹⁷ Dörinkel DB 1967, 1883, 1885.

⁵¹⁸ Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 12 Rn. 85: „[Begriff Leistungswettbewerb] ermöglicht aber aus sich selbst heraus keine Lösungen, sondern muss erst [...] mit Inhalt gefüllt werden.“

⁵¹⁹ Vgl. etwa Nordemann GRUR 1975, 625, 631;; Merz, Vorfelddthese, S. 267 f.

„Wenn mehr oder alle Handelsketten der Lebensmittelbranche die Umsatzsteigerung über die Veranstaltung von Gewinnspielen dieser Art zu erreichen versuchen und wenn solche Veranstaltungen als Dauerveranstaltungen organisiert werden, liegt die Annahme nahe, daß schließlich das Publikum in weiten Bereichen die Deckung seines Bedarfs mehr oder weniger nur noch von den ihm gebotenen Gewinnchancen abhängig macht; der Vergleich von Preis und Leistung träte immer mehr in den Hintergrund. Wertreklame [...] darf nicht zum Ersatz für den Leistungswettbewerb werden.“⁵²⁰

Daran zeigt sich exemplarisch wie präsent den Wettbewerbsrichtern die Idealvorstellung von Konkurrenten- und Verbraucherverhalten war, obschon sich das Prinzip des Leistungswettbewerbs nicht bis ins Detail juristisch erfassen lässt. Auch an vielen Tatbeständen des UWG n.F. ist deutlich erkennbar, dass die lauterkeitsrechtliche Grundvorstellung eines rein an der unternehmerischen Eigenleistung orientierten Wettbewerbs als Wertungsgrundlage bei der Normierung (mit-)fungiert hat. Das zeigt sich gerade bei den Normen des UWG n.F. deutlich, die den freien Entscheidungsprozess des Verbrauchers schützen sollen. Hier sind etwa die irreführende Werbung nach § 5 UWG ebenso wie das Ausüben von Druck (§ 4 Nr. 1 UWG) oder aber die Ausnutzung der Unerfahrenheit oder die Angst der Konsumenten nach § 4 Nr. 2 UWG zu nennen. Genauso ist der klassische Behinderungswettbewerb, bei dem Konkurrenten sich unmittelbar negativ beeinflussen, nach § 4 Nr. 10 UWG n.F. unlauter.

B) Modifikationen des Grundkonzepts „Leistungswettbewerb“ und der europäische Liberalisierungsgedanke

1) Partiiell zulässiger Wettkampf der Konkurrenten zugunsten der Verbraucheraufklärung

Entgegen den zuvor genannten Normen des UWG n.F. lässt sich die unter bestimmten Voraussetzungen zulässige, vergleichende Werbung nach § 6 UWG n.F. nicht generell mit der Grundidee des Leistungswettbewerbs im Sinne eines „unbeeinflussten Nebeneinanders“ der Konkurrenten vereinbaren. Denn beispielsweise die zulässige Werbeaussage:

„Karl hat wie die meisten den T-Net-Standardtarif der Deutschen Telekom. Da zahlt er 6,1 Cent die Minute. Kai ist schlau, er zahlt in diesem Fall mit TELE 2 nur 1,95 Cent“⁵²¹

greift durch eine kritische Wertung in die Unternehmenssphäre der Konkurrenz ein. Mit der Einführung der grundsätzlichen Zulässigkeit vergleichender Werbung modifiziert sich das Bild eines idealtypischen Leistungswettbewerbs, der zuvor durch Böhm⁵²² bildlich als bezugsloser „Parallelkampf“ bezeichnet wurde. Denn die direkte, verbale Konfrontation der Wettbewerber wird in den Schranken des § 6 II UWG n.F. ermöglicht.

⁵²⁰ BGH GRUR 1973, 591, 593 - Schatzjagd.

⁵²¹ OLG Hamburg GRUR-RR 2005, 131, 132.

⁵²² Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, S. 212 f.

Zuvor hat der Bundesgerichtshof vergleichende Werbung nur ausnahmsweise für zulässig erachtet,⁵²³ da diese die alleinige Richterfunktion des Konsumenten nachhaltig in Frage stelle und aufgrund der subjektiven Einfärbung geeignet sei den Konsumenten in die Irre zu führen.⁵²⁴ Ein Denkansatz, der mit den Definitionsversuchen zum Leistungswettbewerb in engem Zusammenhang steht. Allerdings bleibt in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass der BGH im Laufe der Zeit bis zum Erlass der EG-Richtlinie 97/55/EG den Umfang der Ausnahmetatbestände ausgeweitet und damit die Zulässigkeitskriterien für die vergleichende Werbung schrittweise gelockert hat.⁵²⁵ Gerade wenn ein hinreichender Anlass in Form eines tatsächlichen Interesses der Verbraucher an Aufklärung bestand, wurde die vergleichende, kritische Werbung zunehmend als lauter eingestuft.⁵²⁶

Die heutige Rechtslage nach der UWG-Reform und Umsetzung der EG-Richtlinie zur vergleichenden/irreführenden Werbung von 1997, die die Abschaffung der Verbotsformel mit sich brachte, wird in erster Linie mit dem erhöhten Grad an Markttransparenz und dem Informationsvorteil des Verbrauchers begründet. Damit zeigt sich, dass im Zuge der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Entwicklung die wettbewerbspolitische Zielvorstellung „Leistungswettbewerb“ gewissen Änderungen unterworfen sein kann. Die veränderten Vorstellungen von moralisch vertretbarem Wirtschaften wirken sich demnach auf die Rollen- und Aufgabenverteilung innerhalb des Konzepts des Leistungswettbewerbs aus: War zuvor ein „unbeeinflusstes Nebeneinander“ der Konkurrenten das Maß der Dinge, sollen nunmehr Bezugnahmen auf den Wettstreiter zumindest solange mit dem freien Leistungswettbewerb vereinbar sein, solange sie dem Verbraucher und seiner Bildung von Kaufentscheidungen dienlich sind.⁵²⁷ Unter dieser Voraussetzung muss der Wettstreiter die Einflussnahme der Konkurrenz grundsätzlich hinnehmen.

2) Das moderne Verbraucherleitbild und die Entschließungsfreiheit der Konsumenten

Der Reformprozess des Idealbildes „Leistungswettbewerb“ wird auch beeinflusst durch die Liberalisierungsimpulse des EuGH zugunsten eines aufgeklärteren und selbstständigeren Verbraucherleitbildes. Gerade im Bereich des Irreführungsverbots ging der BGH über Jahrzehnte von einem flüchtigen, unaufmerksamen und unkritischen Verbraucher⁵²⁸ als Leitbild für die Bewertung der jeweiligen Unternehmensäußerungen aus. Das Bild eines überspitzt formuliert pathologisch dummen⁵²⁹, unmündig bis hilflosen⁵³⁰ Verbrauchers wurde in der Literatur des Öfteren als realitätsfremd kritisiert.⁵³¹ Das Abstellen auf eine Mindestirreführungsquote von 10-

⁵²³ BGH GRUR 1959, 488, 489 f. - Konsumgenossenschaft; BGH GRUR 1952, 582 - Sprechstunden; BGH 1986, 618, 620 - Vorsatz-Fensterflügel.

⁵²⁴ Vgl. RG GRUR 1930, 1299, 1301 - Hellegold; BGH GRUR 1952, 416, 417 - Dauerdose; BGH NJW 1998, 2208, 2210 - Testpreis-Angebote.

⁵²⁵ BGH GRUR 1986, 618, 620 - Vorsatz Fensterflügel; BGH GRUR 1996, 502, 506 - Energiekosten-Preisvergleich I; vgl. BGH WRP 1998, 718, 722: Die Entwicklung der vergleichenden Werbung hat zur „Anerkennung eines über die bisherigen Einzelausnahmen hinausgehenden allgemeinen Ausnahmegrundsatzes geführt“

⁵²⁶ BGH GRUR 1971, 159, 160 - Motorjacht; BGHZ 50, 1, 5 - Pelzversand.

⁵²⁷ So der Erwägungsgrund (2) der Richtlinie 97/55/EG, abgedruckt in GRUR Int. 1997, 925 ff.: „Vergleichende Werbung kann ferner den Wettbewerb zwischen den Anbietern von Waren und Dienstleistungen im Interesse der Verbraucher fördern.“

⁵²⁸ BGH GRUR 1968, 702, 703; BGH GRUR 1971, 365, 367; BGH GRUR 1991, 848, 850.

⁵²⁹ Klette NJW 1985, 1260, 1261.

⁵³⁰ Emmerich, FS Gernhuber, S. 857 (870).

⁵³¹ Vgl. etwa Keilholz GRUR Int. 1987, 390, 391; Koch WRP 1989, 553, 555; Dausers RIW 1998, 750 f.

15 % der Bevölkerung⁵³² sei insgesamt zu vorsichtig und entspreche nicht dem Standard anderer europäischer Länder.⁵³³ Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Sofern schon die kleinsten Ansätze von potentiellen Mißverständlichkeiten zu einem Verbot der werblichen Äußerung führen, wird die grundsätzlich marktförderliche, freie Entwicklung neuer Marketingformen und -strategien verhindert. Des weiteren ist eine Quote von 10-15 % nicht mit einem in Deutschland stetig anwachsendem Bildungsniveau zu vereinbaren, das die Bereitschaft der Bevölkerung zur kritischen Reflektion staatlicher und privater Meinungsäußerungen ansteigen lässt.

Damit konform glich der BGH sein Verbraucherleitbild mit der Orient-Teppichmusterentscheidung⁵³⁴ im Jahre 2000 an die Rechtsprechung des EuGH an, der von einem durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher als maßgeblichem Kriterium ausgeht.⁵³⁵ Im Rahmen der Beurteilung von irreführender Werbung wurde das durch das UWG gewährleistete Schutzniveau des Verbrauchers aufgrund der Annahme eines sachgerechten und aufgeklärten Marktverständnisses deutlich relativiert. Es wurde seitdem nicht mehr auf eine Randgruppe, sondern auf den kaufertrohen und wirtschaftsmündigen Durchschnitts-, „Schiedsrichter“ abgestellt.

Der BGH hat dieses neue Grundverständnis vom Konsumenten auf andere lauterkeitsrechtliche Fallkonstellationen ausgeweitet. So ist nach aktueller Rechtsprechung ein „übertriebenes Anlocken“ des Kunden durch nicht primär leistungsbezogene Verkaufsförderungsmaßnahmen nur noch ausnahmsweise als unlauter i.S.v. § 4 Nr. 1 UWG anzusehen.⁵³⁶ Denn bei Zugrundelegung des modernen Verbraucherleitbildes und unter Berücksichtigung der Marktgewöhnung an solche Unternehmensstrategien ist nicht davon auszugehen, dass diese Art der Zusatzreize dazu geeignet sind, die Rationalität der Verbraucherauswahl in Frage zu stellen.⁵³⁷ Auch ist das bereits angesprochene⁵³⁸ Gewinnspiel der Lebensmittelhändler nach heutigen Maßstäben lauter, sofern nicht gegen die Sondervorschriften der §§ 4 Nr. 5 und Nr. 6 UWG verstoßen wird.

Übertragen auf die Grundkonzeption des Leistungswettbewerbs bedeutet dies, dass der durchschnittliche Verbraucher bei der Erschließung und Nutzung von Informationsquellen über die am Markt vorhandene Produktpalette mit mehr Eigenverantwortung⁵³⁹ ausgestattet worden ist. Nicht jede potentielle Verzerrung der tatsächlichen Marktsituation ist dem Konkurrenten verboten. Ein durchschnittlich aufmerksamer und verständiger Verbraucher ist zumeist in der Lage die Aussage des Konkurrenten als subjektiven Kaufanreiz zu entlarven und den tatsächlich nützlichen Informationswert herauszufiltern. Der durchschnittliche Verbraucher ist auf dem

⁵³² Tilmann GRUR 1989, 301, 308; vgl. auch BGH GRUR 1979, 716, 718.

⁵³³ Kritisch dagegen Sack WRP 2004, 521, 524, der auf die sich hinter 15 % der Bevölkerung verbergende, hohe Anzahl an Konsumenten verweist.

⁵³⁴ BGH NJW-RR 2000, 1490, 149.

⁵³⁵ Stellvertretend EuGH GRUR Int. 1998, 795, 797- Gut Springenheide; vgl. hierzu auch die RiLi unlautere Geschäftspraktiken vom 11.05.2005, Erwägungsgrund 18: „Dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechend und um die wirksame Anwendung der vorgesehenen Schutzmaßnahmen zu ermöglichen, nimmt diese Richtlinie den Durchschnittsverbraucher, der angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch ist, unter Berücksichtigung sozialer, kultureller und sprachlicher Faktoren in der Auslegung des Gerichtshofs als Maßstab [...]“.

⁵³⁶ BGH GRUR 2003, 1057; OLG Hamm GRUR 2006, 86; LG Frankfurt GRUR-RR 2005, 96, 97.

⁵³⁷ Vgl. Steinbeck GRUR 2005, 540, 547; Götting, Wettbewerbsrecht, § 9 Rn. 14.

⁵³⁸ BGH GRUR 1973, 591, 593 - Schatzjagd.

⁵³⁹ Vgl. Bömeke, Wie dumm darf der Verbraucher sein? S. 155 f.

besten Wege sich zu einem „homo oeconomicus“⁵⁴⁰ zu entwickeln, der am Markt zielgerichtet agiert und seine Konsuminteressen optimal zu nutzen sucht.

Einhergehend wird der lauterkeitsrechtliche Schutz vor Irreführung keineswegs vollends hinfällig. Denn es gilt zu beachten, dass der durchschnittliche Konsument angesichts der medialen Reizüberflutung und der Beschränktheit an zeitlichen Ressourcen selten die gesamte Informationslage erfassen kann und geistige Manipulationen - wenn auch auf höherem Niveau - möglich bleiben. Dabei ist der Maßstab des Konsumentenhorizontes gerade auch von der Art und dem Wert der nachgefragten Produkte und Dienstleistungen abhängig zu machen.⁵⁴¹

Demnach bleibt zusammenfassend festzustellen, dass die theoretische Grundkonzeption des Leistungswettbewerbs trotz der inhaltlichen Unbestimmtheit des Begriffs zumindest als wettbewerbspolitische Basis und Wertungsgrundlage des Lauterkeitsrechts anzuerkennen ist. Auf diese Konzeption darf auch in der Rechtsprechung zumindest hilfsweise verwiesen werden, selbst wenn der „Leistungswettbewerb“ sich schwerlich als Rechtsbegriff erfassen lässt.

Die freie Entwicklung des Wirtschaftsmarktes und die Einflussnahme der EuGH-Rechtsprechung haben jedoch dazu geführt, dass die zuvor dargestellte, ursprüngliche Vorstellung des leistungsorientierten Wettbewerbs bestimmte Modifikationen erfahren hat und damit realitätsnäher und greifbarer geworden ist:

Beide Grundelemente des Leistungswettbewerbs, nämlich das vom Konkurrent unbeeinflusste, freie Betätigungsfeld des Unternehmers sowie die unverfälschte Informationsbeschaffung zur freien Entscheidungsfindung der Verbraucher, bleiben erhalten. Der rauere Umgang auf den internationalen Märkten erfordert jedoch eine Auflockerung der starren Wettbewerbsvorstellung. Die europarechtlichen Harmonisierungsbemühungen (§ 6 UWG n.F.) und die Vorgaben des EuGH zum Verbraucherleitbild haben zu einer Liberalisierung des traditionell strengen, deutschen Wettbewerbsrechts geführt. Das auf den Begriff des Leistungswettbewerbs zurückzuführende Schutzniveau vor dem klassischen Behinderungs- und Nichtleistungswettbewerbs ist daher zumindest partiell herabgestuft worden. Diese Entwicklung ist gerade auch bei den Abwägungsvorgängen im Zusammenhang mit herabsetzenden Werturteilen durch die Konkurrenz zu beachten.⁵⁴²

⁵⁴⁰ Siehe dazu Doepner WRP 1997, 999, 1004 f.

⁵⁴¹ Vgl. Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 15 Rn. 145 ff.: Hier wird im Hinblick auf die tatsächliche Entscheidungskompetenz anhand des typischen Informationsstandes eines durchschnittlichen Verbrauchers zwischen Erfahrungs-, Such- und Vertrauensgütern unterschieden.

⁵⁴² Vgl. dazu unten S. 156 ff. (insbesondere S. 183 ff.).

3. Teil Wertungsvorgaben des Gesetzgebers im Spannungsfeld der unternehmensschädigenden Kritik

Mit Blick auf die abstrakt herausgearbeiteten Abwägungskriterien und deren nur fragmentarisch erfolgte Gegenüberstellung und Abwägung durch das Bundesverfassungsgericht ist in einem weiteren Schritt zu untersuchen, welche Wertungsvorgaben der Gesetzgeber den Fachgerichten auf einfach-rechtlicher Ebene gegeben hat, um herabsetzende Werturteile und (un)wahre Tatsachenbehauptungen juristisch zu beurteilen.

Denn sofern -wie hier bereits dargestellt⁵⁴³- den im Konfliktfeld relevanten Grundrechten als objektive Wertentscheidungen eine zentrale Bedeutung zukommt, welche vom Staat über die Abwehrdimension hinaus zu achten und zu schützen ist, ist es primär Aufgabe des Gesetzgebers bei Konflikten elementarer Rechtsgüter durch Rechtsvorschriften einen sachgerechten Interessenausgleich herbeizuführen.⁵⁴⁴ Gerade im Zivilrecht stehen sich regelmäßig Grundrechtsberechtigte gegenüber, so dass unterschiedliche staatliche Schutzpflichten zwangsläufig kollidieren und zum Ausgleich gebracht werden müssen.⁵⁴⁵ Dabei darf freilich nicht übersehen werden, dass dem Gesetzgeber bei der rechtlichen Ausgestaltung dieser Schutzpflichten ein weiter Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum⁵⁴⁶ zukommt, der es dem zuständigen Legislativorgan erlaubt auch Rechtsgüter, die nicht unmittelbar aus dem Verfassungsrecht ableitbar sind, in den Gesetzgebungsprozess einfließen zu lassen.

Trotz der Freiräume bei der Ausgestaltung ist die Legislative durch Art. 1 III GG auch bei der Schaffung von Normen des Privatrechts an die Grundrechte gebunden. Diese bilden in gewisser Weise eine materielle Richtschnur auch für den Privatrechtsgesetzgeber. Eine falsche Abgrenzung der kollidierenden Grundrechtssphären bei Privatrechtsnormen kann daher ebenso eine Nichtigkeitserklärung durch das Bundesverfassungsgericht zur Folge haben, wie dies bei klassischen, öffentlichen-rechtlichen Normen der Fall ist.⁵⁴⁷

Um die unterschiedlichen gesetzgeberischen Wertungen exakt darstellen zu können, soll im Folgenden systematisch zwischen Normen mit inhaltlichem Bezug zu herabsetzenden Werturteilen, unwahren sowie wahren Tatsachenbehauptungen differenziert werden. Zusätzlich wird zwischen den jeweils einschlägigen wettbewerbsrechtlichen und deliktsrechtlichen Normen unterschieden.

⁵⁴³ Vgl. dazu S. 46 ff.

⁵⁴⁴ Canaris AcP 184, 201, 227; Hesse, Verfassungsrecht, Rn. 354; Stern, Staatsrecht III/1 § 76 IV 5 (S. 1577 f.); Isensee AfP 1993, 619, 628.

⁵⁴⁵ Vgl. BVerfGE 89, 214, 232 - Bürgschaftsverträge.

⁵⁴⁶ AK GG-Denninger Art. 1 II u. III Rn. 17; Jarass/Pieroth GG-Jarass, Vorb. Art. 1 Rn. 56; Stern, Staatsrecht III/1 § 76 IV 6 (S. 1580).

⁵⁴⁷ So etwa Badura, Staatsrecht, C Rn. 23; Pietzcker, FS Dürig, S. 345 (347 f.); so wurde vom Bundesverfassungsgericht beispielsweise der § 1587 b Abs. 3 Satz 1, 1. HS BGB im Jahre 1983 für nichtig erklärt (BVerfGE 63, 88, 108ff- Versorgungsausgleich); ebenso § 1568 II BGB (BVerfGE 55, 134, 141f f.- Härteklausele).

1 Abschnitt Herabsetzende Werturteile über Unternehmen

1. Absatz Lauterkeitsrechtliche Normen

Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung herabsetzender, wertender Äußerungen ist - wie in der Einleitung dargestellt - seit der Reform des deutschen Lauterkeitsrechts von 2004 in § 4 Nr. 7 UWG und § 6 II Nr. 5 UWG spezialgesetzlich normiert. Zuvor waren sie - teilweise nur bis zum Jahr 2000⁵⁴⁸ - als richterrechtlich entwickelte Fallgruppen der großen Generalklausel nach § 1 UWG a.F. anerkannt und wurden vorwiegend unter den Begriffen „persönlich bezugnehmenden Werbung“, „kritisierend vergleichenden Werbung“ und „Geschäftsehrverletzung“ systematisiert und juristisch beurteilt.⁵⁴⁹ Die vom Bundesgesetzgeber erlassenen, wettbewerbsrechtlichen Vorschriften haben folgenden Wortlaut:

- § 4 Nr. 7 UWG:

[Unlauter im Sinne von § 3 handelt insbesondere, wer] *„die Kennzeichen, Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten oder persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers herabsetzt oder verunglimpft“*

- § 6 II Nr. 5 UWG:

[Unlauter im Sinne von § 3 handelt, wer vergleichend wirbt, wenn der Vergleich] *„die Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten oder persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers herabsetzt oder verunglimpft.“*

Schon auf den ersten Blick ist für erfahrene Juristen zu erkennen, dass diese Regelungen angesichts der unbestimmten Rechtsbegriffe „herabsetzen“ und „verunglimpfen“ sowie der auch in der Regierungs begründung angemerkten Bedeutung der Kommunikationsgrundrechte für das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen⁵⁵⁰ als äußerungsrechtliche Generalklauseln zu begreifen sind.

Damit dirigiert der Gesetzgeber die Verantwortung zur Lösung des Wertungskonflikts zwischen Unternehmensschutz und Kommunikationsfreiheit auf die lauterkeitsrechtlichen Fachgerichtsbarkeit, die im Einzelfall mit Blick auf die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte und die mögliche Urteilsverfassungsbeschwerde überprüft bzw. korrigiert werden kann. Bei geschäftsehrverletzenden Meinungsäußerungen in Wettbewerbsabsicht zeichnet sich somit, wie schon vor der UWG- Reform 2004, ein Rückzug des Gesetzgebers und somit eine durch den Einfluss des Bundesverfassungsgerichts beeinflusste Rechtsprechungsdominanz ab.

⁵⁴⁸ Vgl. aber bereits § 2 II Nr. 5 UWG a.F. ab 1.09.2000 in Umsetzung der EG-Richtlinie 97/55/EG.

⁵⁴⁹ Siehe hierzu Ekey, Wettbewerbsrecht, 1. Auflage (1999), § 1 Rn. 400 ff. u. 523ff; Köhler/Piper UWG, 2. Auflage (2001) § 1 Rn. 358 ff.; v. Gamm, Wettbewerbsrecht, 1. Auflage (1987) § 22 Rn. 16 ff. und 48.

⁵⁵⁰ Vgl. hierzu RegE UWG n.F. BT-Drucks 15/ 1487 S. 18; Der Einfluss der Benetton-Rspr. des Bundesverfassungsgerichts auf den Bundesgesetzgeber lässt sich anhand der Regierungs begründung zur Einführung des § 2 UWG a.F. (abgedruckt in WRP 2000, 555 ff.) ablesen. Im Jahre 2000 - also vor der Übertragung der Lüth-Rspr. auf das Wettbewerbsrecht - wurde im Zusammenhang mit § 2 II Nr. 5 UWG a.F. (= § 6 II Nr. 5 UWG n.F.) der Einfluss der Kommunikationsgrundrechte auf die individuelle Entscheidungsfindung noch mit keinem Satz erwähnt.

Somit verschiebt sich die eigentlich durch die Gewaltenteilung in Art. 20 II S. 2 GG vorgegebene staatliche Aufgabenverteilung zugunsten der Rechtsprechung.⁵⁵¹ Das Bundesverfassungsgericht fungiert angesichts der Unbestimmtheit des Gesetzestextes und dem Einfluss der Grundrechte als quasi Rechtsetzungsinstanz.⁵⁵² Diese Aufgabe kann es aber nur dann wahrnehmen, wenn eine zumindest zulässige Urteilsverfassungsbeschwerde erhoben wird. Die Wertungsvorgaben des Bundesverfassungsgerichts sind daher im äußerungsrechtlichen Unternehmensschutz fragmentarischer Natur. Angesichts dieser Unklarheiten sieht sich das gegen den Konkurrenten auf Schadensersatz oder Unterlassen klagende Unternehmen einem besonders hohen Prozessrisiko ausgesetzt.⁵⁵³ Unter der Unbestimmtheit dieser gesetzlichen Vorgaben leidet die Rechtssicherheit im Wettbewerbsrecht.

Die sich hinter den §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG verbergende gesetzgeberische Wertung im Spannungsfeld des äußerungsrechtlichen Unternehmensschutzes lässt sich auf folgende Aussage reduzieren: Die (auch) im Wettbewerbsrecht zu beachtende Meinungsfreiheit des Konkurrenten findet ihre Grenze in dem aus der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit herzuleitenden Schutz des unternehmerischen Geschäftsrufs bzw. dem lauterkeitsrechtlichen Schutz vor Behinderungswettbewerb. Für die genaue Grenzziehung bei Werturteilen/wahren Tatsachenbehauptungen ist letztlich die Rechtsprechung zuständig.

Es drängt sich die Frage auf, womit dieses zurückhaltende Verhalten des Gesetzgebers zu erklären ist. Das zumindest theoretische Gegenmodell zu einer wettbewerbsrechtlichen Generalklausel im Rahmen von herabsetzenden Werturteilen wäre eine exakte und akribische Auflistung von Verhaltensweisen, die die Unlauterkeit der Handlung zumindest indiziert. Damit verdeutlicht sich bereits eines der beiden tatsächlichen Probleme, das die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen im Zusammenhang mit wertenden Rufschädigungen im Lauterkeitsrecht rechtfertigt:

Aufgrund der nahezu unendlichen Anzahl von möglichen beleidigenden Wortformen, sowie variantenreichen schriftlichen, mündlichen oder non-verbalen Übermittlungsmöglichkeiten würde der Gesetzgeber dem realen Wirtschaftsverkehr damit aber ständig hinterherlaufen, um neu offengelegte Schutzlücken zu schließen.⁵⁵⁴ Die Erfassung aller herabsetzenden Kommunikationsmethoden und -variationen ist auf abstrakt-genereller Ebene dementsprechend geradezu unmöglich.

Des weiteren besteht bei Meinungsäußerungen ein ausgeprägtes Deutungserfordernis, das der Gesetzgeber alleine durch die Schaffung von allgemeingültigen Normen nicht befriedigen kann. Erst unter Einbeziehung der Einzelfallumstände kann der Sinn der Äußerung richtig herausgearbeitet werden, der die Basis für die juristische Beurteilung sein soll. Dazu bedarf es der Einschätzung und Subsumtion durch verständige und lebens-

⁵⁵¹ Vgl. Hedemann, Flucht in die Generalklauseln, S. 58: „ein Stück offen gelassene Gesetzgebung“; ähnlich zu § 1 UWG a.F. Sack WRP 1974, 247, 251 f. und Ott, FS Raiser, 403, 417.

⁵⁵² Vgl. Böckenförde, Der Staat 29 (1990), 1, 25; Knies, FS Stern, S. 1155 (1178); Stern, FS Wiedemann, S. 133 (140); Oeter AöR 119, 529, 538.

⁵⁵³ Siehe dazu noch unten S. 183 ff.

⁵⁵⁴ Vgl. zum parallelen Problem im Deliktsrecht Ricker NJW 1990, 2097, 2100 f.

nahe Richter im Einzelfall.⁵⁵⁵ So könnte ohne richterliche Transferleistung der unzufriedene, neidische Gesichtsausdruck einer Person⁵⁵⁶, die auf einem Werbeplakat mit der eindeutigen Werbefarbe der Konkurrenz unterlegt ist, nicht als unternehmensspezifische Herabsetzung eingestuft werden. Identisches gilt für etwa für Fälle, bei denen das lauterkeitsrechtliche Urteil von der Abgrenzung zwischen leiser Ironie und tiefgreifender Herabwürdigung abhängt.⁵⁵⁷

In rechtlicher Hinsicht steht die überragende Bedeutung der Kommunikationsgrundrechte einer abschließenden, gesetzlichen Regelung bezüglich der herabsetzenden Äußerung in Wettbewerbsabsicht entgegen, da seit dem Lüth-Urteil und dem Beschluss „Therapeutische Äquivalenz“ vom 1.08. 2001 zur Rechtfertigung eines Eingriffs in die Meinungsfreiheit stets eine Abwägung der gegenläufigen Rechtsgüter im konkreten Fall⁵⁵⁸ bzw. die Feststellung einer einzelfallbezogenen, hinreichenden Gefährdung des Leistungswettbewerbs⁵⁵⁹ notwendig ist.

Ein pauschalisierter Eingriff in die bürgerliche Meinungsfreiheit aus Art. 5 I GG mittels einer abschließenden Zivilrechtsnorm ist danach verfassungswidrig. Denn der Eingriff in die Meinungsfreiheit steht schwerpunktmäßig nicht nur unter einem speziellen Gesetzes- sondern insbesondere auch unter einem richterlichen Abwägungsvorbehalt. Demzufolge ist die legislative Entscheidung für die kleinen, äußerungsrechtlichen Generalklauseln in § 4 Nr. 7 UWG und § 6 II Nr. 5 UWG keine wahllose Laune des Gesetzgebers in Ausübung des eingeräumten Beurteilungsspielraums, sondern die einzige, auf Sachzwang zurückzuführende Möglichkeit, den tatsächlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen bei der juristischen Beurteilung von Meinungsäußerungen gerecht zu werden.⁵⁶⁰

Nur der Fachrichter als Spezialist⁵⁶¹ ist in der Lage, den Ausgleich zwischen dem Schutz des (Leistungs-)Wettbewerbs, der Kommunikationsfreiheit des Konkurrenten aus Art. 5 I GG und dem unternehmerischen Geschäftsruf im Einzelfall sachgerecht und unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Anforderungen herzustellen.⁵⁶² Dabei gewährleistet eine Generalklausel auch immer die Möglichkeit flexibel auf veränderte juristische und gesellschaftliche Lebensvorstellungen zu reagieren und dies bei den Wertungsvorgängen unkompliziert zur Findung von Einzelfallgerechtigkeit einfließen zu lassen.⁵⁶³ So kann bei wertenden, herabsetzenden

⁵⁵⁵ So warnt auch Lindacher, FS Brandtner S. 399 ff. (404) angesichts der Komplexität kritisierender, vergleichender Werbung vor pauschalierenden Aussagen zur Wettbewerbswidrigkeit. Vielmehr komme es auf die konkrete Ausgestaltung der Werbebotschaften an.

⁵⁵⁶ So bei OLG Köln NJW-WettbR 1999, 277 - Vergleichende Werbung eines Telefonanbieters.

⁵⁵⁷ So beispielsweise bei BGH GRUR 2002, 982 ff. - Die Steinzeit ist vorbei; BGH GRUR 2002, 828 ff. - Lottoschein.

⁵⁵⁸ BVerfG NJW 1958, 257, 259 - Lüth: „Die Entscheidung kann nur aus einer Gesamtschau des Einzelfalls unter Beachtung aller wesentlichen Umstände getroffen werden.“

⁵⁵⁹ BVerfG GRUR 2001, 1059, 1060 - Therapeutische Äquivalenz.

⁵⁶⁰ Knies, FS Stern, 1155, 1178: „Wo das Problem der Grundrechtsschranken auf einen verfassungsrechtlichen Interpretationsvorgang, ja auf die „richtige“ Güterabwägung im Einzelfall reduziert wird, haben Parlamente und Gesetze ihre Rolle bei der Ausgestaltung und Begrenzung der Grundrechte, bei Ihrer Koordination und bei der Lösung von Kollisionen und Konflikten ausgespielt.“

⁵⁶¹ Die sachliche Kompetenz der Fachgerichtsbarkeit im Vergleich auch zum Gesetzgeber und Verfassungsrichter betonen ebenfalls Kenntner DÖV 2005, 269, 272; Starck JZ 1996, 1033, 1034.

⁵⁶² In diesen Fällen ist nur dem Gericht, „die Mitte der Gerechtigkeit“ zugänglich; vgl. Marcic, Vom Gesetz zum Rechtsstaat, S.179.

⁵⁶³ So auch Beater AcP 194 (1994) 82 (89); vgl. zur Flexibilitätsfunktion der Generalklausel § 1 UWG a.F. Ohly, Richterrecht und Generalklausel im unlauteren Wettbewerb, S. 241 ff.; vgl. auch RegE UWG n.F.

Äußerungen die allgemeine bzw. verfassungsrichterliche Vorstellung darüber, was diffamierend ist und welcher Grad an Herabsetzung im Interesse der Markttransparenz und des Wettbewerbs hinzunehmen ist, Veränderungen unterworfen sein. Denn die Verkehrsauffassung des Durchschnittsverbrauchers⁵⁶⁴, auf die hier maßgeblich abzustellen ist, kann variieren.

Dem Vorwurf der Unbestimmtheit von § 4 Nr. 7 UWG und § 6 II Nr. 5 UWG kann schließlich entgegengehalten werden, dass mit zunehmender Einzelfallrechtsprechung und richterlichen Fallgruppenbildung der Grad an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zunehmen wird.⁵⁶⁵ Dabei sollte jedoch auf die BGH-Rechtsprechung zu § 1 UWG a.F. nur unter Vorbehalt zurückgegriffen werden. Diese berücksichtigt nämlich den Einfluss der Kommunikationsgrundrechte im Lauterkeitsrecht nur unzureichend.⁵⁶⁶ Ferner liegt ihr gerade im Bereich der vergleichenden Werbung eine durch die europäische Richtlinie 97/55/EG liberalisierte und deswegen zum Teil veraltete Rechtsauffassung⁵⁶⁷ zugrunde.

2. Absatz Deliktsrechtliche Normen

A) § 823 I BGB

Im Deliktsrecht wird der Schutz des Unternehmens vor herabsetzenden Werturteilen durch die ausschließlich richterlich entwickelten Rahmenrechte des „eingerrichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs“ sowie dem „Unternehmenspersönlichkeitsrecht“ nach § 823 I BGB gewährleistet. Der Gesetzgeber hat im Bürgerlichen Gesetzbuch keine ausdrückliche Grundwertung im Spannungsfeld zwischen Unternehmensschutz und Kommunikationsfreiheit bei herabsetzenden Werturteilen vorgegeben. Im Hinblick auf die Schutzgesetzregel des § 823 II BGB i.A. den strafrechtlichen Beleidigungsdelikten sowie dem Sondertatbestand des § 824 BGB ging der Gesetzgeber offenbar davon aus, dass ein gesetzlicher Schutz vor fahrlässig geäußerten, herabsetzenden Werturteilen nicht notwendig ist.⁵⁶⁸ Dieser ist erst durch die Rechtsprechung zur Lückenfüllung im System des zivilrechtlichen Ehrschutzes eingeführt worden.⁵⁶⁹ Schon alleine aus dieser restriktiven Wertung des Gesetzgebers kann geschlossen werden, dass ein nur auf Richterrecht basierender Anspruch des Unternehmens bei fahrlässigen Herabsetzungen nicht die Regel, sondern höchstens die Ausnahme sein kann.⁵⁷⁰

15/1487 S. 16 zu § 3 UWG n.F.: „Zudem kann dadurch den sich wandelnden Anschauungen und Wertmaßstäben in der Gesellschaft besser Rechnung getragen werden.“

⁵⁶⁴ Vgl. OLG Hamburg GRUR-RR 2003, 251, 252 - Müsli-Riegel.

⁵⁶⁵ Dieses Argument wurde vom Bundesverfassungsgericht beispielsweise auch bei der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von § 185 StGB (BVerfGE 93, 266, 291 f. - Soldaten sind Mörder) sowie der Generalklausel in § 1 UWG a.F. (BVerfGE 32, 311, 317 - Steinmetz) angeführt.

⁵⁶⁶ Siehe dazu unten S. 186 ff.

⁵⁶⁷ Nach altem Recht scheiterte jegliche Form der Herabsetzung des Konkurrenten entweder schon am generellen Verbotsgrundsatz vergleichender Werbung oder aber an den Voraussetzungen einer Ausnahme. Diese kam nur in Betracht, wenn die Angaben des Konkurrenten sich nach Art und Maß in den Grenzen des Erforderlichen und der wahrheitsgemäßen, sachlichen Erörterung hielten; vgl. Köhler/Bornkamm UWG-Köhler § 6 Rn. 2; ferner Gloy/ Bruhn GRUR 1998, 226, 237; Menke WRP 1998, 811, 816.

⁵⁶⁸ Vgl. Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs des BGB, S. 573f; so auch Deutsch, FS Klingmüller S. 49; Kübler AcP 172, 177, 179; Assmann/Kübler ZHR 142, 413, 421.

⁵⁶⁹ Vgl. BGHZ 3, 271, 278 f. - Constanze.

⁵⁷⁰ BGH NJW 1980, 881, 882: „Hat das Gesetz vielmehr für den spezifischen Eingriffstatbestand in anderen Vorschriften Haftungsmaßstäbe aufgestellt, reichen diese unter den gegebenen Umständen aber nicht aus, um eine Haftung zu bejahen, so besteht ein Anspruch im Zweifel nicht; denn die vom Gesetz vorgegebenen

Der Bundesgesetzgeber toleriert die Rechtsfortbildung durch den BGH jedoch offenbar, da in zahlreichen Reformen, Abänderungen und Ergänzungen des Bürgerlichen Gesetzbuches keine widersprechenden bzw. das Äußerungsrecht gänzlich regelnden Rechtsvorschriften erlassen wurden. Die beispielhafte Bezeichnung der richterlichen Fallgruppe als „gewerbeschädigende Werturteile“,⁵⁷¹ „Gewerbe- bzw. geschäftsschädigende Kritik“⁵⁷² oder „öffentliche Kritik an Unternehmen“⁵⁷³ deuten angesichts der Unbestimmtheit der Termini und der Einordnung als abwägungsbedürftiges und einzelfallorientiertes Rahmenrecht auf eine im Ergebnis mit der Rechtslage bei § 4 Nr. 7 UWG und § 6 II Nr. 5 UWG vergleichbare, jedoch ungeschriebene äußerungsrechtliche Generalklausel hin.⁵⁷⁴

Der rechtsdogmatische Unterschied zwischen den lauterkeitsrechtlichen Normen und der rein richterlichen Fallgruppe im Deliktsrecht besteht darin, dass die Zivilgerichte an die zwar knappe, aber existente Wertung des Bundesgesetzgebers im Hinblick auf Art. 97 I 2. HS GG gebunden sind. Die wie auch immer zu interpretierende Grenze der Meinungsfreiheit zur Sicherung der Geschäftsehre des Konkurrenten darf durch das Zivilgericht bei seiner juristischen Beurteilung im Einzelfall nicht gänzlich übergangen werden. Dagegen kann von reinen Präjudizen, selbst wenn sie zu gängiger Rechtsprechungspraxis gereift sind, unter erhöhtem Begründungsaufwand jederzeit abgewichen werden.⁵⁷⁵ Es besteht also nach ganz herrschender Meinung keine prinzipiell unumgängliche Bindungswirkung der Zivilgerichte, die es unmöglich machen würde, die richterlich entwickelte Fallgruppe der „herabsetzenden Werturteile“ im Rahmen der deliktsrechtlichen Anspruchsgrundlage des § 823 I BGB aufzugeben.

Ein derartiges richterliches Verhalten ist angesichts der zivilrichterlichen⁵⁷⁶ als auch verfassungsrichterlichen⁵⁷⁷ Anerkennung der restriktiven Schutzbedürftigkeit des Geschäftsrufs allerdings unwahrscheinlich.

B) §§ 823 II i.V.m. § 185 StGB und § 826 BGB

Auch wenn die §§ 826, 823 II BGB keine rein äußerungsrechtlichen Normen darstellen, so war sich der Gesetzgeber bei der Entwicklung des Bürgerlichen Gesetzbuches ihrer Wirkung im Bereich der geschäftsschädigenden Kritik bewusst.⁵⁷⁸ Sie statuieren den legislativen Willen, dass ein herabsetzendes Werturteil in Abgrenzung zur unwahren, geschäftsschädigenden Tatsachenbehauptung erst dann einen zivilrechtlichen Unterlassungs- bzw. Schadensersatzanspruch auslösen soll, wenn eine im Zivilprozess nachweisbare Schädigungsabsicht bzw. mindestens dolus eventualis bezüglich der zum Ausdruck gebrachten Missachtung vorliegt. Äußert sich der Kommunikator im Kontext eines sachlichen Anliegens, so wird dieser Vorsatz nur schwer

Wertungsmaßstäbe müssen dann zu seiner Verneinung führen. [...] Im Zweifel spricht dies dafür, daß sich auch nach dem Auffangtatbestand des Gewerbeeingriffs eine Haftung nicht ergeben darf, denn diese richterrechtliche Gestaltung soll das kodifizierte Haftungsrecht nur ergänzen, nicht aber abändern.“

⁵⁷¹ Etwa Fuchs/Pauker, Deliktsrecht, S. 73.

⁵⁷² Kötz/Wagner, Deliktsrecht, Rn. 446; MK BGB-Wagner § 823 Rn. 270.

⁵⁷³ Born AfP 2005, 110, 115; ähnlich Schrickler AcP 172, 203 ff.

⁵⁷⁴ Naher dazu Larenz/Canaris S BT II/2, § 81 II 2 (S. 545).

⁵⁷⁵ Kriele DRiZ 1984, 226, 230; Bydlinski JZ 1985, 149, 154; Ohly AcP 201, 1, 20 ff. und 43 ff.

⁵⁷⁶ Exemplarisch BGHZ 45, 296, 309 f. - Höllenfeuer; BGH NJW 2006, 830, 840 - Kirch/Deutsche Bank AG; BGH NJW 2002, 1192, 1193.

⁵⁷⁷ BVerfG DVBl 2005, 106, 107 ff.; BVerfG NJW 2008, 358, 359.

nachweisbar sein.⁵⁷⁹ Schließlich kann der Äußernde darauf verweisen lediglich zur Verdeutlichung des eigentlichen sachlichen Themas gehandelt zu haben. Denn gerade die drastische Ausdrucksweise ist als zulässiges Mittel der Aufmerksamkeitserregung von der Rechtsprechung anerkannt.⁵⁸⁰

Gerade in Anbetracht der Rechtsfortbildungsbestrebungen im Rahmen von § 823 I BGB und dem inhaltsgleichen Rechtsfolgenkatalog ist die Bedeutung der §§ 826 BGB, 823 II BGB i.V.m. § 185 StGB im Bezug auf herabsetzende Werturteile über Wirtschaftsunternehmen schwindend gering.⁵⁸¹ Die Gesetzessystematik trägt trotzdem dazu bei die liberale Grundeinstellung des Gesetzgebers zu verdeutlichen, der sich für einen lediglich restriktiven Schutz des Unternehmens vor Herabwürdigungen durch Nichtkonkurrenten entschieden hat.

2 Abschnitt Unwahre Tatsachenbehauptungen über Unternehmen

1. Absatz Lauterkeitsrechtliche Normen: § 4 Nr. 8 UWG

Während die §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG als kleine äußerungsrechtliche Generalklauseln anzusehen sind, hat der Gesetzgeber mit § 4 Nr. 8 UWG eine deutlich bestimmtere Norm erlassen, die dem zuständigen Wettbewerbsrichter bei der Beurteilung des Einzelfalls fast keinen eigenen Ermessensspielraum belässt.⁵⁸² Ist festgestellt, dass es sich nicht um ein Werturteil, sondern um eine in Wettbewerbsabsicht geäußerte Tatsachenbehauptung handelt, so lassen sich die Voraussetzung der Unwahrheit bzw. die Betriebs- oder Kreditgefährdung zumeist problemlos im Rahmen der Beweiserhebung feststellen und exakt subsumieren.

Der Gesetzgeber wertet die betriebsgefährdende unwahre Tatsachenbehauptung des Konkurrenten damit pauschal als nicht tolerierbare Verfälschung der Marktrealität und schwerwiegende Behinderung des Mitbewerbers. Der Schutz der wirtschaftlichen Betätigung vor sachlich falschen Informationen⁵⁸³ sowie der Schutz des unverzerrten, leistungsorientierten Wettbewerbs überwiegen also nach Vorstellung des Gesetzgebers die Meinungsfreiheit des sich äuernden Konkurrenten. Dabei geht der Schutz vor unzutreffenden Gerüchten und vermeintlichen Fakten nach dem Willen des Gesetzgebers soweit, dass im Regelfall die Beweislast für die Wahrheit der Aussage beim kritisierenden Konkurrenten liegt und dieser auch das Risiko der Nichterweislichkeit zu tragen hat (so § 4 Nr. 8 1. Alt. UWG).

Diese strenge Vorgabe des Gesetzgebers ist im Verhältnis zum relativ niedrigen Normierungspotential bei herabsetzenden Werturteilen gleich aus mehreren Gründen möglich und zur Gewährleistung eines äußerungsrechtlichen Minimalschutzes von Wirtschaftsunternehmen auch angebracht⁵⁸⁴:

⁵⁷⁸ Vgl. hierzu Larenz/Canaris SR II/2, § 81 III 2 c) und § 81 IV 1c).

⁵⁷⁹ So auch Prinz/Peters, Medienrecht, Rn. 176.

⁵⁸⁰ BGH GRUR 2007, 441, 442 - Terroristochter; BGH NJW 2008, 2110, 2115 - Gen-Milch.

⁵⁸¹ Vgl. etwa Wenzel-Burkhardt, Kap. 5, Rn. 279; Prinz/Peters, Medienrecht, Rn. 176; Löffler PressR-Steffen § 6 LPG Rn. 240.

⁵⁸² Den Fachgerichten obliegt es lediglich den unbestimmten Rechtsbegriff des berechtigten Interesses (§ 4 Nr. 8 2.HS UWG) im Rahmen eines einzelfallorientierten Abwägungsvorgangs zu bestimmen; bei zusätzlichem Vorliegen der Vertraulichkeit der Mitteilung wird die Beweislast des Geschädigten begründet und nicht etwa der Unterlassungs- Beseitigungs- bzw. Schadensersatzanspruch ausgeschlossen.

⁵⁸³ BVerfGE 105, 252, 272 f. - Glykol; BVerfG DVBl. 2005, 106, 107.

⁵⁸⁴ So auch Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 11. Auflage (1974) § 14 UWG Rn. 31: „Gerade im Geschäftsleben haben Anschwärmungen oft unabsehbare Wirkung; das Gesetz fasst sie mit Recht scharf an.“

Zum einen kann sich der Äußernde nicht auf die Meinungsfreiheit berufen, wenn die Unwahrheit der Tatsache schon im Zeitpunkt der Handlung feststand oder er sie im vollen Bewusstsein ihrer sachlichen Falschheit kundgetan hat.⁵⁸⁵ Ein Abwägungserfordernis im Einzelfall entfällt in derartigen Konstellationen, da der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit des Geschädigten bzw. dem Schutz vor Marktbehinderung kein Rechtsgut des Äußernden gegenübersteht.

Für die übrigen Fallkonstellationen ist festzustellen, dass die Behauptung oder Verbreitung (auch unbewusst) falscher Informationen eine der denkbar intensivsten Formen von Verfälschung der tatsächlichen Marktsituation und Konkurrenzbehinderung darstellt. Angesichts des immens hohen Risikos für den Geschäftsruf des Betroffenen kann in diesem Zusammenhang von geistigem Brachialwettbewerb geredet werden.⁵⁸⁶ Denn bei Tatsachenbehauptung droht im Gegensatz zur subjektiven Stellungnahme angesichts des Anscheins an Objektivität und Allgemeingültigkeit die unreflektierte Adaption durch den angesprochenen Verbraucherkreis.⁵⁸⁷ Im Hinblick auf diesen unmittelbar drohenden Ansehensverlust im Geschäftsverkehr und der wettbewerbsverzerrenden Wirkung kann die Meinungsfreiheit des Äußernden bei unbewusst unwahren Tatsachenbehauptungen unter den Voraussetzungen des § 4 Nr. 8 2. Alt UWG lediglich die Aufhebung der Beweislastumkehr, nicht aber den Ausschluss der Haftungsansprüche begründen. Die strenge Grundwertung des Gesetzgebers zugunsten des Unternehmensschutzes bleibt also konsequent erhalten.

In tatsächlicher Hinsicht kann die weitestgehend abschließende gesetzgeberische Wertung mit der mangelnden, subjektiven Deutungsnotwendigkeit bei Tatsachenbehauptungen erklärt werden. Im Gegensatz zum Werturteil kennt die Tatsachenbehauptung nur die Dimensionen wahr und unwahr, die im Rahmen der Beweiserhebung objektiv feststellbar ist.⁵⁸⁸ Wird im Wesentlichen daran eine Rechtsfolge geknüpft, so erübrigt sich eine darüber hinausgehende, eigenständige Einzelfallbeurteilung durch das Gericht.⁵⁸⁹ Dagegen ist eine Einzelfallabwägung unabdingbar, wenn der Diffamierungsgrad eines auslegungsbedürftigen Werturteils die entscheidende Voraussetzung für das Bestehen eines Unterlassungs- oder Schadensersatzanspruches darstellt.

Das besondere Bedürfnis des Gesetzgebers diese Art der Marktbehinderung zivilrechtlich zu sanktionieren, zeigt sich gerade in der langen Tradition des wettbewerbsrechtlichen Anschwärzungstatbestandes. So lässt sich ein inhaltlich ähnlicher Anspruch gegen unwahre Informationen der Konkurrenz schon in § 6 des Gesetzes zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs von 1896 finden. Dem damaligen Gesetzgeber ging es auch darum den strafrechtlichen Schutz des § 187 StGB im Wirtschaftswettbewerb durch zivilrechtliche Rechtsbehelfe zu intensivieren, indem auf den Vorsatz hinsichtlich der Unwahrheit der Tatsache verzichtet wurde und lediglich eine „Gefährdung des Betriebs“ zur Haftung des sich Äußernden ausreichte. Denn der Schaden für die Ge-

⁵⁸⁵ Vgl. BVerfGE 54, 208, 219; 61, 1, 8; 85, 1, 15; 90, 241, 247 f.

⁵⁸⁶ ähnlich zur besonderen Gefahr unwahrer Tatsachenbehauptungen auch Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 20 Rn. 4.

⁵⁸⁷ Vgl. Tilmann GRUR Int. 1983, 598, 601; Steffen AfP 1979, 284: „Die Tatsachen-Aussage [...] erhebt den Anspruch, dass sich eine Diskussion in diesem Punkt erübrigt. Das ist natürlich viel gefährlicher für den Kritisierten als ein subjektives Urteil des Kritikers, das diesen Geltungsanspruch nicht hat.“

⁵⁸⁸ Vgl. Deutsch, FS Klingmüller S. 49, 53: „[...] das Urteil ist stets subjektiv, es ist anders als die Behauptung nicht verifizierbar.“

⁵⁸⁹ Vgl. hierzu auch Helle, Der Schutz der Persönlichkeit, der Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht, S. 25. Danach schließen sich die Konzeption des Wahrheitsbeweises und das System der Einzelfallabwägung bei wertenden Aussagen wegen der prinzipiellen Gegensätzlichkeit aus.

schäftsehre des Betroffenen sowie die erreichte Irreführung des konsumierenden Publikums trete losgelöst von dem wirklichen Wissenstand und Absicht des sich äßernden Konkurrenten ein.⁵⁹⁰

Laut Regierungsbegründung leitete sich der Anspruch aus dem Standpunkt der geschäftlichen Moral ab, nach der es eine Pflicht sei, unwahre Angaben in der Reklame zu vermeiden, da sie das Publikum irreführt und den Mitbewerber widerrechtlich schädigt.⁵⁹¹

§ 6 des ersten UWG war vergleichbar mit der heutigen Rechtslage in § 4 Nr. 8 UWG ein per-se-Verbot des Gesetzgebers, bei dem die abstrakte Gefährlichkeit der unwahren Äußerung eine abschließende, legislative Wertung ermöglichte.⁵⁹² Die Einführung des UWG a.F. von 1909 brachte eine weitere, der heutigen Rechtslage bekannte Verschärfung mit sich: Während im UWG von 1896 das berechnigte Interesse an der Information noch einen vollständigen Haftungsausschluss nach sich zog⁵⁹³, führte die Vertraulichkeit der Mitteilung kumulativ mit dem Bestehen eines berechnigten Interesses laut § 14 II S. 1 UWG a.F. nur noch zur Aufhebung der Beweislastumkehr zu Lasten des Geschädigten.⁵⁹⁴

2. Absatz Deliktsrechtliche Normen

A) § 824 BGB

Als deliktsrechtliche Spezialnorm zum Schutz vor unwahren Tatsachenbehauptungen im Privatrechtsverkehr stellt der Gesetzgeber seit Einführung des BGB im Jahre 1900 den Tatbestand der Kreditgefährdung in § 824 BGB zur Verfügung. Auch diese Anspruchsgrundlage ist angesichts der Knüpfung der Rechtsfolgen an die Einordnung der Information als unwahr als durch den Gesetzgeber stark determiniert anzusehen. Auch hinter dieser Norm verbirgt sich die strikte Wertung der Legislative: Unwahre Tatsachenbehauptungen im geschäftlichen Verkehr stellen eine hochgradige wirtschaftliche Gefahr für den Betroffenen dar, so dass zivilrechtliche Rechtsbehelfe zur Verfügung zu stellen sind.⁵⁹⁵

Damit scheint sich über die Grenzen von Wettbewerbs- und Deliktsrecht hinaus anzudeuten, dass der Gesetzgeber die unwahre Tatsachenbehauptung tendenziell gefährlicher als das bloße Werturteil einstuft.⁵⁹⁶ Unwahre

⁵⁹⁰ Regierungsbegründung zum UWG von 1896, stenographische Berichte des Reichstags, IV. Legislaturperiode 1895/ 1897, S. 106: „Dagegen besteht kein innerer Grund, für die civilrechtlichen Rechtsbehelfe an dieser Schranke [Vorsatzmerkmal] festzuhalten.“

⁵⁹¹ Vgl. Regierungsbegründung zum UWG von 1896, stenographische Berichte des Reichstags, IV. Legislaturperiode 1895/ 1897, S. 105.

⁵⁹² Vgl. dazu Merz, Die Vorfeldthese, S. 228 f.: „absolute Wettbewerbsbeschränkung“; Mestmäcker, Der verwaltete Wettbewerb, S. 99: „Bei bestimmten wettbewerbsbezogenen Verhaltensweisen wird unwiderleglich vermutet, dass sie geeignet sind, zur Wettbewerbsbeschränkung oder zur Monopolisierung beizutragen. Das Verbot greift ohne Prüfung der Marktwirkung ein (abstrakter Gefährdungstatbestand).“

⁵⁹³ Das Gesetz zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, § 6 II (RGBl. 145): „Die Bestimmung des ersten Absatzes finden keine Anwendung, wenn der Mittheilende oder der Empfänger der Mittheilung an ihr ein berechtigtes Interesse hat.“

⁵⁹⁴ Vgl. hierzu Begründung zum Gesetzentwurf vom 08.01.1909, stenographische Berichte des Reichstags, VII. Legislaturperiode, Band 252, Nr. 1109/S. 20.

⁵⁹⁵ BGH NJW 1984, 1607, 1608 f.: „Die besondere Bedeutung, die das Bild der Person, der „good will“ des Unternehmens für die geschäftlichen Verbindungen hat, und die sich daraus ergebende Anfälligkeit gegenüber Falschinformationen, die sich auf den Betroffenen oder sein Unternehmen beziehen, haben den Gesetzgeber zur Schaffung eines besonderen äußerungsrechtlichen Schutzes in § 824 BGB veranlasst“

⁵⁹⁶ Vgl. hierzu Tilmann NJW 1975, 758, 760; RGRK BGB-Steffen § 824 Rn. 1.

Tatsachenbehauptungen müssen losgelöst vom einschlägigen Rechtsgebiet nicht toleriert werden⁵⁹⁷ und stellen wegen der akuten Gefahr der öffentlichen Vorverurteilung eine abstrakte, einzelfallunabhängige Bedrohung für den Geschädigten dar. Damit erscheinen § 824 I BGB und § 4 Nr. 8 UWG als per-se Verbote des Gesetzgebers, bei denen die ausschließliche ex-ante Betrachtung der Legislative zur Schaffung einer sachgerechten, abschließenden Zivilrechtsnorm genügt. Trotz dieser Gemeinsamkeit in lauterkeits- und deliktsrechtlicher Betrachtung offenbaren sich hier erste Wertungsunterschiede auf der Normierungsebene:

Denn zumindest für den Schadensersatzanspruch aus § 824 I BGB stellt der Gesetzgeber einen Haftungsausschluss zur Verfügung, sofern dem Äußernden die Unwahrheit unbekannt war und einer der Beteiligten an der verbalen Übermittlung ein berechtigtes Interesse hatte (vgl. § 824 II BGB). Der Unterlassungsanspruch des Rufgeschädigten bleibt davon allerdings unberührt.

Somit eröffnet das Gesetz den Fachgerichten auf Ebene der Rechtfertigung einen Wertungsspielraum im Einzelfall, der in seiner juristischen Bedeutung über den bloß prozessual relevanten Ausschluss der Beweislastleichterung des § 4 Nr. 8 2. HS UWG hinausgeht. Sinn und Zweck des besonderen Rechtfertigungsgrundes war nach den Protokollen zur Entwicklung des Bürgerlichen Gesetzbuches ursprünglich der Schutz von wirtschaftsorientierten Auskunftsbüros, deren legitime Tätigkeit durch den etwaigen Haftungsanspruch aus § 824 I BGB mit deutlich erhöhten finanziellen Risiken verbunden gewesen wäre.⁵⁹⁸ Im Hinblick auf die Tatsache, dass die Kommunikationsgrundrechte als objektive Wertentscheidungen anzusehen sind und den Gesetzgeber auch im Zivilrecht diesbezügliche Schutzpflichten treffen, ist der Absatz II des vorkonstitutionellen Gesetzes heute jedoch ergänzend zu interpretieren:

Diejenigen Institutionen, die in der modernen Demokratie einen freien Kommunikations- und Meinungsbildungsprozess der Gesamtgesellschaft fördern und aufrecht erhalten sollen, dürfen bei ihrer Tätigkeit nicht durch ein unbilliges, zivilrechtliches Haftungsrisiko gelähmt werden.⁵⁹⁹ Das bezieht sich heutzutage nicht zuallererst auf bonitätsbezogene Auskünfte von Informationsbüros, sondern auf Medien und deren kritische, wirtschaftsbezogene Berichterstattungen.⁶⁰⁰ § 824 II BGB ist also aus heutiger Sicht ein gesetzgeberisches Abwägungsergebnis zwischen den der freien Kommunikation in der Gesellschaft dienenden Medienfreiheiten aus Art. 5 I S. 2 GG bzw. der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 III GG und dem durch Art. 12 I GG mit geschützten geschäftlichen Ruf im Bereich der *unbewusst* unwahren Tatsachenbehauptungen.⁶⁰¹

Dabei fungiert der unbestimmte Rechtsbegriff des berechtigten Interesses als Einfallstor für grundrechtliche Wertungsdogmatik und flexible, zivilrichterliche Entscheidungen unter Beachtung der Besonderheiten des

⁵⁹⁷ Vgl. BVerfGE 54, 208, 219 - Böll; 97, 391, 403 - Missbrauchsbezeichnung; BVerfG NJW-RR 2000, 1209, 1210.

⁵⁹⁸ Mugdan, Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldverhältnisse (Teil 2), § 727c (S. 1117 f.).

⁵⁹⁹ Vgl. MK BGB-Wagner, § 824 Rn. 41 ff.; BVerfGE 60, 234, 240 - Kredithaie, für den Bereich der herabsetzenden Werturteile; vgl. auch BVerfG NJW 1998, 1381, 1383: „Der Presse kann es zwar nicht verwehrt werden, nach sorgfältiger Recherche auch über Vorgänge oder Umstände zu berichten, deren Wahrheit im Zeitpunkt der Veröffentlichung nicht mit Sicherheit feststeht. Andernfalls könnte sie ihre Aufgabe, auf eine Klärung öffentlich bedeutsamer Vorgänge hinzuwirken, nicht erfüllen.“

⁶⁰⁰ Für die Medien BGH NJW 1987, 2225, 2226. - pressemäßige Sorgfalt; BGH NJW 1986, 981, 982; BGH AfP 1985, 38, 39 f.; BGH GRUR 1989, 222, 224 - Filmbesprechung; für die Wissenschaftsfreiheit vgl. Bund, FS Caemmerer, S. 313 (325 ff.).

⁶⁰¹ Vgl. zur Pressefreiheit etwa BGH AfP 1989, 456, 458 - Filmbesprechung; BGH GRUR 1966, 633, 635 - Teppichkehrmaschine.

Einzelfalls.⁶⁰² Ausgefüllt wird dieses Stück offen gelassene Gesetzgebung mit berufsspezifischen Sorgfaltsstandards⁶⁰³, denen der Äußernde trotz der Wahrnehmung geschützter Handlungsfreiräume genügen muss, um einem Schadensersatzanspruch aus § 824 I BGB zu entgehen. Diese zusätzliche Anforderung an das Verhalten des Äußernden steht im Einklang mit der Wertung des Gesetzgebers, der bei unwahren Tatsachenbehauptungen mit Rücksicht auf den hohen Glaubwürdigkeitsgehalt ohnehin eine strenge Sanktionierung ermöglicht. Selbst bei Ausschluss des Schadensersatzanspruches bleibt dem Betroffenen immer die Möglichkeit bei Nachweis der Unwahrheit einen Unterlassungs- bzw. Berichtigungsanspruch geltend zu machen um somit das verfälschte Bild in der Öffentlichkeit zu korrigieren.⁶⁰⁴

Neben der Einräumung eines Haftungsausschlusses für Schadensersatzansprüche in § 824 II BGB bekräftigen aber auch die hier fehlende Beweislasterleichterung (so aber bei § 4 Nr. 8 1. HS UWG) sowie der Verzicht auf die Voraussetzung der Vertraulichkeit (so aber § 4 Nr. 8 2. HS UWG) den Eindruck, dass der Gesetzgeber trotz der Rechtsgebieten übergreifenden, strengen Sanktionierungsinstrumente im Deliktsrecht einen milderen Haftungsmaßstab zugrunde legt.⁶⁰⁵ Das ist auf die bereits dargelegte, besondere Bedeutung der Medienfreiheiten für den verfassungsrechtlich gewollten, gesellschaftlichen Kommunikationsprozess zurückzuführen. Denn in der modernen Demokratie sind es gerade Presse, Rundfunk und Fernsehsender, die über politische, gesellschaftliche und eben auch wirtschaftliche Konflikte, Missstände und Ungerechtigkeiten aufklären und damit öffentliche Debatten unter Beteiligung vieler Gesellschaftsschichten anstoßen. Übertriebene Anforderungen an einen Wahrheitsnachweis können zur Verhinderung eines Schadensersatzanspruches nicht verlangt werden, weil sonst eine tagesaktuelle Berichterstattung durch Medien quasi unmöglich gemacht würde.⁶⁰⁶

Da es bei wirtschaftsbezogenen Veröffentlichungen in den Medien regelmäßig an der Wettbewerbsabsicht fehlt, spielen die Grundrechte aus Art. 5 I S. 2 GG im Lauterkeitsrecht nur eine untergeordnete Rolle und müssen daher bei der abstrakt generellen Ausformung der Anspruchsgrundlagen nicht wie im Deliktsrecht Beachtung finden. Daneben ist aufzuführen, dass die lauterkeitsrechtliche Vorschrift neben dem Individualinteresse an einer unverletzten Geschäftslehre insbesondere auch den Verbraucher in seiner optimalen Kaufentscheidungsfindung schützt, während sich § 824 BGB primär auf den Geschäftehrschutz des Verletzten⁶⁰⁷ bezieht. Auch wenn die einschlägige Literatur den § 4 Nr. 8 UWG überwiegend dem Schutz des Mitbewerbers vor Marktbehinderung zuordnet,⁶⁰⁸ ist nicht zu übersehen, dass eine Falschinformation über die Konkurrenz auch nachhaltig die realitätsgetreue Marktwahrnehmung der Verbraucher und somit deren ordentliche Ausübung der

⁶⁰² So auch bestätigt durch das BVerfG NJW-RR 2000, 1209, 1210.

⁶⁰³ Siehe dazu unten S. 145 ff.

⁶⁰⁴ Prinz/Peters, Medienrecht, Rn. 167; Wenzel-Burkhardt Kap. 5 Rn. 270; Helle S. 65.

⁶⁰⁵ Vgl. zu dieser Feststellung ohne Angabe von möglichen, gesetzgeberischen Beweggründen auch Schrickler AcP 172, 203, 205 f.

⁶⁰⁶ BVerfG NJW 1980, 2072, 2073: „[...]eine Übersteigerung der Wahrheitspflicht und die daran anknüpfenden, unter Umständen schwerwiegenden Sanktionen könnten zu einer Einschränkung und Lähmung namentlich der Medien führen; diese könnten ihre Aufgaben, insbesondere diejenige öffentlicher Kontrolle, nicht mehr erfüllen, wenn ihnen ein unverhältnismäßiges Risiko auferlegt würde.“

⁶⁰⁷ Vgl. hierzu schon RGZ 60, 6, 8; BGHZ 90, 113, 119 ff.

⁶⁰⁸ Stellvertretend Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 9 I (S. 154); Götting, Wettbewerbsrecht, § 10 Rn. 1; Lettl, Das neue UWG, Rn. 304.

Schiedsrichterfunktion im freien Wettbewerb verhindert.⁶⁰⁹ Behauptet ein Unternehmer über seinen Mitstreiter etwa, dass das Konkurrenzprodukt nicht die DIN-Normen erfülle,⁶¹⁰ so schadet die Aussage vermutlich dem Absatz des betroffenen Unternehmens aber darüber hinaus auch den potentiellen Käufern von Spielzeugautorenrennbahnen, die aufgrund der Fehlinformation ein möglicherweise besseres Produkt bei ihrer Kaufentscheidung nicht mehr in Betracht ziehen. Falschinformationen sind daher Irreführung der Konsumenten und Herabwürdigung des Betroffenen zugleich und tangieren daher gleich mehrere Schutzsubjekte der lauterkeitsrechtlichen Schutzzwecktrias aus § 1 UWG. Hat der Gesetzgeber gerade die Pluralität wettbewerbsrechtlicher Schutzrichtungen im Auge, so muss sich das Schutzniveau der erlassenen Regelungen gerade dann anheben, wenn durch ein Marktverhalten gleich mehrere relevante Interessengruppen tangiert sind. Daneben soll der Konkurrent, der sich gerade nicht auf die Präsentation der eigenen Leistung, sondern die Äußerung von schädigenden Fakten über Mitbewerber konzentriert, seiner Sache ganz sicher sein. Aus diesem Blickwinkel scheint eine strengere, wettbewerbsrechtliche Beurteilung von unwahren Tatsachenbehauptungen im Interesse des leistungsorientierten Wettbewerbs insgesamt als gerechtfertigt.

B) § 823 II BGB i.V.m. §§ 186 f. StGB

Bei der Regelung des § 823 II BGB (i.V.m. § 186 StGB) geht der Gesetzgeber davon aus, dass eine mit der Beweislastverteilung im Wettbewerbsrecht vergleichbare, strikte Rechtslage zu Lasten des Behauptenden gerechtfertigt ist, wenn die unwahre Tatsachenbehauptung nicht nur das wirtschaftliche Fortkommen behindert bzw. den Kredit gefährdet, sondern darüber hinaus einen ehrkränkenden Inhalt hat.

Eine Beweislastverteilung wie im Wettbewerbsrecht nach § 4 Nr. 8 1. HS UWG ist damit nur unter der zusätzlichen Voraussetzung denkbar, dass die Reputation des Unternehmens etwa durch falsche Sachinformation eines Bürgervereins, Presse oder Fernsehberichterstattungen nicht nur in der wirtschaftlichen Handlungssphäre, sondern im Kern der öffentlichen Geschäftsehre geschädigt wird.⁶¹¹

Die zusätzliche Voraussetzung bei der Pönalisierung von unwahren Tatsachenbehauptungen im Strafrecht hängt damit zusammen, dass das Strafrecht mit seinen strengen Sanktionierungspotential⁶¹² als ultima ratio des deutschen Rechtssystems anzusehen ist. Die Beleidigungsdelikte dienen nicht primär dem Schutz zukünftiger bzw. bestehender geschäftlicher Verbindungen, sondern wesentlich enger dem aus der Personenwürde abgeleiteten, personalen und sozialen Geltungswert⁶¹³.

Übertragen auf den zivilrechtlichen Unternehmensschutz ist die Verschiebung der Beweislast zu Lasten des Anspruchsgegners bei *ehrenrührigen*, unwahren Tatsachen gerechtfertigt, weil bei diesen der ohnehin immense

⁶⁰⁹ So schon Regierungsbegründung zum UWG von 1896, stenographische Berichte des Reichstags, IV. Legislaturperiode 1895/ 1897, S. 105; ähnlich Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 20 Rn. 1 f.

⁶¹⁰ So im Fall OLG Hamburg WRP 2007, 443 ff. - Spielzeugautorenrennbahn.

⁶¹¹ Eine Herabwürdigung der Tatsachenbehauptung wurde etwa verneint in BGH NJW 1984, 1607, 1608.

⁶¹² So kann eine Strafbarkeit nach § 186 StGB beispielsweise bis zu zwei Jahre Haft bzw. eine Geldstrafe nach sich ziehen.

⁶¹³ Ausführlich hierzu NK-StGB Vor §§ 185- 200 Rn. 1 ff.; Fischer StGB Vor § 185 Rn. 3 ff. jeweils m.w.N. Daher wertet der BGH ungeachtet der Beweislastregelung und aufgrund der tatbestandlichen Weite der Voraussetzung „Nachteile für dessen Erwerb und Fortkommen“ den § 824 BGB als Haftungsverschärfung gegenüber den § 823 II BGB i.V.m. § 186 StGB (BGH NJW 1963, 1871, 1872); so ebenfalls Köller, Meinungsfreiheit und unternehmensschädigende Äußerung S. 32.

Rufschaden aufgrund der Sensibilität des Themenbezugs ungleich größer ist. Die herabsetzende, unwahre Tatsachenbehauptung bedeutet für den betroffenen Unternehmer nämlich eine Kumulation der rufschädigungsspezifischen Gefahren. Denn zum einen neigen die zuhörenden potentiellen Geschäftspartner bei Fakten ohnehin mangels eigener Nachprüfbarkeit stark zur Vorverurteilung.⁶¹⁴ Ferner empfinden die Zuhörer aufgrund des herabwürdigenden Charakters der Information zusätzlich eine persönliche Ablehnung gegen den Betroffenen. Auf diese Weise wird die Aufrechterhaltung eines positiven Unternehmensimages ohne Aufklärung quasi unmöglich.

Die ehrenrührige und gleichzeitig unwahre Tatsachenbehauptung ist somit im hier dargestellten System der Rufschädigungsmethodik als der intensivste, verbale Eingriff in die Unternehmenssphäre anzusehen. Der Behauptende muss sich des Inhalts seiner Äußerung umso sicherer sein, je stärker der dargelegte, vermeintliche Fakt geeignet ist dauerhaft negative Assoziationen hervorzurufen. Wo genau die Grenze zwischen einer Herabwürdigung bzw. Verächtlichmachung und bloßen Behinderung des wirtschaftlichen Fortkommens zu ziehen ist, obliegt angesichts der Unbestimmtheit der Begriffe den Fachgerichten im Einzelfall.

Zu beachten gilt, dass ein Schadensersatzanspruch nach § 823 II BGB i.V.m. § 186 StGB nur dann in Betracht kommt, wenn kein besonderer Rechtfertigungsgrund eingreift.⁶¹⁵ Mit § 193 StGB stellt der Gesetzgeber einen dem § 824 II BGB inhaltlich ähnlichen⁶¹⁶ Rechtfertigungsgrund zur Verfügung, so dass ein Ausschluss der Schadensersatzhaftung auch bei Einhaltung der von der Rechtsprechung aufgestellten, individuellen Sorgfaltsanforderungen möglich ist.

Im Konzept des Gesetzgebers zum Schutz der geschäftlichen Ehre vor unwahren Tatsachenbehauptungen spielt die verleumderische Kreditgefährdung (§ 823 II BGB i.V.m. § 187 StGB) keine erhebliche Rolle. Der Tatbestand erfordert den Nachweis eines direkten Vorsatzes bezüglich der Unwahrheit der Information, der dem Rufgeschädigten wohl zumeist nicht gelingen wird. Damit ist ein Rückgriff auf diese Anspruchsgrundlage für den betroffenen Anspruchssteller im Vergleich zu den §§ 824, 823 II BGB i.V.m. § 186 StGB prozesstaktisch ungünstig.

3 Abschnitt Wahre Tatsachenbehauptungen

Weder im Wettbewerbs- noch im Deliktsrecht hat der Gesetzgeber Normen erlassen, die es dem geschädigten Unternehmen erlauben würden bei der Äußerung bestimmter, wahrer Tatsachen einen Anspruch auf Unterlassen oder sogar auf Schadensersatz geltend zu machen. Offenbar geht der Gesetzgeber davon aus, dass im Hinblick auf die Kommunikationsgrundrechte aus Art. 5 I GG wahre Tatsachenbehauptungen als nicht hinweg zu denkender Bestandteil bürgerlicher Freiheit zu akzeptieren sind.⁶¹⁷ Dies ergibt sich auch im Umkehrschluss aus

⁶¹⁴ So auch schon RG JW 1932, 2156.

⁶¹⁵ Handelt es sich bei dem Verbotsgesetz um eine Norm des Strafgesetzbuches so müssen Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld in vollem Umfang gegeben sein (vgl. hierzu BGH NJW 2002, 1643).

⁶¹⁶ So wird in der Rechtsprechung die inhaltliche Parallele zwischen § 824 II BGB und § 193 StGB betont; vgl. dazu BGH NJW 1985, 1621, 1623- Türköl I.

⁶¹⁷ So für das Bürgerliche Gesetzbuch auch Kübler AcP 172, 177, 188.

§ 4 Nr. 8 UWG und § 824 BGB, die gerade nur bei unwahren Tatsachenbehauptungen Ansprüche für den Betroffenen zur Verfügung stellen.

Fraglich ist allerdings, ob die unbestimmten Rechtsbegriffe der „Herabwürdigung“ und „Verunglimpfung“ aus §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG ähnlich wie im Strafrecht (§§ 185, 192 StGB) neben Meinungsäußerungen auch durch Fakten verwirklicht werden können. Die Regierungsbegründung zum UWG n.F. deutet nicht darauf hin, da hier ausdrücklich nur auf Meinungsäußerungen und deren Rolle bei der Geschäftsehrverletzung nach § 4 Nr. 7 UWG hingewiesen wird.⁶¹⁸ Das Festhalten an einer Generalklausel in § 3 UWG verdeutlicht aber die Freiräume, die der Gesetzgeber den Fachgerichten unabhängig von der Normierung bestimmter Regelbeispiele und den §§ 5- 7 UWG belassen wollte. Wettbewerbsrechtliche Spezialnormen sind damit weiterhin nicht als abschließend anzusehen.⁶¹⁹

Ein identisches Problem ergibt sich im Bereich des deliktsrechtlichen Äußerungsschutzes hinsichtlich des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs aus § 823 I BGB. Auch hier könnte eine unzulässige Herabsetzung des Unternehmens möglicherweise nicht nur in der Verkündung von herablassenden Werturteilen, sondern auch in der Verbreitung zutreffender Fakten zu sehen sein.⁶²⁰

4 Abschnitt Zusammenfassende Stellungnahme

Bezüglich geschäftsschädigender Werturteile hat der Gesetzgeber sich im Delikts- und Wettbewerbsrecht mit einer klaren Novellierung auffällig deutlich zurückgehalten und - wenn überhaupt - auf die Schaffung von wertausfüllungsbedürftigen Generalklauseln beschränkt. Wie bereits dargelegt, hat das seinen Grund in der immensen Drittwirkungsintensität der Kommunikationsgrundrechte. Dies ist der Grund warum der staatliche Eingriff zugunsten des Unternehmensrufes immer nur durch eine umfassende Güterabwägung im Einzelfall und nie alleine durch abstrakte Normvorgaben gerechtfertigt sein kann. Der enorme fachrichterliche Spielraum für den Ausgleich der kollidierenden Rechtsgüter ist darüber hinaus aber auch mit dem Analyseerfordernis bei der Deutung von Werturteilen zu erklären, zu der nur die Zivilgerichte und keine abstrakte Norm abschließend imstande ist. In der Praxis führt dies dazu, dass innerhalb einer gerichtlichen Einzelfallbetrachtung die konkrete Gefährlichkeit der Aussage ex post festgestellt und mit den tangierten Rechtsgütern in Einklang zu bringen ist. Der Gesetzgeber kann im Wissen um die Komplexität der Materie keine abschließende, gesetzliche Wertung vornehmen. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber im Bürgerlichen Gesetzbuch im Gegensatz zum Lauterkeitsrecht keine explizite, zivilrechtliche Begrenzung für herabsetzende, fahrlässige Werturteile geschaffen hat, deutet auf ein niedrigeres Schutzniveau der wirtschaftsbezogenen Äußerungsfreiheit im Lauterkeitsrecht hin. Nachweisbare, vorsätzliche Beleidigungen gegenüber dem Gewerbebetrieb können indes nach dem Willen des Gesetzgebers entweder nach § 826 BGB, §§ 823 II BGB i.V.m. § 185 StGB oder aber §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG immer einen Unterlassungs- bzw. Schadensersatzanspruch begründen.

⁶¹⁸ RegE UWG n.F. Bt.-Drucks. 15/1487, S. 18.

⁶¹⁹ Vgl. RegE UWG n.F. Bt.-Drucks 15/ 1487, S. 16: „Ein solches allgemein gehaltenes Verbot ist deshalb sinnvoll, weil der Gesetzgeber nicht alle denkbaren Fälle unlauteren Handelns im Einzelnen regeln kann. [...] Wie bislang auch wird es weiterhin Aufgabe der Rechtsprechung sein, im Einzelnen zu konkretisieren, welche Handlungsweisen als unlauter anzusehen sind.“

Entgegen der Rechtslage bei kritischen, wertenden Stellungnahmen hat die Legislative bei unwahren unternehmensbezogenen Tatsachenbehauptungen klar strukturierte, abschließende Tatbestände geschaffen, bei denen das Bewusstsein um die abstrakte, gesteigerte Gefährlichkeit unzutreffender Fakten deutlich zum Vorschein kommt. Diese ex-ante Wertungsvorgabe des Gesetzgebers lässt den Zivilgerichten deutlich weniger Spielraum für die Einzelfallbeurteilung. Betroffene Unternehmen brauchen unwahre Tatsachenbehauptungen, die negative Assoziationen beim Rezipienten hervorrufen, juristisch nicht hinzunehmen.

Diese strikte gesetzgeberische Wertungsvorgabe wird neben der deutlich geringeren Schutzwürdigkeit des Äußernden auch dadurch ermöglicht, dass die Rechtsfolge zuvörderst an dem nachweisbaren Wahrheitsgehalt einer Tatsache geknüpft wird und daher eine fundierte, richterliche Inhaltsdeutung überflüssig ist. Letztlich erfasst das Kriterium des Wahrheitsgehalts einer Aussage den Regelungsgegenstand schon derart umfassend, dass eine per-se Regelung ohne Notwendigkeit eines Nachweises der konkreten Gefahr für den Geschäftsruf auskommen kann. Verbleibende Unklarheiten werden durch normative Beweislastregelungen beseitigt. Ein fachrichterlicher Beurteilungsspielraum besteht nur ausnahmsweise im Bereich des Ausschlusses der Ersatzhaftung nach § 824 II BGB oder aber bei der Beweislastumkehr in § 4 Nr. 8 HS 2 UWG. Ein Anspruch auf Unterlassung ist bei Wiederholungsgefahr der unzutreffenden Information indessen nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers immer gegeben. Demzufolge zeichnet sich auch im Bereich der unwahren Tatsachenbehauptungen durch vergleichsweise anspruchsvollere Haftungsvoraussetzungen im Deliktsrecht ein leichtes Stufenverhältnis im Vergleich zum Wettbewerbsrecht ab.⁶²¹

Wahre Tatsachenbehauptungen sind im Umkehrschluss aus den gesetzlichen Regelungen zu unwahren Tatsachenbehauptungen prinzipiell als lauter bzw. mit dem Deliktsrecht vereinbar anzusehen. Unklar bleibt deren Erfassung durch die geschriebenen bzw. ungeschriebenen Generalklauseln des Äußerungsrechtes.

⁶²¹ Siehe dazu auch S. 183 ff.

4. Teil Wertungen der Zivilgerichtsbarkeit im äußerungsrechtlichen Unternehmensschutz

Nachdem die Wertungen des Gesetzgebers als auch des Bundesverfassungsgerichts bezüglich unternehmensschädigender Kritik dargestellt worden sind, ist nun zu prüfen, inwieweit die Zivilgerichtsbarkeit die Regelungslücken sachgerecht schließt und ob die gesetzlichen als auch bundesverfassungsgerichtlichen Vorgaben stringend und ausnahmslos eingehalten werden. Denn bei einer Urteilsverfassungsbeschwerde sind die herausgestellten Abwägungsvorgaben im Spannungsfeld des Unternehmensschutzes für die Zivilgerichte gemäß § 31 I BVerfGG uneingeschränkt verbindlich. Gleiches gilt für ausdrückliche Regelungen durch den Gesetzgeber.

Aus Gründen der Übersichtlichkeit erfolgt vor der nach Fallgruppen sortierten Rechtsprechungsanalyse eine Zusammenfassung der gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Wertungsvorgaben. Eine kritische Stellungnahme gerade auch mit Blick auf die unterschiedlichen juristischen Beurteilungen im Delikts- und Wettbewerbsrecht runden die Darstellung ab.

1 Abschnitt Deliktsrecht

1. Absatz Herabsetzende Werturteile

A) Fallgruppe „Selektive Einzelkritik“

Bei der Fallgruppe „selektive Einzelkritik“ handelt es sich um eine in der Praxis sehr häufig auftretende Form der Unternehmenskritik, die dementsprechend oft Gegenstand fachgerichtlicher Urteile ist und war. Selektive Einzelkritik ist zu verstehen als herabsetzende, wertende Äußerung eines Nichtmitbewerbers, die sich auf das allgemeine Verhalten, Produkte oder Dienstleistungen eines spezifischen Unternehmens bezieht und keine inhaltliche Vollkommenheit für sich in Anspruch nimmt.

Dieser Fallgruppe von wertender Kritik sind beispielsweise die Berichte der Medien bezüglich der schlechten Qualität eines ganz bestimmten Börsenblattes⁶²² oder die Geschäftspraktiken einer Unternehmensberatung der Immobilien- und Baubranche⁶²³ genauso wie öffentliche, wertende Kritik durch gemeinnützige Vereine an der Tabakindustrie⁶²⁴ oder die Beschwerde einer Naturschutzorganisation über tierquälerische Entenhaltung in einem Großmastbetrieb⁶²⁵ zuzuordnen. Ebenso ist die Gastronomie- und Theaterkritik als selektive Einzelkritik einzustufen.⁶²⁶ Angesichts des im Vordergrund stehenden Elements der rein subjektiven Stellungnahme ist der Erwartungshorizont des Durchschnittsrezipienten bezüglich des Aussageinhalts regelmäßig nicht sonderlich hoch. Vielmehr hängt die Bereitschaft zur Adaption der Meinung von der Präsentation der Kritik und der Untermauerung durch Fakten ab.

⁶²² OLG Frankfurt AfP 1989, 675 ff. „dünnleibiges Blatt“; gehöre „nicht gerade zu den herausragenden Publikationen“.

⁶²³ BGH AfP 1995, 404 ff. - dubiose Geschäftsgebaren: „Dummenfang“.

⁶²⁴ BGH NJW 1984, 1956 ff. - Mordoro.

⁶²⁵ OLG Nürnberg VersR 2003, 381 ff.

⁶²⁶ OLG München NJW 1994, 1964 ff. - Pygmaen-Lokal; OLG Frankfurt NJW 1990, 2002 ff. - Pinscherkot; OLG Koblenz AfP 1984, 219 ff.; BGH AfP 1987, 219 ff.

Zweck dieser Fallgruppenbildung ist es selektive Einzelkritik von Waren- und Dienstleistungstests durch Nichtwettbewerber abzugrenzen, bei denen aufgrund der systematischen und zum Teil wissenschaftlichen Arbeitsweise bezüglich der „Richtigkeit“ des abgegebenen Werturteils ein anderer Erwartungshorizont des Durchschnittsrezipienten anzunehmen ist.⁶²⁷

Die Rechtsprechung prüft den Anspruch auf Unterlassen oder Schadensersatz bei selektiver Einzelkritik regelmäßig im Rahmen von § 823 I BGB als mögliche Verletzung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs⁶²⁸ und/oder des allgemeinen Unternehmenspersönlichkeitsrechts⁶²⁹. Der Schwerpunkt der Prüfung liegt auf der positiv festzustellenden Rechtswidrigkeit, in deren Rahmen eine Abwägung kollidierenden Rechtspositionen vorgenommen werden muss.

1) Wertungsvorgaben durch die Legislative und das Bundesverfassungsgericht

a) Wertungsvorgaben des Bundesgesetzgebers⁶³⁰

Der Gesetzgeber hat mit § 826 BGB und § 823 II BGB i.V.m. § 185 StGB zwei Anspruchsgrundlagen geschaffen, die das betroffene Unternehmen vor herabsetzenden Werturteilen durch Nichtwettbewerber schützt, sofern es dem Unternehmen gelingt dem Äußernden einen Vorsatz bezüglich der Beleidigung bzw. eine Schädigungsabsicht nachzuweisen. Steht die wertende Äußerung im Zusammenhang mit einem sachlich dargestellten Anliegen, so wird dieser Nachweis in der Regel nicht gelingen, da sich der Urheber der Rufschädigung darauf berufen kann lediglich zur Aufklärung des sachlichen Anliegens gesprochen zu haben.⁶³¹ Bezüglich eines Unterlassungs- oder gar Schadensersatzanspruchs bei fahrlässiger Herabsetzung eines Unternehmens schweigt das Gesetz. Um diesen offensichtlichen Haftungsbegrenzungswillen⁶³² des Gesetzgebers zugunsten der bürgerlichen Äußerungsfreiheit nicht zu umgehen, darf eine diesbezügliche richterlich entwickelte Dogmatik nur in engbegrenzten Sonderfällen angenommen werden.⁶³³

b) Wertungsvorgaben des Bundesverfassungsgerichts⁶³⁴

In Anerkennung der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte erblickt das Bundesverfassungsgericht in der unternehmensschädigenden, wertenden Kritik durch Nichtmitbewerber eine Konfliktsituation zwischen der durch Art. 12 I GG⁶³⁵ geschützten unternehmerischen Tätigkeit und dem konkret einschlägigen Kommunikationsgrundrecht aus Art. 5 I GG. Im Interesse der freien Kommunikation als Ausdruck eines elementaren menschlichen Bedürfnisses und Grundvoraussetzung einer funktionierenden demokratischen Grundordnung

⁶²⁷ Siehe dazu insbesondere S. 132 ff.

⁶²⁸ Anstelle vieler BGH NJW 1984, 1607, 1609 - Bundesbahn; OLG Hamburg NJW-RR 1999, 1060- Bild Dir keine Meinung; BGH NJW 1999, 279, 281- Unzulässige Äußerung einer Haftpflichtversicherung.

⁶²⁹ BGH JZ 1975, 637, 638 - Geist von O.; OLG Köln AfP 2006, 374, 375; OLG Köln NJW - RR 2007, 698 - Gen-Milch; BGH AfP 1996, 398, 399 - Blut und Sperma.

⁶³⁰ Siehe dazu schon oben S. 83 ff.

⁶³¹ Zur schweren Nachweisbarkeit des Schädigungsvorsatzes etwa Prinz/Peters, Medienrecht Rn. 176.

⁶³² Vgl dazu etwa Kübler JZ 1968, 542, 546; Larenz/Canaris S BT II/2 § 81 IV 2c) (S. 562).

⁶³³ Vgl. dazu auch Völp WRP 1960, 197, 199.

⁶³⁴ Siehe dazu bereits oben S. 46 ff.

stellt nur die Schmähkritik bzw. die Formalbeleidigung eine absolute, abwägungsunzugängliche Grenze der Äußerungsfreiheit dar. Nicht ausschließlich diffamierende Äußerungen im wirtschaftlichen Kontext fördern die Markttransparenz und unterstützen somit den Verbraucher bei seiner individuellen Konsumgüterwahl. Ihnen kommt folglich auch in volkswirtschaftlicher Hinsicht eine tiefere Bedeutung zu.⁶³⁶ Dementsprechend besteht bei der Abwägung der grundrechtlichen Rechtspositionen im Einzelfall eine widerlegbare Vermutung für die freie Rede, sofern der Inhalt sich auf eine die Öffentlichkeit wesentlich berührende Frage bezieht.⁶³⁷

Dies ist im Kontext von Berichterstattungen mit wirtschaftlichem Inhalt zumindest für die Bewertung eines Finanzdienstleisters⁶³⁸ sowie die Presseäußerung bezüglich der Aufklärung von Missständen einer ganzen Wirtschaftsbranche⁶³⁹ durch das Bundesverfassungsgericht angenommen worden. Das Bundesverfassungsgericht tendiert somit dazu bei unternehmensbezogenen Meinungsäußerungen ein allgemeines Informationsinteresse zu bejahen. Damit ist für die Rechtmäßigkeit selektiver Einzelkritik prinzipiell das Verhältnis zwischen Intensität der unternehmerischen Rufschädigung und Nähe zur sachlichen Auseinandersetzung entscheidend. Ob das abgegebene Werturteil unmittelbar nachvollziehbar ist und als „richtig“ oder „falsch“ eingestuft werden muss, obliegt nicht der Prüfung der Judikative, sondern ist jedem einzelnen Bürger und dessen freien Meinungsbildungsprozess zu überlassen.⁶⁴⁰

2) Die Entwicklung der Zivilrechtsprechung - vom Gebot des schonendsten Mittels zum Verbot des extremsten Mittels

a) Die Constanze Doktrin des BGH und die objektive Erforderlichkeitsklausel

Das Reichsgericht beschränkte sich bei der Beurteilung von herabsetzenden Werturteilen auf die vom Gesetzgeber vorgegebenen, äußerungsfreundlichen Anspruchsgrundlagen des § 826 BGB und § 823 II BGB i.V.m. § 185 StGB. Nicht erweislich vorsätzliche bzw. fahrlässige Herabwürdigungen ohne Wettbewerbsabsicht lösten keinen Unterlassungs- bzw. Schadensersatzanspruch aus, da der Schutzbereich des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs nach Ansicht der Richter nicht eröffnet war.⁶⁴¹ Dies änderte sich allerdings durch die folgende, vom BGH vorgenommene Rechtsfortbildungspraxis:

(i) *Sachverhalt der Constanze-Entscheidung*⁶⁴²

In der Dekanatsbeilage einer Ausgabe der Kirchenzeitung des Bistums Münster wurde die illustrierte Zeitschrift „Constanze“ als mit dem christlichen Familienweltbild unvereinbar bezeichnet. Wörtlich heißt es in der Dekanatsbeilage

⁶³⁵ BVerfG DVBl 2005, 106, 107; BVerfG NJW 2008, 358, 359; so auch BGH NJW 2006, 830, 840 - Kirch/Deutsche Bank AG; vgl dazu insbesondere auch S. 71 ff.

⁶³⁶ Vgl. hierzu BVerfGE 60, 234, 241 - Kredithaie.

⁶³⁷ So schon BVerfGE 7, 198, 212 - Lüth; 61, 1, 11; 93, 266, 294 f. - Soldaten sind Mörder.

⁶³⁸ BVerfG DVBl 2005, 106, 108.

⁶³⁹ BVerfGE 60, 234, 240 - Kredithaie.

⁶⁴⁰ So grundlegend BGHZ 45, 296, 308; vgl. auch Arndt NJW 1964, 1310, 1312 f.

⁶⁴¹ Bei RGZ 95, 339 (Wäschegeschäft) und RGZ 101, 335, 336 (Schwindelfirma) wird der Eingriff in den Bestand eines eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs verneint; ebenso RG JW 1932, 1883 Nr. 42.

⁶⁴² BGHZ 3, 270 ff. - Constanze.

„die Frauenzeitschrift Constanze sei eine Blüte aus dem Sumpft der fragwürdigen Kulturerzeugnisse“ und „die Verleger machen mit dem scheinbaren Zusammenbruch der Begriffe wie Anstand und Würde ihre Geschäftchen“.⁶⁴³

Anschließend wurden alternative, zum Teil auch durch kirchliche Träger distributierte Zeitschriften empfohlen, die mit der christlichen Kultur- und Gesellschaftsvorstellung nach Meinung des Verfassers uneingeschränkt vereinbar seien.

(ii) *Äußerungsrechtlich relevante Feststellungen des Bundesgerichtshofs*

Der Bundesgerichtshof erblickte in der Äußerung einen herabwürdigenden, unmittelbaren Eingriff in den Gewerbebetrieb des betroffenen Zeitschriftenverlages und dehnte damit den Schutz durch das Recht am Unternehmen über die Grenze von § 823 II BGB i.V.m. § 185 StGB und § 826 BGB auf Äußerungen ohne nachgewiesenen Diffamierungsvorsatz aus. Basis dieser Rechtsfortbildung des BGH war die Erkenntnis, dass das Recht am Unternehmen sich „wie das Eigentum“ nicht nur auf dessen direkten Bestand, sondern darüber hinaus auch auf einzelne Erscheinungsformen, wozu der gesamte gewerbliche Tätigkeitskreis zu rechnen sei, erstrecke.⁶⁴⁴ Dabei stellten die Richter das Rechtsinstitut des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs den absoluten Rechten aus § 823 I BGB in der Form gleich, dass das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzung die Rechtswidrigkeit der jeweiligen Äußerung indiziere. Denn die dargelegte Aussage sei nur

„dann nicht widerrechtlich, wenn der Beklagten für diesen Eingriff ein besonderer Rechtfertigungsgrund zur Seite stehen würde“⁶⁴⁵.

Aufgrund dieser Definition einer schützenswerten Unternehmenssphäre könne eine Rechtfertigung unter Hinzuziehung von Art. 5 I GG sowie dem rechtsgebietsübergreifenden Grundgedanken von § 193 StGB nur in Frage kommen, wenn die gewählte Kommunikationsweise sich als objektiv erforderliches Mittel und damit die schonendste Art und Weise der Zweckerreichung darstelle.

(iii) *Stellungnahme*

Mit dieser radikalen Änderung der Rechtsprechungspraxis hat der BGH bei enormen Teilen der damaligen Literatur Zustimmung erlangen können.⁶⁴⁶ Bis heute hat das thematisierte Rechtsinstitut die mit der Entscheidung für den deliktsrechtlichen Äußerungsschutz festgestellte Lückenfunktion zwischen § 823 II BGB i.V.m. § 185 StGB, § 824 BGB, § 826 BGB sowie §§ 4 Nr. 7 und 8 und 6 II Nr. 5 UWG n.F. Denn auch heute wird die nicht erweislich vorsätzliche, wertende Herabwürdigung durch Nichtmitbewerber als betriebsbezogener Ein-

⁶⁴³ BGHZ 3, 270, 272 - Constanze.

⁶⁴⁴ BGHZ 3, 270, 279 f. - Constanze.

⁶⁴⁵ BGHZ 3, 270, 280 - Constanze.

⁶⁴⁶ Nipperdey DVBl. 1958, 445, 446; Hubmann ZHR 117, 41, 74 ff.; Lehmann in: Enneccerus, Recht der Schuldverhältnisse, 14. Auflage (1954) S. 911; so auch in der Anmerkung zum Urteil Kleine JZ 1952, 229, 230; vgl. ebenfalls Staudinger BGB-Schäfer, 11. Auflage 1975, § 824 Rn. 77 und 79a.

griff in das Recht am Unternehmen nach § 823 I BGB angesehen und kann bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen einen Unterlassungs- und auch Schadensersatzanspruch auslösen.⁶⁴⁷

Ungeachtet dessen erweist sich die systematische Gleichstellung mit den absoluten Rechten als auch die strikte Kommunikationsgrenze in Form der aufgestellten Erforderlichkeitsklausel als nicht hinnehmbare Falschwertung im Spannungsfeld des äußerungsrechtlichen Unternehmensschutzes. Der BGH versuchte das strikte Sachlichkeitserfordernisses zur Rechtfertigung einer kritischen Meinungsäußerung wie folgt zu begründen:

„Wenn unlautere wettbewerbliche Momente, wie sie dem kritischen Vergleich von gewerblichen Erzeugnissen zu Wettbewerbszwecken im Regelfall anhaften, ausscheiden, so wäre eine sachliche Kritik an der Zeitschrift der Klägerin selbst dann nicht widerrechtlich, wenn sie nachteilige Folgen für die Klägerin hätte, da eine solche Kritik nach Art. 5 GrundG jedem auf Grund seines Rechtes zur freien Meinungsäußerung offen steht.“⁶⁴⁸

Demzufolge war es das erklärte Bestreben des BGH Reputationsschäden des Unternehmens durch kritische Wertungen losgelöst vom einschlägigen Gesetzesrecht mit einem einheitlich strengen Haftungsmaßstab zu begegnen. Das Recht am Gewerbebetrieb ginge danach dem Recht auf Meinungsfreiheit grundsätzlich vor. Damit weitete der Gerichtshof den Unternehmensschutz entgegen den offensichtlichen Willen des Gesetzgebers zuungunsten der bürgerlichen Kommunikationsgrundrechte aus.⁶⁴⁹ Die Reduzierung der Möglichkeit einer kritischen Stellungnahme auf ein Minimum des objektiv Notwendigen⁶⁵⁰ führte dazu, dass der potentielle Kritiker aufgrund der strikten und vollkommen unbestimmten Erforderlichkeitsklausel⁶⁵¹ auf eine negative Aussage aus Angst vor zivilrechtlicher Sanktionierung⁶⁵² gänzlich verzichtete.

Das ist nach dem Willen des Bundesverfassungsgerichtes als Missinterpretation der Bedeutung der Kommunikationsgrundrechte für den freiheitlich demokratischen Rechtsstaat einzustufen. Denn gerade die Meinungsfreiheit soll absichern, dass jeder frei sagen kann, was er denkt ohne genaue Gründe für sein Urteil angeben zu müssen.⁶⁵³ Die übertriebene Androhung von zivilrechtlichen Sanktionen steht zu der generellen staatlichen Förderungsabsicht des freien, kommunikativen Austausches im Widerspruch. Doch auch über den Kritikpunkt

⁶⁴⁷ Vgl. etwa die Ausführungen bei MK BGB-Wagner § 823 Rn. 195 ff.; Soergel BGB-Beater § 823 Anh V Rn. 79 ff.

⁶⁴⁸ BGHZ 3, 270, 280 - Constanze.

⁶⁴⁹ So auch Larenz/Canaris S BT II/2, § 81 III 2a): „Damit [Constanze-Urteil] war einer richterlichen Meinungszensur Tür und Tor geöffnet.“

⁶⁵⁰ Darauf verweisen in Folge der Constanze-Entscheidung insbesondere auch BGH LM § 823 (Ai) BGB Nr. 11 Bl. 2; OLG Frankfurt WuW 1953, 232, 233; vgl. in diesem Zusammenhang auch das Urteil des OLG Stuttgart JZ 1963, 259, 260: Danach ist die Verwendung des Ausdrucks „fabrizieren“ als widerrechtlichen Eingriff in den Gewerbebetrieb des Zeitungsverlegers eingestuft worden.

⁶⁵¹ Denn welche Aussage zur Verdeutlichung einer sachlichen Kritik den Unternehmensruf am meisten verschont, ist Streitbar und von subjektiven Wertungen im Einzelfall abhängig. So kann beispielsweise die Aussage: „Das Auto ist qualitativ schlecht“ auf mannigfache Weise in mildere Ausdruckformen umformuliert werden. Welche dieser Fassungen letztlich von den Zivilgerichten akzeptiert wird, bleibt mangels weiterer juristischer Kriterien im Einzelfall unvorhersehbar und beliebig.

⁶⁵² Vgl. hier Kübler JZ 1968, 542, 547: „[...] belegt fast jede gewerbliche Kritik mit kaum übersehbaren Risiken [...]“

⁶⁵³ BVerfGE 42, 163, 170 f. - herabsetzende Werturteile; sowie BVerfGE 61, 1, 7.

der Fehlbewertung der Äußerungsgrundrechte hinaus⁶⁵⁴, kann die Constanze-Entscheidung auch in marktwirtschaftlicher Hinsicht nicht überzeugen. Die Ausdehnung des Gewerbeschutzes nach § 823 I BGB führt dazu, dass der Verbraucher bei der Informationsbeschaffung über gewerbliche Leistungen in vollen Zügen der bis zur Grenze der Irreführung zulässigen, euphemistischen Eigenwerbung der Wirtschaft ausgeliefert ist.⁶⁵⁵ Zur Wahrnehmung der Schiedsrichterfunktion, die dem Verbraucher zur Erreichung eines wirtschaftspolitisch gewollten, leistungsorientierten Wettbewerbs zgedacht ist, benötigt der Verbraucher die unterstützende Stellungnahme durch objektive Dritte um sich ein realitätsnahes Gesamtbild des wirtschaftlichen Leistungsspektrums verschaffen zu können. Die Auswahl von Unternehmensleistungen nur anhand von selbstanpreisenden Herstellerdaten kann nämlich dauerhaft nicht zur Auslese der besten Produkte und Dienstleistungen führen.

- b) Relativierung des strengen Sachlichkeitsgebots durch BGHZ 36, 77 ff. - Waffenhändler und BGH NJW 1964, 29 ff. - Blinkfuer

Die Anerkennung der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht durch das Bundesverfassungsgericht im Jahre 1957⁶⁵⁶ und die Verdeutlichung am Beispiel der Meinungsfreiheit nach Art. 5 I GG zwang die Zivilrechtsprechung dazu den Grundsatz des extensiven Unternehmensschutzes vor herabsetzenden, wertenden Äußerungen zu überdenken. Eine konkrete Abänderung der zweifelhaften Rechtsfortbildung konnte aber nur dann möglich sein, sofern dem Gericht ein die Fallgruppe tangierender Sachverhalt zur Entscheidung vorgelegt wurde. Dies war im unmittelbaren Anschluss an das Lüth-Urteil des Bundesverfassungsgerichts zunächst nicht der Fall.

Der BGH bekam aber die Möglichkeit in anderem Zusammenhang den gestiegenen Einfluss der Kommunikationsgrundrechte auf den äußerungsrechtlichen Unternehmensschutz zu betonen. So ging es bei dem Waffenhändler-Urteil des BGH vom 24.10.1961 nicht um beleidigende, wertende Äußerungen, sondern um den inhaltlich zutreffenden Pressebericht über die Verwicklung eines deutschen Bankhauses in Waffengeschäfte⁶⁵⁷. Der BGH entschied darüber welche Voraussetzungen an die Zulässigkeit der Verbreitung wahrer Tatsachenbehauptungen zu stellen sind.⁶⁵⁸ Der BGH hatte zuvor, dem Constanze-Urteil folgend, auch für die Verbreitung wahrer, ehrenrühriger Tatsachen aus dem Unternehmensumfeld „größtmögliche Schonung“ eingefordert.⁶⁵⁹ Zur Verhinderung einer Missinterpretation führte er aus:

⁶⁵⁴ So früher schon Arndt NJW 1964, 1310, 1313 und Kübler, Wirtschaftsordnung und Meinungsfreiheit, S. 11 ff.; aus heutiger Sicht etwa Brinkmann NJW 1987, 2721, 2722; MK BGB-Wagner § 823 Rn. 271.

⁶⁵⁵ So auch Arndt NJW 1964, 1310, 1312: „Gegenüber suggestiver Reklame ist zersetzende Kritik heilsam und unentbehrlich.“; vgl. auch Kötz, Deliktsrecht, Rn. 455.

⁶⁵⁶ BVerfGE 7, 198, 204 ff. - Lüth.

⁶⁵⁷ BGHZ 36, 77 f. - Waffenhändler.

⁶⁵⁸ Siehe dazu noch unten S. 139 ff.

⁶⁵⁹ BGHZ 8, 142, 145 - Schwarze Listen; wobei der BGH vollkommen unberücksichtigt lässt, dass wahre Tatsachenbehauptungen aufgrund des Gegenschlusses aus § 824 BGB nach dem Willen des Gesetzgebers keine juristischen Beschränkungen unterliegen sollen.

„Eines Eingehens darauf, ob die Heranziehung des Gedankens der größtmöglichen Schonung in dem bisher in der Rechtsprechung angenommenen Maß festgehalten werden kann, wenn das Grundrecht der freien Meinungsäußerung berührt wird, bedarf es nicht.“⁶⁶⁰

Das Gericht betont aber in der Urteilsbegründung, dass der Gewerbebetreibende, der aktiv am Wirtschaftsleben teilnimmt, sich der ihm entgegengebrachten Kritik zu stellen hat⁶⁶¹ und das insbesondere dann, wenn es um eine die Öffentlichkeit wesentlich interessierende Angelegenheit geht.⁶⁶² In diesem Zusammenhang sei von dem sich Äußernden unter Hinzuziehung der Grundsätze der Lüth-Rspr. zur Rechtmäßigkeit der Berichterstattung nur zu verlangen, dass zwischen Zweck und unternehmerischer Imagebeeinträchtigung im Einzelfall ein angemessenes Verhältnis bestehe.

Damit ist zumindest zwischen den Zeilen zu lesen, dass die Sachlichkeitsklausel als extrem strenges Rechtmäßigkeitskriterium für Werturteile aufgrund der Einengung jedweder grundrechtlich abgesicherter Kommunikationsspielräume zumindest als verfassungsrechtlich bedenklich zu erachten ist.⁶⁶³

Eine Betonung der wachsenden Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit aus Art. 5 I GG gegenüber dem Schutz des Gewerbebetriebes ist ebenfalls dem Blinkfuer-Urteil des BGH vom 10.07.1964⁶⁶⁴ zu entnehmen. Ein darin zu beurteilender, primär politisch motivierter Boykottaufruf gegen bestimmte Zeitungen und Zeitschriften, wurde angesichts des überragenden öffentlichen Interesses am politischen Zeitgeschehen als insgesamt rechtmäßiger Eingriff in das Recht am Unternehmen eingestuft. Dort heißt es:

„Wird durch eine Meinungsäußerung und die von ihr ausgehende Wirkung die gewerbliche Betätigung eines anderen beeinträchtigt, so ist hiernach [...] zu prüfen, ob den schutzwürdigen Interessen des Beeinträchtigten ein solcher Rang zu kommt, dass das Recht zur freien Meinungsäußerung hinter ihnen zurücktreten muss.“⁶⁶⁵

Damit verdeutlichte der BGH, dass es für die Rechtswidrigkeit des verbalen Unternehmenseingriffs angesichts der konstituierenden Bedeutung der Art. 5 I GG eines erhöhten Begründungsaufwands bedarf. Ein klarer Hinweis darauf, dass der Grundsatz des Constanze-Urteils die uneingeschränkte Gültigkeit eingebüßt hatte.

⁶⁶⁰ BGHZ 36, 77, 83 - Waffenhändler.

⁶⁶¹ BGHZ 36, 77, 80 - Waffenhändler.

⁶⁶² BGHZ 36, 77, 81 - Waffenhändler: „Ist schon aus diesen allgemeinen Gründen Zurückhaltung in der Annahme einer rechtswidrigen Beeinträchtigung der persönlichen Sphäre des durch eine wahre Berichterstattung betroffenen Gewerbeinhabers geboten, so kommt im vorliegenden Falle hinzu, daß die Öffentlichkeit und damit auch die Presse besonderen Anlass hatte, sich mit dem Waffenhandel nach Nordafrika und nach dem vorderen Orient zu befassen.“

⁶⁶³ So BGHZ 45, 296, 307 - Höllenfeuer; Kübler AcP 172, 177, 187. Auch das Bundesverfassungsgericht lehnt ein strenges Sachlichkeitsgebot für wertende, kritische Stellungnahmen über Wirtschaftsunternehmen ab. (BVerfG DVBl. 2005, 106, 108).

⁶⁶⁴ BGH NJW 1964, 29 ff. - Blinkfuer.

⁶⁶⁵ BGH NJW 1964, 29, 31 - Blinkfuer.

c) Das Höllenfeuer-Urteil als bis heute unveränderte Basis der modernen, äußerungsrechtlichen Rechtsprechungspraxis

Eine endgültige Aufgabe des extensiven deliktsrechtlichen Unternehmensschutzes vor wertenden Äußerungen Dritter vollzog der BGH mit dem Höllenfeuer-Urteil vom 21.06.1966⁶⁶⁶. Der vergleichbare Sachverhalt trug dazu bei sich klar von den juristischen Hürden der Constanze-Doktrin distanzieren zu können.

(i) *Sachverhalt der Höllenfeuer-Entscheidung*

Die Klägerin, die Verlegerin der Wochenzeitschrift „stern“, sah das Verlagshaus durch einen Artikel aus der Wochenzeitschrift „Echo der Frau“ verächtlich gemacht und klagte aufgrund einzelner Textpassagen auf Unterlassen. Der besagte Artikel bezog sich auf eine Berichterstattung des Stern, in dem die katholische Kirche und deren mangelndes Hinwirken auf eine Vereinigung des Christentums kritisiert wurde. Der darauf inhaltlich Bezug nehmende Pressebericht der Beklagten warf dem Stern vor:

*„Sein Maßstab ist die Straße. Ihr unterwirft sich die auflagenstärkste deutsche Illustrierte seit Jahren.“ Die im Titel des Artikels der Klägerin gewählte Überschrift sei „eine auf Dummenfang abzielende Überschrift“ und der Stern zeichne sich aus durch „leichtfertige Verfälschung oder Unkenntnis der Fakten“ und betreibe „Konfessionshetze“.*⁶⁶⁷

Die Revision führte zu einer Klageabweisung in vollem Umfang, da die relevante Grenze der Schmähkritik nach Ansicht des Gerichts nicht erreicht wurde.

(ii) *Äußerungsrechtlich relevante Feststellungen des Bundesgerichtshofs*

Unter Hinweis auf die Ausstrahlungswirkung des Art. 5 I GG auf die privatrechtlichen Normen und die richterliche Rechtsfortbildung wurde die Constanze-Rspr. mit folgender Argumentation verworfen: Die rechtlichen Grenzen im äußerungsrechtlichen Unternehmensschutz sei zugunsten der Kommunikationsfreiheiten weit zu ziehen.⁶⁶⁸ Die Beschränkung wertender Stellungnahmen auf ein sachlich notwendiges, schonendstes Mittel könne nicht aufrechterhalten bleiben. Vielmehr sei die Grenze zur Rechtswidrigkeit eines kritisierenden Werturteils außerhalb des Wettbewerbsverhältnisses erst bei böswilliger und gehässiger Schmähkritik überschritten, sofern die Äußerung inhaltlich ein Beitrag zu einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage darstelle.⁶⁶⁹ Dann gelte nämlich eine Vermutung für die freie Rede.⁶⁷⁰ Dies gilt nach den Andeutungen des Gerichts gerade dann im besonderen Maße, wenn es um gemeinschaftswichtige Fragen und somit um verbale Auseinandersetzungen gesellschafts-politischen Inhalts geht. Damit im Einklang steht die Entwicklung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu einem nur relativen Recht, bei dem die Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale nicht die Rechtswidrigkeit indiziert⁶⁷¹, sondern die Rechtswidrigkeit aufgrund der hohen Bedeutung gegenläufiger Grundrechtspositionen immer im Einzelfall durch Abwägung zu ermitteln ist. Wie

⁶⁶⁶ BGHZ 45, 296 ff. - Höllenfeuer.

⁶⁶⁷ BGHZ 45, 296, 298 - Höllenfeuer.

⁶⁶⁸ So explizit BGHZ 45, 296, 309 - Höllenfeuer.

⁶⁶⁹ BGHZ 45, 296, 310 - Höllenfeuer.

⁶⁷⁰ BGHZ 45, 296, 308 - Höllenfeuer.

⁶⁷¹ So aber gerade die Constanze Doktrin BGHZ 3, 270, 280 - Constanze.

das allgemeine Persönlichkeitsrecht muss das Recht am Unternehmen damit als ein „offener Tatbestand“⁶⁷² charakterisiert werden.

(iii) *Stellungnahme*

Mit der Höllenfeuer-Entscheidung setzt der BGH ganz konsequent und unter Zitierung des Lüth-Urteils⁶⁷³ die verfassungsrechtlichen Vorgaben bezüglich des Einflusses der Grundrechte im Privatrecht auf die wertende Kritik von Unternehmen um. Im Grundsatz gilt damit: Das Recht auf Meinungsfreiheit geht dem Unternehmensschutz immer dann vor, wenn das angesprochene, wirtschaftsbezogene Themengebiet von Allgemeininteresse ist und die Art und Weise der Kritik ein absolutes Minimum an Fairness gewährleistet. Schließlich darf das Recht auf freie Meinungsäußerung aus Art. 5 I GG nicht als ein Recht der blinden Beschimpfungsfreiheit⁶⁷⁴ missinterpretiert werden.

Damit ist der BGH zweifelsfrei konform mit dem Willen des Gesetzgebers, der bei kritischen Stellungnahmen die Grenze der Rechtswidrigkeit erst bei vorsätzlichem Handeln und damit bei § 826 BGB bzw. § 185 StGB als überschritten angesehen hat. Davon ist die Reduzierung des Unternehmensschutzes auf „böswillige und gehässige Schmähkritik“⁶⁷⁵ nicht weit entfernt.⁶⁷⁶

Auch das Bundesverfassungsgericht hat mit der Lüth-Rspr. die identischen, dogmatischen Eckpfeiler als maßgebliche Kriterien zur Abwägung zwischen Unternehmensruf und Äußerungsfreiheit festgelegt.⁶⁷⁷ Somit schafft der Staat für diesen Teilbereich des Zivilrechts ein Stück Rechtsklarheit, obwohl das generelle Fehlen einer expliziten Anspruchsgrundlage und der Verweis auf die Notwendigkeit einer Einzelfallabwägung prinzipiell geeignet sind, Rechtsunsicherheiten auszulösen. Die Zivilgerichtsbarkeit macht sich damit von einer undurchschaubaren Einzelfalljurisprudenz frei und schafft klare, mit Rechtsnormen vergleichbare Anspruchsvoraussetzungen für die Haftung des Äußernden.

Diese Wertungsvorgabe im Spannungsfeld zwischen den Kommunikationsgrundrechten als elementaren Freiheitsrechten und dem Interesse des Unternehmens an einer positiven Öffentlichkeitsdarstellung wirkt bis zum heutigen Tage fort. Der Grundsatz der Schmähkritik als absolute Grenze⁶⁷⁸, das Abstellen auf eine die Öffentlichkeit wesentlich interessierenden Belang⁶⁷⁹ oder die Ablehnung des „mildesten bzw. schonendsten Mittels als maßgeblichen Kriterium“⁶⁸⁰ sind bis heute fester Bestandteil einschlägiger Urteilsbegründungen. Freilich

⁶⁷² Repräsentativ Fuchs/Pauker, Deliktsrecht, S. 68 ff. sowie BGH NJW 2006, 830, 840 - Kirch/Deutsche Bank AG.

⁶⁷³ BGHZ 45, 296, 307 f. - Höllenfeuer.

⁶⁷⁴ Vgl. LG Bonn NJW-RR 2006, 486, 487.

⁶⁷⁵ Vgl. nur BVerfG DVBl 2004, 106 ff.

⁶⁷⁶ Daher kritisieren Larenz/Canaris S BT II/2, § 81 III 2 c) den fehlenden, unmittelbaren Rückgriff auf § 826 BGB; auch Kübler deutet das Kriterium der gehässigen Schmähkritik in seiner Anmerkung zum BGH-Urteil abgedruckt in JZ 1967, 177, 178 letztlich als Rückkehr zu den engen Voraussetzungen des § 826 BGB.

⁶⁷⁷ Siehe dazu bereits oben S. 51 ff.

⁶⁷⁸ Etwa OLG München 1994, 1964, 1965 - Pygmäen-Lokal; OLG Brandenburg NJW 1996, 666, 667.

⁶⁷⁹ Beispielhaft OLG Nürnberg VersR 2003, 381, 382; BGH AfP 1990, 135, 136; BGH NJW 1984, 1956, 1957.

⁶⁸⁰ BGH NJW 1987, 2746, 2747; OLG Köln AfP 1996, 398, 400 - Blut und Sperma; BGH GRUR 1977, 801, 803 - Halsabschneider; BGH DB 1980, 2508, 2509; BGH 1981, 2117, 2119.

haben die zuständigen, zivilen Obergerichte diese dogmatische Grundwertung für den Bereich der herabsetzenden, selektiven Einzelkritik in den letzten mehr als 40 Jahren auch weiterentwickelt.

In Anlehnung an das Höllenfeuerurteil, bei dem das überragende Interesse der Öffentlichkeit aus der gesellschaftlichen Relevanz kirchlich-politischen Verhaltens⁶⁸¹ geschlossen wurde, sind die Gerichte bei jüngeren Entscheidungen bemüht, die Gültigkeit der zuvor genannten Abwägungsgrundsätze mit dem Vorliegen einer gesellschaftspolitischen Auseinandersetzung zu begründen:

So wird das Allgemeininteresse an der wirtschaftsorientierten Berichterstattung außerhalb von Wettbewerbsverhältnissen etwa nachgewiesen mit dem Verweis auf die Gesundheitsgefahren durch ein Produkt⁶⁸², die Umweltgefahr durch betriebliche Handlungen⁶⁸³ oder aber dem fundamentalen Interesse an dem Recht auf Leben Ungeborener⁶⁸⁴. Daneben gehen die Gerichte als auch die Literatur verstärkt dazu über Medien und ihren wertenden Stellungnahmen mit Wirtschaftsbezug pauschal ein bestehendes Interesse der Allgemeinheit zu attestieren⁶⁸⁵ oder auf ein generelles Verbraucherinteresse an unternehmensbezogener Kritik⁶⁸⁶ abzustellen. So unterfallen nach Ansicht des BGH etwa die Gründe warum der Vorstandsvorsitzende eines deutschen Großunternehmens zurückgetreten ist, dem öffentlichen Interesse am Wirtschaftsleben.⁶⁸⁷ Demzufolge geht die Tendenz dahin bei selektiver Wirtschaftskritik durch Nichtmitbewerber im Hinblick auf die Aufgabe der Medien in der Gesellschaft und der Bedeutung von Markttransparenz immer von einer Vermutung für die freie Rede auszugehen.⁶⁸⁸

Dem ist im Ergebnis zuzustimmen, denn unter normalen Lebensverhältnissen wird das Bürgerinteresse beispielsweise an parteipolitischen Auseinandersetzungen nicht größer sein als an neusten Produktvergleichstests oder Kritik an ständig steigenden Energiepreisen⁶⁸⁹. Dies hängt damit zusammen, dass der Verbraucher als Vertragspartner von Wirtschaftsunternehmen auf gewerbliche Leistungen elementar angewiesen ist und diese auf die individuelle Lebensqualität der Verbraucher enormen Einfluss ausüben. Konsumententscheidungen tangieren das Alltagsleben der Bürger viel intensiver als abstrakte Fragen mit politisch-gesellschaftlicher Tragweite. Damit schränkt der BGH den Schutz des Unternehmens nach § 823 I BGB weiter ein, da angesichts der allgemeinen Vermutung für die freie Rede ein gewerblicher Rechtsschutz vor herabsetzender Einzelkritik jenseits der Schmähkritik nicht mehr existent ist. Dem folgend gehen einige Zivilgerichte ohne exakte Feststellung

⁶⁸¹ BGHZ 45, 296, 308 ff. - Höllenfeuer.

⁶⁸² OLG Frankfurt AfP 1989, 553, 555 f. (Krebsgefahr durch Dioxin); BGH AfP 1990, 135, 136 (Gesundheitsgefährdung durch ein Reinigungsmittel); BGH NJW 1984, 1956, 1957 (Gesundheitsgefahr durchs Rauchen); BGH NJW-RR 2002, 1695, 1696 (Gesundheitsgefahr durch falsche Nahrungsergänzungsmittel).

⁶⁸³ OLG Nürnberg VersR 2003, 381, 383 (Nutzung und Züchtung von Tieren in Großmastereien); OLG Frankfurt AfP 1990, 228 (Umweltverschmutzung durch erhöhte FCKW-Produktion); BGH NJW 1987, 2746, 2747 (Gesundheitsgefahr durch formaldehydhaltiges Desinfektionsmittel).

⁶⁸⁴ BGH NJW 2000, 3421, 3423 - Babycast I.

⁶⁸⁵ So BGH AfP 1984, 217, 218; Deutsch, FS Klingmüller, 49, 57.

⁶⁸⁶ So etwa BGH NJW 1966, 2010, 2011 - Teppichkehrmaschine; BGH NJW 2002, 1192, 1193 für das Interesse von Autoren am Publikationsverhalten eines bestimmten Verlags; BGH NJW 1976, 620, 622 - Warentest II.

⁶⁸⁷ BGH WRP 2009, 1540, 1542.

⁶⁸⁸ RGRK BGB-Steffen § 823 Rn. 53; Tilmann NJW 1975, 758, 761; Brinkmann NJW 1987, 2721, 2723.

⁶⁸⁹ AG Bad Iburg; Urteil vom 1.08.2007, Az 4 C 538/07; juris-Rn. 47 f.

eines öffentlichen Interesses dazu über ausschließlich das Vorliegen der Kriterien der Schmähkritik zu prüfen.⁶⁹⁰

Freilich ist diese Begrenzung des Ehrschutzes im Deliktsrecht des Öfteren auf Kritik in der Literatur gestoßen.⁶⁹¹ Zumeist wird negativ angemerkt, dass diese einseitige Abwägung zugunsten des Kommunikators zur vollkommenen Abschaffung, ja Liquidation des Ehrschutzes⁶⁹² geführt habe und eine Verrohung bzw. ein kultureller Zerfall der kommunikativen Auseinandersetzung drohe.⁶⁹³ Der Ehrschutz und dessen immense Bedeutung werde durch das Bundesverfassungsgericht als auch die Zivilgerichte unterbewertet⁶⁹⁴, als traurige Folge sei von einem Ehrschutzprozess aufgrund von Aussichtslosigkeit abzuraten⁶⁹⁵ und eine Hinnahme der Kränkung⁶⁹⁶ zu empfehlen.⁶⁹⁷

Diesen Verfechtern des extensiven Ehrschutzes können gewichtige Argumente entgegengehalten werden, die fast vollumfänglich bereits im Höllenfeuer-Urteil des BGH angedeutet wurden. Wird gerade die Meinungs- und Medienfreiheit als Bestandteil des Demokratieprinzips derart auf das Privatrecht übertragen, dass den Staat gewichtige Schutzpflichten der grundrechtlichen Freiheitssphäre treffen,⁶⁹⁸ so bedeutet das im Umkehrschluss den Rückzug jeglicher, staatlicher Einflussnahme. Gewährung der bürgerlichen Äußerungsrechte heißt in der liberalen Grundvorstellung des Grundgesetzes nichts anderes als den Markt der Meinungen bis auf extreme Einzelfälle dem mündigen Bürger und dessen gesunder Beurteilungsgabe zu überlassen.⁶⁹⁹ Der Staat garantiert, dass nur die wertenden Stellungnahmen den ungehinderten Marktzugang finden, die aufgrund eines irgendwie gearteten Sachbezuges zumindest theoretisch das Potential zur Überzeugung Dritter haben und sich inhaltlich nicht auf reine beleidigende Herabwürdigung reduzieren lassen.⁷⁰⁰ Das „Wagnis der Freiheit“⁷⁰¹ liegt in der damit verbundenen Eigenverantwortung der gesellschaftlichen Kräfte für die freie geistige Auseinandersetzung am grundrechtlich gesicherten Markt der Meinungen. Wer dieser Grunddogmatik unter Beachtung der konstituierenden Bedeutung der Kommunikationsfreiheiten aus Art. 5 I GG⁷⁰² widerspricht und ein durch Unterlas-

⁶⁹⁰ So exemplarisch LG Bonn NJW-RR 2006, 486, 487; LG Köln NJW-RR 1998, 318.

⁶⁹¹ Die Kritik bezieht sich zumeist auf den parallelen Rechtsstreit zwischen allgemeinem Persönlichkeitsrecht und dem Einfluss der Äußerungsfreiheiten; so etwa Mackeprang, Ehrenschaft im Verfassungsstaat, S. 109 ff.; Hillgruber/Schemmer JZ 1992, 946, 949 ff.; Schmitt Glaeser JZ 1983, 95 ff.; Kiesel NVwZ 1992, 1129 ff.; Sendler ZRP 1994, 343, 349ff und Stern, Staatsrecht IV/ 1 § 108 IV 5 c (S. 1469 f.) m.w.N.

⁶⁹² Kiesel NVwZ 1994, 1129, 1137; Schmitt Glaeser JZ 1983, 95; Kriele NJW 1994, 1897, 1904.

⁶⁹³ Isensee AfP 1993, 619, 628; Forkel JZ 1994, 637, 642; Schmitt Glaeser JZ 1983, 95, 99; Stürmer JZ 1994, 865, 874.

⁶⁹⁴ Vgl. Hillgruber/Schemmer JZ 1992, 946, 950: „verfassungsrechtliche Schiefelage“; Ossenbühl JZ 1995, 633, 643: „Hier scheint die Balance zwischen Meinungsfreiheit und Ehrenschaft nicht mehr zu stimmen.“; Kiesel NVwZ 1992, 1129, 1133: „das Engagement des BVerfG gilt ausschliesslich und einseitig den Grundrechten des Art. 5 I (und III) GG.“

⁶⁹⁵ Kriele NJW 1994, 1897; Isensee AfP 1993, 619, 628: „[...] zivilrechtlichen Vorkehrungen des Ehrenschaftes erweisen sich häufig als stumpfe Waffe.“

⁶⁹⁶ Vgl. Sendler ZRP 1994, 343, 350: „So muss man’s machen; denn es ärgert die Beleidiger.“

⁶⁹⁷ Tendenziell auch Schaub JZ 2007, 548, 556: „Folglich sollte dem Unternehmensschutz im Äußerungsrecht künftig stärkere Beachtung geschenkt werden.“

⁶⁹⁸ So die herrschende Lehre der mittelbaren Drittwirkung; siehe dazu oben S. 44 ff.

⁶⁹⁹ So auch schon BGHZ 45, 296, 308 ff. - Höllenfeuer.

⁷⁰⁰ Zur genauen Definition und den Grenzen der Schmähkritik siehe unten S. 116 ff.

⁷⁰¹ Hervorragend formuliert von Arndt NJW 1964, 1310, 1313.

⁷⁰² Vgl. BVerfGE 20,162, 174; 62, 230, 247 u. 76, 196, 208 f.

sungs- und Schadensersatzklagen abgesichertes, höheres Schutzniveau für die (Geschäfts-)Ehre fordert, misstraut ganz offensichtlich der Fähigkeit der Gesellschaft souverän mit dem eingeräumten Kommunikations- und Meinungsbildungspotenzial umzugehen.

Der Staat legt zu Recht den Ehrschutz des Gewerbebetriebs jenseits der Grenze der Schmähkritik in den Schoß der gesellschaftlichen Kräfte bei der Suche nach der überzeugendsten, „richtigen“ Meinung. Das kann er auch bedenkenlos, denn auf der tatsächlichen Ebene des Kommunikationsaustausches ist der Schutz der Geschäftsehre gleich in zweifacher Hinsicht abgesichert:

Zunächst gilt es zu betonen, dass Werturteile im Vergleich zu Tatsachenbehauptungen nur über einen relativen Geltungsanspruch verfügen.⁷⁰³ Ihre Durchsetzungskraft hängt maßgeblich davon ab, ob der Rezipient geneigt ist, die abgegebene Stellungnahme als seine eigene Ansicht zu adaptieren und somit auch weiter zu verbreiten. Dabei unterzieht der Rezipient die abgegebene Meinungsäußerung einer subjektiven, intellektuellen Prüfung, bei der regelmäßig die Glaubhaftmachung plausibel dargelegter Fakten über die Annahme des Angebots auf Meinungsadaption entscheidet. Je haltloser, überspitzter und ehrkränkender die aufgestellten Werturteile sind, desto eher wird der durchschnittliche Rezipient eine solide Begründung für die geäußerten Herabwürdigungen verlangen.⁷⁰⁴ Haltlose Kritik ohne sinnvollen, nachvollziehbaren Tatsachenansatz wird eher dem Ruf des Äußernden als der Reputation des Beleidigten schaden, da unter diesen Umständen dessen Seriosität ernsthaft bezweifelt werden darf. So ist die Überschrift eines Presseartikels:

„Jeder Big Mac verwundet, der letzte tötet.“

als scharfe Kritik zulässig, da durch einen Verweis auf eine neue amerikanische Ernährungsstudie und die Reinlichkeit der Ladenlokale ein Sachbezug hergestellt ist.⁷⁰⁵ Dagegen wird der Bürger zumindest mehrheitlich die zum Ausdruck gebrachte Kritik nicht als überzeugend erachten, da die Studie dem besagten Produkt keine Gesundheitsgefahr, sondern lediglich einen niedrigen Nährwert attestiert. Es kann nur energisch auf folgende Grundregel als Konsequenz der hohen Drittwirkungsintensität von Art. 5 I GG aufmerksam gemacht werden: Was sachgerecht ist und was nicht, hat ausschließlich der Bürger zu entscheiden, da auch unsachliche, schonungslose Behauptungen regelmäßig vom Grundrechtsschutz umfasst sind.⁷⁰⁶

⁷⁰³ Siehe dazu schon oben S. 26 ff.

⁷⁰⁴ So schon BGHZ 45, 296, 308: „Mißt das Grundgesetz der rechtlichen Sicherung der Freiheit der Meinungsäußerung eine überragende Bedeutung bei, so liegt dem die Vorstellung zugrunde, dass der mündige und zum eigenen Urteil aufgerufene Bürger in der freiheitlichen Demokratie selbst fähig ist zu erkennen, was von einer Kritik zu halten ist, die auf eine Begründung verzichtet und in hämisch-ironischer oder schimpfend- poltender Art die Gegenmeinung angreift.“; so auch BGH NJW 1981, 2117, 2119: „Sofern die Kritik nicht bloß zur Schmähung des Gegners eingesetzt wird, sondern Bezug zur Sache hat, ist der Betroffene im allgemeinen hinreichend dadurch geschützt, daß die Meinung als persönliches Urteil des Kritikers der stichhaltigen Begründung bedarf, um überzeugen zu können und zudem in aller Regel an Wirkungskraft verliert, je stärker sie der Polemik zuneigt.“

⁷⁰⁵ Vgl. KG Berlin AfP 1984, 217, 218 f.

⁷⁰⁶ Vgl. von Köller, Meinungsfreiheit und unternehmensschädigende Äußerung, S. 144; Mallmann JZ 1966, 625, 631f: „Er [Kritiker] hat dadurch dem Hörer oder Leser ermöglicht, sich selbst ein Urteil zu bilden, ob die beschimpfende Kritik berechtigt war oder nicht. [...] Die Kritik des Antragsgegners war zwar alles andere als sachlich, aber sie war sachbezogen.“

Ergibt sich nicht schon aus der offensichtlich fehlerhaften Begründung für den Leser die mangelnde Glaubhaftigkeit der beleidigenden Vorwürfe, so bestehen für den Betroffenen im liberalen Rechtsstaat auch andere Möglichkeiten zur Abwehr einer Beschädigung des Geschäftsimages. In diesem Zusammenhang ist ein vielzitiertes Satz in der einschlägigen Rechtsprechung missverständlich und bedarf der Ergänzung. Vielerorts heißt es wörtlich oder sinngemäß: Der am öffentlichen Wirtschaftsleben Teilnehmende muss Kritik an seinem Verhalten bzw. seinen gewerblichen Leistungen hinnehmen.⁷⁰⁷

Die Aussage ist abstrakt betrachtet falsch, sofern nicht ein Wort zur Verdeutlichung hinzugefügt wird. Es müsste heißen: *Juristisch* hinnehmen. Denn die Rechtsordnung ermöglicht den Wirtschaftsunternehmen im Rahmen gerade auch der lauterkeitsrechtlichen Grenzen selbst am Markt der Meinungen zu partizipieren und kommunikativ Einfluss auf den Verbraucher auszuüben.⁷⁰⁸ Nicht ausreichend fundierte Werturteile durch Nichtkonkurrenten sind prinzipiell angreifbar und können mit der richtigen Marketingstrategie widerlegt werden. In einem demokratischen Verfassungsstaat ist die richtige Reaktion des Unternehmens auf Herabwürdigungen im Vertrauen auf die Mündigkeit der Rezipienten daher nicht der Gang zum Gericht, sondern der Gang an die Öffentlichkeit.⁷⁰⁹

Um beim Beispiel zu bleiben, besteht für die Fastfood- Kette McDonalds also die Möglichkeit die oberflächliche Argumentation des Presseartikels als solche zu enttarnen, um einen dauerhaften Absatzrückgang verhindern zu können. Denn der von ihr geltend gemachte Anspruch auf Unterlassung steht ihr aufgrund des Einflusses der Meinungs- und Pressefreiheit aus Art. 5 I GG gerade nicht zu. Damit verwirklicht sich der Schutz der Geschäftshere gerade durch die mit der Freiheit der Bürger einhergehende Eigenverantwortlichkeit im Vertrauen auf die selbstreinigende Wirkung eines durch den gesunden Menschenverstand dominierten Meinungsmarktes. Ob diese Grundsätze auch dann Geltung entfalten sollten, wenn es sich bei dem verbal Angegriffenen nicht um einen über vielseitige Marketingkanäle verfügenden, liquiden Gewerbebetrieb handelt, der sich *freiwillig* der Öffentlichkeit preisgibt, sondern um eine Privatperson, soll an dieser Stelle nicht weiter thematisiert werden.⁷¹⁰

Ferner erfüllt die ausgedehnte Gewichtung der Kommunikationsgrundrechte im Rahmen der Interessenabwägung auch einen weiteren, staatlich beabsichtigten Zweck: Die freie Kommunikation ohne Furcht vor zivilrechtlichen bzw. strafrechtlichen Sanktionen gewährleistet nämlich, dass der Verbraucher in der sozialen

⁷⁰⁷ Vgl. hierzu schon BGHZ 36, 77, 80 - Waffenhändler; BGHZ 45, 296, 310 - Höllenfeuer; BGHZ 138, 311, 320; OLG Frankfurt AfP 1989, 553, 556; LG Bonn NJW-RR 2006, 486; BGH NJW 1987, 2746 - Antiseptica; BGH NJW 1976, 620, 621 - Warentest II; BGH NJW 2002, 1192, 1193; aus der Literatur etwa Staudinger BGB-Hager § 823 Rn. D 28; Erman BGB-Schiemann § 823 Rn. 71.

⁷⁰⁸ Vgl. etwa KG Berlin MDR 1999, 1068, 1069: „Es darf zwar andererseits nicht die hohe Öffentlichkeitswirkung der streitgegenständlichen Wertung übersehen werden. Auch ist die Gefahr von Missverständnissen bei Patienten und Personal nicht ganz fernliegend. Die Verfügungsklägerin kann sich aber ohne weiteres ihrerseits öffentlich äußern, denn Informationen im vorliegenden Zusammenhang sind weiterhin aktuell und werden regelmäßig von den Medien aufgegriffen. Damit würde sich eine etwaig bestehende Gefahr von Missverständnissen bei Patienten und Ärzten erheblich verringern.“

⁷⁰⁹ Vgl. Tilmann NJW 1976, 624; Frisch EWiR 2005, 255, 256; Kübler AcP 172, 177, 200; tendenziell auch schon BGHZ 45, 296, 310 - Höllenfeuer.

⁷¹⁰ Vgl. etwa Wagner, Prominente und Normalbürger im Recht der Persönlichkeitsverletzungen, VersR 2000, 1305 ff.

Marktwirtschaft mit vielseitigen Informationen versorgt wird um diese als Grundlage der Kaufentscheidung verwenden zu können.⁷¹¹

Weist der Staat dem Bürger angesichts der Privatautonomie die Aufgabe zu, im Kollektiv neben der optimalen Deckung des Eigenbedarfs mittelbar für eine gerechte Einkommensverteilung und die Entwicklung verbesserter Technologien zu sorgen, so muss er auch den vorgeschalteten Informations- und Auslesevorgang umfassend schützen. Die hohe Drittwirkungsintensität der Meinungsfreiheit im Deliktsrecht trägt also dazu bei, dass der politisch gewollte, leistungsbezogene Wettbewerb auch real verwirklicht werden kann. Das Deliktsrecht schützt im Gegensatz zum Lauterkeitsrecht zwar nur individuelle Rechte bzw. Rechtspositionen⁷¹², bei der durchzuführenden Güterabwägung sind aber ebenfalls unterschiedliche Kollektivinteressen zu berücksichtigen, die Einfluss auf den Haftungsumfang des Kommunikators ausüben und somit auch im Deliktsrecht Beachtung finden.

Alles in allem kann daher angesichts der Bedeutungsdimension der Kommunikationsgrundrechte einem nur restriktiven gewerblichen Rechtsschutz vor wertender, selektiver Einzelkritik vorbehaltlos zugestimmt werden.

3) Von der Höllenfeuertdogmatik abweichende, systemfremde Entscheidungen der Zivilgerichtsbarkeit

a) LG Köln AfP 2003, 81 ff.-„Gefälligkeitsstudie“

(i) *Sachverhalt*

In einem Presseartikel der Zeitschrift E + Z äußerte sich der zuständige Redakteur kritisch über die von den Klägern zuvor veröffentlichte Marktanalyse zum Thema „Entwicklungspolitische Fachzeitschriften in Deutschland“. Dem Artikel lag die These zugrunde, dass es sich bei den Marktauswertungen der Kläger um eine „Gefälligkeitsstudie“ handle, die durch die darin durchweg mit Lob bedachte Zeitschrift epd-Entwicklungspolitik initiiert worden wäre, um sich selber im Auge der Rezipienten besser zu stellen. Die Beklagten gaben im Rahmen der Stellungnahme mehrere Argumente für die Aussage an, etwa Hinweise auf die persönliche Beziehung zwischen dem Institut der Kläger und den Verlegern der Zeitschrift epd-Entwicklungspolitik oder eine mysteriöse Berufung auf Expertenmeinungen ohne namentliche Nennung. Nach der rechtlichen Beurteilung durch das Landgericht Köln stand dem Kläger ein Unterlassungsanspruch gem. §§ 1004, 823 I BGB zu.

(ii) *Äußerungsrechtlich relevante Feststellungen des Landgerichts*

Das LG beurteilte den Presseartikel zutreffend als Meinungsäußerung und zog daher nicht § 824 BGB, sondern das allgemeine Unternehmenspersönlichkeitsrecht/ Recht am Unternehmen aus § 823 I BGB als Prüfungsmaßstab heran. Die aufgrund des Einflusses der Meinungsfreiheit als absolute Zulässigkeitsgrenze von Herabwürdigungen anzusehende Schmähekritik sei unzweifelhaft nicht erreicht. Aber auch darüber hinaus müsse das Recht der Meinungsfreiheit im Interesse der Geschäftsehre zurücktreten, wenn „die aufgestellte Meinungsäu-

⁷¹¹ Zur ökonomischen Funktion der Meinungsfreiheit in diesem Zusammenhang etwa Brinkmann NJW 1987, 2721, 2724; Assmann/Kübler ZHR 142, 413, 424 f.

⁷¹² Vgl. Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 28 Rn. 11.

berung in den Kernbereich der Funktion bzw. der Aufgabe des Betroffenen eindringt und für die vorgenommene Kritik nach den Angaben des Kritikers keine hinreichenden Anhaltspunkte bestehen“.⁷¹³ Dies sei der Fall, da die Seriosität des Klägers als wissenschaftliches Institut und somit die geschäftliche Grundlage betroffen sei. Die dargelegten Umstände würden darüber hinaus nicht ausreichen um die vorgenommene Schlussfolgerung einer ausschließlichen „Gefälligkeitsstudie“ zu stützen. Die aufgeführten Begründungsansätze seien inhaltlich nicht stichhaltig, sondern reine Vermutungen.⁷¹⁴

(iii) Stellungnahme

Dieses Urteil weitete den Schutz des Gewerbebetriebs vor wertenden, rufschädlichen Äußerungen über die Grenze der Schmähkritik bei Vorliegen von zwei weiteren Voraussetzungen aus. Erste Voraussetzung ist, dass durch die Kritik der Kern der gewerblichen Tätigkeit bedroht ist. Es müssen also erhebliche Imageschäden für das betroffene Unternehmen zu befürchten sein. Anerkannt ist, dass Reputationsschäden im Einzelfall bis zum Existenzverlust führen können.⁷¹⁵ Dass daher prinzipiell eine Ausweitung des Rechtsschutzes erwogen wird, ist ein durchaus vertretbarer Argumentationsansatz. Es darf schließlich nicht vergessen werden, dass die Meinungsfreiheit kein absolutes, einer Abwägung unzugängliches Recht ist, sondern nach der Maßgabe der Wechselwirkungstheorie zugunsten anderer gewichtiger Rechtsgüter eingeschränkt werden kann.⁷¹⁶

Wegen der bereits aufgeführten Argumente für den extensiven Kommunikationsschutz im Äußerungsrecht ergeben sich schon gegen die erste zusätzliche Rechtmäßigkeitsvoraussetzung gewichtige Bedenken. Denn letztlich sind viele Informationen über ein Unternehmen geeignet, den Kernbereich der Unternehmensfunktion zu tangieren. Die Unbestimmtheit des Begriffes würde dazu führen, dass die Anwendung dieses Kriteriums zu einer Aufgabe der Höllenfeudogmatik führen würde. Denn je deutlicher ein Gewerbebetrieb von der Absatzstärke einer ganz bestimmten Unternehmensleistung abhängig ist, umso eher würde man bei einer darauf bezogenen, negativen Stellungnahme von einem Eingriff in den gewerblichen Kernbereich reden müssen. Gleiches gilt für fundamentale Kritik an einer gesamten Produktpalette⁷¹⁷ oder der grundsätzlichen Seriosität des Unternehmens⁷¹⁸. Kritische Wertungen durch Nichtwettbewerber, die das Interesse der breiten Öffentlichkeit genießen, mit strengeren Rechtmäßigkeitsanforderungen zu belegen bedeutet, die Kommunikationsfreiheit in wichtigen Belangen des Wirtschaftslebens zu lähmen, da dadurch zwangsläufig die Hemmschwelle zur Äußerung von Kritik steigt.⁷¹⁹

⁷¹³ LG Köln AfP 2003, 81, 82 - Gefälligkeitsstudie unter Verweis auf OLG Köln NJW-RR 2001, 1486, 1488 - Gefälligkeitsjournalismus.

⁷¹⁴ LG Köln AfP 2003, 81, 83 - Gefälligkeitsstudie.

⁷¹⁵ Vgl. beispielhaft Sachverhalt zu BGH AfP 1987, 219 - Gastrokritik; Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 20 Rn. 4 allerdings für unwahre Tatsachenbehauptungen.

⁷¹⁶ Grundlegend BVerfGE 7, 198, 207 ff. - Lüth.

⁷¹⁷ So etwa wenn die Gesundheitsgefahren von Plastikspielzeug aus China am Beispiel eines Spielzeugunternehmens dargestellt werden, das nur Plastikware anbietet und ausschließlich in Fernost produziert.

⁷¹⁸ Beispielsweise Berichte über Verwicklungen in illegale Geschäfte oder Korruptionsvorwürfe gegen den Vorstand.

⁷¹⁹ Gerade diese Lähmung ablehnend BVerfGE 60, 234, 241 - Kredithaie; BVerfG NJW 1991, 95, 96; LG Saarbrücken NJW- RR 1993, 730, 731.

Im Hinblick auf den Schutzbereich des Art. 5 I GG ist die zweite zusätzliche Rechtmäßigkeits-voraussetzung, nach der inhaltlich hinreichende Anhaltspunkte für die abgegebene Wertung geliefert werden müssten, noch bedenklicher. Damit wird die „meinungsneutrale“ Zivilgerichtsbarkeit gezwungen die abgegebene Äußerung anstelle der mündigen Bürger als „vertretbar“, „nicht vertretbar“ oder sogar „richtig“ und „falsch“ einzustufen. Zu beachten ist, dass der Schutzbereich der Meinungsfreiheit in Anerkennung der Selbstverantwortlichkeit gesellschaftlicher Kommunikation auch die als wertlos⁷²⁰ empfundenen Stellungnahmen erfasst. Die inhaltliche Berechtigung einer Unternehmenskritik steht angesichts einer umfassenden Meinungsfreiheit der staatlichen Beurteilung nicht offen und stellt einen ungerechtfertigten Eingriff in die freie bürgerliche Willensbildung dar.⁷²¹

Vielmehr muss die Überprüfung der Glaubwürdigkeit der Aussage als Teil der von Art. 5 I mit geschützten Meinungsbildungsfreiheit der Gesellschaft überlassen bleiben. Denn gerade bei selektiver Einzelkritik - wie etwa dem Vorwurf der Gefälligkeitsstudie - nimmt der Äußernde keine bedingungslose Objektivität für sich in Anspruch, so dass der Rezipient auf eine intellektuelle Prüfung der getätigten Thesen verzichten würde.⁷²² Der Schutz der Geschäftsehre ist dementsprechend einer klarstellenden Öffentlichkeitsarbeit des betroffenen Unternehmens zu überlassen, die bei oberflächlicher Argumentation des Kritikers auch durchaus erfolgsversprechend ist. Den Klägern des hier dargestellten Verfahrens wäre es möglich gewesen auf die mangelnde Tatsachenbasis der Berichterstattung hinzuweisen, die fehlende Angabe der Expertennamen nachzureichen und auf die eigene Zuverlässigkeit in der Vergangenheit hinzudeuten. Eines staatlichen Eingriffs in die Meinungsfreiheit durch Gewährung eines Unterlassungsanspruchs bedarf es hier nicht.⁷²³

Eine Ausdehnung des Unternehmensschutzes über die Grundsätze der Höllenfeuerrechtsprechung hinaus, insbesondere bei Berührung von gewerblichen Kernbereichen, ist somit abzulehnen.⁷²⁴ Vielmehr stellen die beiden zusätzlichen Rechtmäßigkeitskriterien des LG Köln sich als nicht zu tolerierende Zusatzanforderungen⁷²⁵ im öffentlichkeitswirksamen Meinungskampf dar. Diese Ansicht vertreten offenbar auch die übrigen Zivilgerichte, die diese verfassungswidrigen Wertungsgrundsätze im Spannungsfeld zwischen Kommunikationsfreiheit und gewerblichem Rechtsschutz bislang nicht adaptiert haben.⁷²⁶

⁷²⁰ BK GG-Degenhart Art. 5 I u. II Rn. 101; Schmitt Glaeser AöR 113,52, 53 f.; BVerfGE 30, 336, 347 - Jugendgefährdende Schriften.

⁷²¹ Vgl. BVerfGE 42, 163, 171 - Herabsetzende Werturteile: „Es würde dem Grundgedanken und der Funktion der Meinungsfreiheit in der verfassungsmäßigen Ordnung des Grundgesetzes widersprechen, wenn öffentliche, auch scharfe Kritik in der Presse undifferenziert davon abhängig gemacht würde, daß sie jeweils durch Tatsachen belegt und für den Durchschnittsleser überprüfbar gemacht werden müßte. Denn das Grundrecht der Meinungsfreiheit will nicht nur der Ermittlung der Wahrheit dienen; es will auch gewährleisten, daß jeder frei sagen kann, was er denkt, auch wenn er keine nachprüfbaren Gründe für sein Urteil angibt oder angeben kann.“

⁷²² So aber insbesondere bei Waren- und Dienstleistungstests, siehe dazu unten S. 132 ff.

⁷²³ Vgl. dazu BGH NJW 2006, 830, 840 - Kirch/ Deutsche Bank AG: „[...] und bei Werturteilen, die nicht auf sachfremden Erwägungen beruhen und nicht herabsetzend formuliert sind, gewährt das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 I 1 GG) allerdings keinen Schutz, auch wenn die wirtschaftliche Position eines Unternehmens durch sie nachteilig beeinflusst wird.“

⁷²⁴ A.A. wohl Soehring/Seelmann-Eggebert NJW 2005, 571, 579; Ba/Ro BGB-Spindler § 823 Rn. 130.

⁷²⁵ Etwa BVerfGE 42, 170 - herabsetzende Werturteile; 54, 129, 137 - Kunstkritik; 66, 116, 150 - Wallraff.

⁷²⁶ So wendet etwa das LG Bonn (NJW-RR 2006, 486, 487 f.) nur die Kriterien der Höllenfeuerrechtsprechung an, obwohl auch hier von einem Eingriff in den Kernbereich der Unternehmensfunktion ausgegan-

b) BGH NJW 1999, 279 ff.- Unzulässige Äußerung einer Haftpflichtversicherung

(i) Sachverhalt

Eine Kfz -Haftpflichtversicherung behauptete gegenüber ihren Unfall geschädigten Kunden, dass es bezüglich der Abwicklung von Mietwagenkosten mit dem Kläger, einem Ersatzautovermieter, des Öfteren zu Problemen gekommen sei. Damit wurde bei den Versicherungsnehmern der Eindruck erweckt, dass die Anmietung der verhältnismäßig teuren Ersatzwagen des Klägers aufgrund einer Schadensminderungsverpflichtung nicht von der Versicherungsleistung gedeckt sei und die Geschädigten selbst das wirtschaftliche Risiko für die Anmietung eines Ersatzfahrzeugs zu tragen haben.⁷²⁷

(ii) Äußerungsrechtlich relevante Feststellungen des Bundesgerichtshofs

Der BGH ließ offen, ob es sich bei den Äußerungen um unwahre Tatsachenbehauptungen oder aber Wertungen handelt, da der geltend gemachte Unterlassungsanspruch aus § 824 BGB als auch § 823 I BGB i.V.m. § 1004 BGB hergeleitet werden könne. Sofern es sich bei der Kundgabe von Rechtsauffassungen um Werturteile handele, läge ein rechtswidriger, betriebsbezogener Eingriff in den Gewerbebetrieb des Mietwagenanbieters vor. Die Weitergabe einer nach Ansicht des BGH unzutreffenden Rechtsauffassung bezüglich der Schadensminderungspflicht führe bei den Vertragspartnern zu einer beabsichtigten Verwirrung zu Lasten des nicht preisgünstigsten, klagenden Mietwagenunternehmers. Die Beklagte versuche durch dieses Verhalten bloß die eigenen Kosten bei der Schadensregulierung so niedrig wie möglich zu halten. Unter diesen Umständen könne sich der Beklagte nicht auf sein Grundrecht aus Art 5 I GG berufen, so dass dies bei der vorzunehmenden Interessenabwägung nicht ins Gewicht falle.⁷²⁸

(iii) Stellungnahme

Sofern die Verhaltensweise der Versicherungsmitarbeiter als reputationsschädigende Äußerungen hinsichtlich des klagenden Gewerbebetriebes angesehen werden⁷²⁹, widerspricht die dargelegte Argumentation des Bundesgerichtshofes den Grundsätzen, die das Bundesverfassungsgericht für die Zulässigkeit von herabsetzenden Werturteilen außerhalb des Wettbewerbsverhältnisses aufgestellt hat. Auch mit der reinen Höllenfeudogmatik lässt sich diese spezifische Einschränkung der Meinungsfreiheit nicht vereinbaren. Denn Rechtsauffassungen sind als juristische Analyse oder Subsumptionsprozesse mit der herrschenden Meinung im Regelfall als Werturteil einzustufen, da sie nicht dem Beweise zugänglich sind, sondern nur als „vertretbar“ bzw. „nicht vertretbar“ eingestuft werden können.⁷³⁰ Ihre Verkündung ist damit nach deliktsrechtlicher Betrachtungsweise bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses grundsätzlich bis zur Grenze der Schmähkritik zulässig. Auch aus dem Gesichtspunkt des Rechtsstaatsprinzips müssen differenzierende Rechtsansichten unabhängig von der ständigen Rechtsprechung der Obergerichte frei verbreitet und verkündet werden dürfen. Diesen Grundsatz hat

gen werden könnte; ebenso OLG Köln AfP 2006, 374, 376 f.; BGH NJW 2006, 830, 840 f.-Kirch/Deutsche Bank AG.

⁷²⁷ BGH NJW 1999, 279 f. - Unzulässige Äußerung der Haftpflichtversicherung.

⁷²⁸ BGH NJW 1999, 279, 281.

⁷²⁹ Vgl. LG Bielefeld NJW 2007, 2188, 2190; Ba/Ro BGB-Spindler § 823 Rn. 130.

⁷³⁰ Siehe dazu Wenzel-Burkhardt Kap. 4 Rn. 61; Ohly/Sosnitzer UWG-Ohly § 4 Rn. 8/13; MK StGB Hefendehl § 263 Rn. 70; OLG Karlsruhe JZ 2004, 101.

der BGH seinem Urteil auch ganz explizit zugrunde gelegt⁷³¹ und ist dennoch von dem üblichen Argumentationsmuster abgewichen. Im Abwägungsprozess zwischen Geschäftsehre und Kommunikationsfreiheit verwendet das oberste Zivilgericht dabei zwei Beurteilungskriterien, die dem äußerungsrechtlichen Unternehmensschutz fremd sind und daher auch zu einem verwunderlichen Urteil zugunsten des Mietwagenunternehmens führten:

Zum einen bewertet das Gericht den Inhalt von wertenden Stellungnahmen und folgert aus deren (richterlich festgestellten) Unrichtigkeit auf die Unzulässigkeit der Äußerung. Dies ist eine Vorgehensweise, die im Hinblick auf die Bedeutung der Kommunikationsgrundrechte aus Art. 5 I GG grundsätzlich dem Rezipienten und seiner Beurteilungsfähigkeit vorbehalten bleibt ohne dass ein staatliches Eingreifen mittels zivilrechtlicher Haftungsinstrumentarien nötig wäre. Denn generell sind die Berechtigung von Kritik und die Richtigkeit des Werturteils keine zulässigen, gerichtlichen Abwägungspunkte.⁷³² Zum anderen beruft sich das Gericht bei der Begründung des Unterlassungsanspruchs aus §§ 823 I, 1004 BGB auf die Marktstellung des Versicherungsunternehmers und die besondere Wirkung, die deren Stellungnahmen auf den Durchschnittsrezipienten haben können. Das Kriterium der Sozialmächtigkeit des Äußernden wird aufgrund der kommunikativen Chancengleichheit am Markt der Meinungen im Abwägungsprozess bei selektiver Einzelkritik zumeist als irrelevant eingestuft.⁷³³

Damit nähert das Gericht die Abwägungskriterien der Fallgruppe „selektive Einzelkritik“ zugunsten des betroffenen Unternehmens an die äußerungsrechtlichen Grundsätze bei „Waren- und Dienstleistungstests“⁷³⁴ an. Wegen des Drucks des individuellen Schadensereignisses, der Autorität und dem (vermeintlichen) juristischen Wissensvorsprung des Versicherungskonzerns traut der BGH dem Rezipienten im Einzelfall offenbar keinen eigenen, vollständigen Reflexionsprozess zu. Eine Lockerung der Haftungsvoraussetzungen zugunsten des geschädigten Unternehmens wird im Einzelfall als notwendig erachtet. Die Verunsicherung des Versicherungsnehmers und die Angst, den Kfz-Schaden bei gegenläufigen Verhalten mit eigenen finanziellen Mitteln ausgleichen zu müssen, führten dazu, dass ein Verweis des betroffenen Gewerbebetriebs auf die eigene Teilnahme am Meinungsmarkt⁷³⁵ mangels Erfolgchance nicht mehr zumutbar sein soll.

Unter diesen spezifischen Bedingungen, bei denen der Rezipient aufgrund besonderer Zwangslagen⁷³⁶ zu keinem selbstverantwortlichen Meinungsbildungsprozess mehr fähig zu sein scheint, ist daher eine Abweichung

⁷³¹ BGH NJW 1999, 279, 281: „Der Bekl. kann allerdings grundsätzlich nicht untersagt werden, eine von ihr vertretende Rechtsansicht zu verbreiten, auch wenn diese, an den Maßstäben der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung gemessen, als unzutreffend zu erachten ist.“

⁷³² BVerfGE 68, 226, 232 - Schwarze Sheriffs; LG Köln NJW-RR 1998, 318, 319; Seyfarth NJW 1999, 1287, 1290.

⁷³³ OLG Köln AfP 2006, 374, 377.

⁷³⁴ Siehe dazu noch unten S. 132 ff.

⁷³⁵ So aber sonst bei selektiver Einzelkritik: Tilmann NJW 1976, 624; Frisch EWiR 2005, 255, 256.

⁷³⁶ Der BGH in NJW 1999, 279, 281 wörtlich: „Durch dieses Vorgehen der Bekl. sehen sich die Geschädigten, die ihrerseits in der Regel nicht rechtskundig sind und häufig geneigt sein werden, Unstimmigkeiten mit der Bekl. zu vermeiden, um sich eine zügige Schadensregulierung zu sichern, einem durch die wirkliche Rechtslage nicht gerechtfertigten Druck ausgesetzt, der sich auf ihr Verhalten als Mietwagenkunden der Kl.

von dem restriktiven, äußerungsrechtlichen Unternehmensschutz der Höllenfeudogmatik angebracht. Hier gilt es im Einzelfall den Schutz des Unternehmens vor Reputationsschäden durch erleichterte Haftungsvoraussetzungen auszudehnen.

4) Der Begriff und die Auslegung der Schmähkritik durch die Zivilgerichtsbarkeit

Aufgrund der elementaren Bedeutung eines freien und offenen Willensbildungsprozesses der Gesellschaft für die demokratische Grundordnung⁷³⁷ hat der BGH - bestätigt durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁷³⁸ - die Schmähkritik als entscheidende Grenze für unternehmensschädigende Werturteile durch Nichtmitbewerber festgelegt.⁷³⁹ Trotz dieser klaren und Rechtssicherheit schaffenden Dogmatik im Spannungsfeld zwischen Äußerungsfreiheiten und Schutz des Gewerbebetriebs bereitet die souveräne Handhabung des juristischen Fachbegriffes der Zivilgerichtsbarkeit nicht unerhebliche Schwierigkeiten.⁷⁴⁰ Das kann damit zusammenhängen, dass der Begriff zwar zunächst vom BGH geschaffen aber gleichzeitig nicht genau definiert worden ist.⁷⁴¹ Das Bundesverfassungsgericht hat dagegen eine durchaus handhabbare Definition vorgegeben: Schmähkritik liegt vor,

*„wenn bei der Äußerung nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der betroffenen Person im Vordergrund steht“.*⁷⁴²

Damit ist Schmähkritik rechtsmethodisch betrachtet nichts anderes als das wertende Ergebnis eines Relationsverhältnisses zwischen dem zuvor zu ermittelnden Diffamierungsgrad und dem Sachbezug einer kritisch, herabsetzenden Stellungnahme. Die Rechtswidrigkeit der Äußerung ist nach den Gesamtumständen anzunehmen, wenn das Diffamierungselement das Bemühen um sachliche Argumentation wesentlich überwiegt, also ein deutliches Missverhältnis festgestellt wurde. Denn gerade von der raren Angabe sachlicher Bezugspunkte kann oft auf ein reines Diffamierungsinteresse des Kommunikators geschlossen werden.⁷⁴³ Grundsätzlich gilt aber zu beachten, dass der Tatbestand der Schmähkritik angesichts der die Meinungsfreiheit verdrängenden Wirkung⁷⁴⁴ nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts eng zu fassen ist.

auswirkt und nach der Konzeption der Bekl. auch auswirken soll.“ Etwaige Ansprüche aus dem kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot gem. § 20 GWB werden an dieser Stelle nicht untersucht.

⁷³⁷ Vgl. dazu BVerfGE 20, 56, 97 - Parteienfinanzierung I.

⁷³⁸ Vgl. schon oben S. 50 ff.

⁷³⁹ So auch die Literatur Ricker/Weberling HdBPersR Kap. 42 Rn. 55a; Soergel BGB-Beater § 823 Anh IV Rn. 192; Wenzel-Burkhardt Kap. 5 Rn. 153; Ba/Ro BGB-Spindler § 823 Rn. 129; BK GG-Degenhart Art. 5 I u. II Rn. 607 ff.

⁷⁴⁰ So gibt es viele Beispiele, bei denen das Vorliegen der Voraussetzungen einer Schmähkritik in den verschiedenen Zivilrechtsinstanzen unterschiedlich beurteilt worden ist. Vgl. dazu etwa BGH AfP 1995, 404, 407 -Dubiose Geschäftsgebaren; BGH DB 1980, 2507, 2509; BGH NJW 2002, 1192; BGH NJW 1994, 124, 126- Greenpeace.

⁷⁴¹ Ohne Begründung nämlich BGHZ 45, 296, 310 - Höllenfeuer.

⁷⁴² BVerfG NJW 1991, 95, 96; BVerfG NJW-RR 2000, 1712; BVerfG DVBl. 2005, 106, 108.

⁷⁴³ Vgl. auch BGH NJW 1974, 1762, 1764.

⁷⁴⁴ Vgl. hierzu BVerfG NJW 2003, 3760; Grimm NJW 1995, 1697, 1703.

a) Bestimmung des Diffamierungsgrades einer Aussage

Der Bestimmung des individuellen Herabsetzungsgrades einer Aussage geht zunächst eine Analyse der Kritik zwecks Offenlegung des konkreten Sinngehalts voraus. Dazu ist laut BGH entscheidend auf das wahrscheinlichste Verständnis des unvoreingenommenen Durchschnittsrezipienten abzustellen.⁷⁴⁵ Einzubeziehen sind dabei ausgehend vom Wortlaut der gesamte sprachliche Kontext und die übrigen Begleitumstände.⁷⁴⁶ So darf nicht vergessen werden, dass gerade strafrechtliche Termini wie etwa „Betrug“ oder der Vorwurf „unlauterer Machenschaften“ in der Umgangssprache ein von der Rechtssprache abweichender Bedeutungsgehalt zugewiesen sein kann.⁷⁴⁷ Sind danach mehrere Deutungen möglich, so ist im Interesse der Meinungsfreiheit die „äußerungsfreundlichste“ Auslegungsart zugrunde zu legen.⁷⁴⁸

Anhand des herausgearbeiteten Sinngehalts ist durch das Gericht in einem weiteren Schritt der mit der Aussage verbundene Diffamierungsgrad des Betroffenen zu bestimmen. Hier zeigt sich die eigentliche Schwäche des Begriffs der Schmähhkritik. Denn die Bewertung der Intensität einer Herabwürdigung entzieht sich mangels objektiver Instrumentarien der Definition einer verallgemeinerbaren, juristischen Handhabung. Sie ist vielmehr eine höchstindividuelle Einschätzung anhand subjektiver Kriterien und hängt maßgeblich von dem eigenen sozialen Umfeld, Erfahrungen und individuellen Moralauffassungen des Beurteilenden ab.⁷⁴⁹ Bedauerlicherweise fehlt es aber an einem gemeinsamen gesellschaftlichen Wertkonsens bezüglich der Grenzen von Beleidigung und Ehre, der als Maßstab herangezogen werden könnte.

Bittet man demnach beispielsweise 1000 Personen den Grad einer Beleidigung wie „Schuft“⁷⁵⁰, „Halsabschneider“⁷⁵¹, „Geldmafiosi“⁷⁵², „schwer beschissen“⁷⁵³ oder in den Teller „hinein geschissen“⁷⁵⁴ in ihrem jeweiligen Gesamtzusammenhang auf einer Skala von 1- 10 zu bewerten, so wird man zu divergierenden Ergebnissen gelangen. Dies hängt auch damit zusammen, dass der jeweilige Rezipient bei der Einstufung der Äußerung maßgeblich durch seine Sympathien bzw. Antipathien gegenüber dem Äußerungsinhalt und dem jeweiligen Urheber beeinflusst wird. Das Gericht wird also zur Preisgabe seiner eigenen subjektiven Stellungnahme genötigt, was zwingend zu Instanz übergreifenden Wertungsdiskrepanzen und Rechtsunsicherheit führen muss. Daher ist es angebracht, dem Abwägungskriterium des Sachbezuges bei der Überprüfung einer Aussage auf Schmähhkritik besonders starke Bedeutung beizumessen.

⁷⁴⁵ Vgl. BVerfGE 93, 195, BGH NJW 2000, 3421, 3422 - Holocaust/Babycaust; OLG Karlsruhe NJW- RR 2002, 1695, 1696 - Pfuscher/Scharlatan; OLG München 1994, 1964, 1965 - Pygmäenlokal.

⁷⁴⁶ Vgl. BGH NJW 2004, 598, 599 - Klinik Monopoly; BGH GRUR 1977, 801, 803 - Halsabschneider; KG NJW-RR 1999, 1547, 1548: „Danach darf eine Äußerung nicht aus ihrem Gesamtzusammenhang gelöst und einer isolierten Betrachtung zugeführt werden.“

⁷⁴⁷ Vgl. BGH NJW 2002, 1192 - Käse-Vergleich; AG Bad Iburg Urteil vom 1.08.2007, Az 4 C 538/07; juris-Rn. 43 ff.

⁷⁴⁸ Vgl. BVerfGE 43, 130, 137 - Flugblatt; 82, 272, 280 f. - postmortale Schmähhkritik; 85, 1, 14 - Bayer Aktionäre.

⁷⁴⁹ Vgl. dazu aus Sicht des Strafrechts Ignor, Der Straftatbestand der Beleidigung, S. 29 f.; Findeisen/Hoepner/Zünkler ZRP 1991, 245, 246; Husmann MDR 1988, 727.

⁷⁵⁰ OLG Hamburg AfP 1990, 135 ff.

⁷⁵¹ BGH GRUR 1977, 801 ff. - Halsabschneider.

⁷⁵² BGH GRUR 1983, 379 ff. - Geldmafiosi.

⁷⁵³ LG Bonn NJW-RR 2006, 486 ff.

⁷⁵⁴ OLG Frankfurt NJW 1990, 2002 ff. - Gastrokritik.

Diese vorzugswürdige Fokussierung auf den objektiv bestimmbaren Sachbezug wird dann in der Literatur unterbewertet, wenn ohne Angabe des Kontextes Listen mit Wörtern erstellt werden, bei denen Schmähkritik angenommen worden ist⁷⁵⁵. Gleiches gilt, wenn ein Gericht bei der Prüfung zu sehr auf die stark herabsetzende Wirkung der Äußerung abstellt.⁷⁵⁶ Es ist deutlich darauf hinzuweisen, dass die herabsetzende Wirkung alleine nicht die Annahme einer Schmähkritik zu rechtfertigen imstande ist.⁷⁵⁷

b) Nachprüfung eines Sachbezugs

Im Gegensatz zur Bestimmung des Diffamierungsgrades lässt sich ein Sachbezug - als der tatsachenbezogene Begründungsansatz einer kritischen These - mittels objektiver Kriterien leicht aus dem Gesamtzusammenhang der Aussage ableiten. In Anbetracht der verfassungsrechtlichen Vorgabe den Begriff der Schmähkritik eng auszulegen, beschränkt die Zivilgerichtsbarkeit ihre Überprüfung auf die Frage, ob überhaupt ein begründungsfähiger Sachbezug vorhanden ist. Inwiefern der gelieferte Erklärungsansatz im Detail nachvollziehbar, richtig oder sachgerecht ist, bleibt den in ihrer Meinungsbildung und -adaption freien Bürgern überlassen.⁷⁵⁸

Somit wird sichergestellt, dass die Aussage nicht primär auf die Kränkung des Betroffenen abzielt⁷⁵⁹ und gleichzeitig das theoretische Potential besitzt, am Meinungsmarkt erfolgreich teilnehmen zu können. Diese Minimierung des gerichtlichen Prüfungsumfanges hat zur Konsequenz, dass fast jedes schroffe, überspitzte und verletzende Werturteil bei Angabe eines Sachbezuges rechtmäßig am wirtschaftsorientierten Kommunikationsprozess partizipieren kann. Bei bestehendem Sachbezug der beleidigenden Kritik wurden dabei schwere⁷⁶⁰, mittelschwere⁷⁶¹ als auch leichte⁷⁶² Diffamierungen von Wirtschaftsunternehmen für zulässig erklärt. Dabei wird berücksichtigt, dass bei der heutigen Informationsüberflutung eine schonungslose, reißerische und satirische Formulierungswahl allein schon notwendig ist, um sich überhaupt das Gehör einer breiten Öffentlichkeit zu verschaffen⁷⁶³ oder aber dem freien Ausdruck der individuellen Persönlichkeit geschuldet ist.

⁷⁵⁵ Vgl. Ohly/Sosnitza UWG-Ohly § 4 Rn. 7/17; Löffler PresseR-Steffen § 6 LPG Rn. 191f.; Wenzel-Burkhardt 5. Kap. Rn. 103 ff.; NK Medienrecht-Vendt, Abschnitt 38 Rn. 6.

⁷⁵⁶ Siehe hierzu BGH GRUR 1977, 801, 803 - Halsabschneider.

⁷⁵⁷ BVerfG NJW 1991, 1475, 1477; BVerfG NJW 1991, 95, 96; OLG Karlsruhe NJW-RR 2002, 1695, 1696; LG Bonn NJW-RR 2006, 486, 487; LG Köln NJW-RR 1998, 318, 319; Kastner NJW 1995, 822, 828; zu kurz daher auch die einseitig auf den Diffamierungsgrad abstellende Darstellung bei Damm/Rehbock, Widderruf, Unterlassen und Schadensersatz in den Medien, Rn. 451.

⁷⁵⁸ Vgl. Urteil des AG Bad Iburg vom 1.08.2007, Az 4 C 538/07, juris-Rn. 49.

⁷⁵⁹ Dann besteht an der Äußerung nämlich im Hinblick auf den fehlenden Beitrag zur Markttransparenz kein öffentliches Interesse (BVerfG DVBl. 2005, 106, 108).

⁷⁶⁰ BGH AfP 1984, 217, 218 f. („Dreck Donalds“, „Jeder Big Mac verwundet, der letzte tötet“); BGH AfP 1995, 404, 407 f. (Vorwurf des „Dummenfangs“); OLG Köln AfP 1996, 398, 400 f. („Daily Soap aus Blut und Sperma“); BGH NJW 2000, 3421, 3422 („Damals: Holocaust- heute: Babycast“).

⁷⁶¹ BGH DB 1980, 2507, 2509 („Geschäftemacherei geht solchen Leuten vor volkswirtschaftliche Vernunft“); OLG Frankfurt AfP 1990, 228f („Alle reden vom Klima, wir zerstören es!“); OLG Karlsruhe NJW-RR 2002, 1695, 1696 („Pfuscher“ und „Scharlatan“); LG Köln NJW-RR 2006, 486, 487 („Er hat die Aktionäre auf deutsch schwer beschissen.“).

⁷⁶² OLG Frankfurt AfP 1989, 675, 676 f. („dünnleibiges Blatt“); OLG Köln AfP 1993, 657, 659 („künstlerfeindlich“); BGH NJW 1981, 2117, 2120 (Vorwurf der „brutalen Grundstimmung“ in einem Zeitungsverlag).

Andererseits kann bei mangelndem Sachbezug auch schon ein relativ geringfügiger Abwertungsgrad zur Unzulässigkeit des Werturteils führen: So ist etwa die Aussage, dass ein Restaurantbesuch zwangsläufig enttäuschend sein muss, dann eine mit dem Recht am Unternehmen unvereinbare Schmähkritik, wenn der sich äussernde Restauranttester das Speiselokal gar nicht besucht hat.⁷⁶⁴ Ebenso ist von Schmähkritik auszugehen, wenn ein Unternehmer als „Schuft“ bezeichnet wird und der im Artikel angedeutete, angebliche Scheckbetrug des Betroffenen ohne jeglichen Begründungsansatz bleibt.⁷⁶⁵

c) Beispiele für Fehlinterpretationen der Schmähkritik in der Zivilrechtsprechung

(i) *OLG Frankfurt ZUM 1992, 647 ff.*

Mit den vorherigen Ausführungen nicht vereinbar ist eine Entscheidung des OLG Frankfurt vom 13.02.1992. Zwar wurde hier die Wettbewerbsabsicht bejaht und damit der Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts angenommen, doch wurde auch im Wettbewerbsrecht unter den Begriff der Schmähkritik subsumiert.⁷⁶⁶ Der beklagte Verleger hatte dem Kläger, einem Diamantenhändler, der in journalistischer Tätigkeit ebenfalls Preisberichte über den Diamantenmarkt veröffentlichte, „eiskalte Verkaufsstrategie“ vorgeworfen und angegeben, dass die in den Presseberichten ermittelten Durchschnittspreise am Markt der Edelsteine teilweise deutlich höher angesetzt worden seien als der reale Marktpreis. Der Beklagte schloss daraus, dass die doppelte Betätigung des Klägers in der Edelsteinbranche nur den Zweck verfolge, die eigenen Preise für Diamanten unzutreffend als besonders günstig deklarieren zu können. Dabei wurden zur Begründung des „haarsträubenden“ Ergebnisses Preislisten und die Presseberichte des Klägers gegenübergestellt.

Zur Begründung der Annahme von Schmähkritik führt das Oberlandesgericht aus, dass nicht alle zur Begründung für die eiskalte Verkaufsstrategie angegebenen Preisangaben inhaltlich zutreffend seien und die verwendeten Begrifflichkeiten einen Bezug zur sachlichen Auseinandersetzung missen ließen.⁷⁶⁷ Richtigerweise fällt die Aufstellung unwahrer Tatsachenbehauptungen nicht in den Schutzbereich des allgemeinen Unternehmenspersönlichkeitsrechts/Recht am Unternehmen oder aber §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG, sondern ist abhängig vom Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses ausschließlich nach § 824 BGB bzw. § 4 Nr. 8 UWG n.F. zu beurteilen.⁷⁶⁸ Bleibt ungeachtet dieser verfälschenden Tatsachenangaben ein nach spezielleren Vorschriften nicht zu beanstandender Begründungsansatz für die herabwürdigenden Aussagen erhalten (wie hier⁷⁶⁹), so reicht dieser regelmäßig aus, um Schmähkritik auszuschließen. Denn die Information über die negative Abweichung der eigenen Preise von den selbst ermittelten „Durchschnittspreisen“ steht im unmittelbaren Sachzusammenhang zu der Kritik an der Doppelstellung des Klägers und muss deswegen der freien, geistigen Auseinandersetzung

⁷⁶³ Zuspitzung der Formulierung zur Erlangung von Aufmerksamkeit bei OLG Karlsruhe NJW-RR 2002, 1695, 1696; BGH AfP 1995, 404, 407 - Dubiose Geschäftsgebaren; BGH NJW 1984, 1956, 1957 - Mordoro („[...] erlaubt sein muss, seinen Standpunkt wirkungsvoll zu vertreten.“).

⁷⁶⁴ OLG Koblenz AfP 1984, 219 f.

⁷⁶⁵ OLG Hamburg AfP 1990, 135, 136 f.

⁷⁶⁶ Zu den Kriterien bei herabsetzenden Werturteilen im Wettbewerbsverhältnis siehe detailliert unten S. 156 ff.

⁷⁶⁷ OLG Frankfurt ZUM 1992, 647, 648.

⁷⁶⁸ Vgl. dazu unten S. 144 ff. und S. 194 ff.

am Wirtschaftsmarkt freigegeben werden. Das Erfordernis einer vollständigen Tatsachenunterlegung widerspricht der Vorgabe einer engen Auslegung der Schmähkritik sowie dem Grundsatz, dass die abschließende Beurteilung von mit Begründungsansätzen versehener, selektiver Einzelkritik dem mündigen Rezipienten zu überlassen ist.

(ii) *OLG Hamburg als Vorinstanz zu BGH WRP 2009, 631 ff. - „Fraport-Manila-Skandal“*

Auch in der jüngeren Rechtsprechung gibt es Tendenzen den Begriff der Schmähkritik zu weit auszulegen und anhand von unzureichenden „Anknüpfungstatsachen“ eine Richtigkeitskontrolle an der von Art. 5 I GG erfassten Stellungnahme durchzuführen.⁷⁷⁰

So gab im genannten Fall die beklagte Wirtschafts- und Steuerberatungsgesellschaft auf ihrer Internetseite eine Stellungnahme zu einem wegen des bestehenden Korruptionsverdachts umstrittenen Projekt der Fraport AG in Manila ab. In der Online-Stellungnahme und in einer Email an ein Vorstandsmitglied der Klägerin heißt es:

„Es wäre aber im öffentlichen Interesse zu wünschen, dass dieser Sumpf an Lügen, Täuschung, Vertuschung, Vetternwirtschaft, Politikumpanei und Korruption endlich aufgemischt wird.“ „Nach den massiven Korruptionsvorwürfen im Manila-Projekt der Fraport AG ist die Beteiligung ihres Fraport-Vertreters G. als „Oberlehrer“ in Sachen Korruptionsprävention der Witz des Jahres!“

Das Berufungsgericht (OLG Hamburg) hielt die Äußerungen „Vetternwirtschaft“, „Politikumpanei“ und „Fraport-Übeltäter“ für unzulässige Schmähkritik und bestätigte damit das Landgericht Hamburg, welches erstinstanzlich einer Unterlassungsklage aus §§ 823 I, 1004 I S. 2 BGB analog statt gegeben hatte.

Zu Recht verwies der BGH auf die argumentative Auseinandersetzung mit den Korruptionsvorwürfen und lehnte eine Schmähkritik ab: Die Beklagte arbeitete nämlich die eigene Erfahrung mit Korruptionsfällen in Deutschland heraus und führte die Besetzung des Vorstands der Klägerin, der sich aus namhaften Politikern und Gewerkschaftern zusammensetzte, als Begründung an. Ohne ein Wort über die Richtigkeit der Analyse aufgrund der dargelegten Anknüpfungstatsachen zu verlieren, stellt der BGH einen Sachbezug der Gesamtaussage fest, so dass die Wirkung der Kritik als bloßes „an den Pranger stellen“ des Äußerungsgegners entfällt. Wörtlich heißt es in der Begründung des BGH-Urteils:

*„Bei beiden Komplexen steht mithin die Auseinandersetzung mit einer Sachfrage und nicht die Diffamierung der Klägerin im Vordergrund, so dass eine unzulässige Schmähkritik nicht vorliegt.“*⁷⁷¹

(iii) *BGH GRUR 1977, 801 ff. - Halsabschneider*

Eine den Sachbezug nicht ausreichend berücksichtigende Auslegung des Begriffs der Schmähkritik enthält auch ein Urteil des BGH vom 01.02.1977.

⁷⁶⁹ Vgl. OLG Frankfurt ZUM 1992, 647, 648: „Unstreitig liegen die Angaben des Klägers in seinen Preislisten zum Teil unter den in seinem Preisbericht mitgeteilten Zahlen, zum Teil aber auch darüber.“

⁷⁷⁰ Vgl. etwa ebenfalls OLG Hamburg AfP 2009, 588 ff.

⁷⁷¹ BGH WRP 2009, 631, 633 f. - Fraport-Manila-Skandal.

Die Redakteure der beklagten Gewerkschafterzeitung bezeichneten den auf Unterlassung klagenden Inhaber eines Kristallglaswerkes in einem Presseartikel als „Halsabschneider“, da dieser seine Arbeitnehmer außergewöhnlich schlecht behandelt und bezahlt habe. Aufgelistet wurden im Kontext zu dieser herabwürdigenden Äußerung mehrere Vorkommnisse aus dem Arbeitsalltag, die die Einschätzung des Arbeitgebers als unsozialen Ausbeuter untermauern sollten. Dazu gehörte etwa der deutliche Widerstand der Mitarbeiter eines Konkurrenzunternehmens gegen die Betriebsübernahme durch den Kläger aufgrund dessen schlechten Rufes oder aber dessen Entlassungsbestrebungen angesichts eines Streikes wegen zu niedriger Lohnzahlungen. Die Unwahrheit der zugrundeliegenden Tatsachenbehauptungen ließ sich nicht beweisen.⁷⁷² Das Wort „Halsabschneider“ wird nach Ansicht des Bundesgerichtshofs von der Verkehrsauffassung als höchst beleidigendes Schimpfwort angesehen, so dass im gegebenen Fall die Grenze des äußerungsrechtlich Zulässigen überschritten sei.⁷⁷³

Der BGH übersah jedoch, dass im Hinblick auf die konstituierende Bedeutung der bürgerlichen Äußerungsfreiheit für den gesellschaftlichen Willensbildungsprozess auch drastische Kritik vom Betroffenen hinzunehmen ist, sofern ein Sachbezug nachgewiesen werden kann. Dieser liegt durch die Auflistung der nicht widerlegbaren Unternehmensgeschnehnisse vor, so dass im Mittelpunkt der Berichterstattung nicht die Rufschädigung des Betroffenen, sondern konkret die Arbeitnehmeraufklärung vor unsozialen Machenschaften steht.

Um Rechtsunsicherheiten und einer nur durch subjektive Kriterien dominierten Einzelfalljurisprudenz entgegenzuwirken, ist in der Darlegung von sachlichen Begründungsansätzen das maßgebliche Ausschlusskriterium der Schmähkritik zu sehen. Über die Angemessenheit der einhergehend ausgedrückten Herabsetzung hat der jeweilige Rezipient selbst zu entscheiden, wenn er die persönliche Zustimmung bzw. Ablehnung der Stellungnahme abwägt. Dies hatte der BGH in der vorliegenden Entscheidung übersehen, obwohl bereits in den siebziger Jahren die Relevanz des Sachbezuges im Zusammenhang mit schonungsloser, wertender Kritik betont wurde.⁷⁷⁴

(iv) *BGH NJW-RR 1997, 105 ff.-Haifischknorpelpulver*

Der Antragsgegner hatte in seiner Apotheke unter Bezugnahme auf ein Nahrungsergänzungsmittel des Antragsstellers ein Schaufensterschild mit der Aufschrift:

„Scheiß des Monats!“; „Präparate die wir nicht empfehlen können“

ausgegangen. Unter dieser Überschrift stand ergänzend geschrieben: „Zu Lug und Trug der Werbeaussagen fragen Sie uns in der Apotheke!“ Der BGH stellte fest, dass die Aussage „Scheiß des Monats“ den Antragsgegner pauschal herabsetze und mangels konkreten Sachbezuges als Schmähkritik einzustufen sei.⁷⁷⁵

⁷⁷² BGH GRUR 1977, 801, 802 - Halsabschneider.

⁷⁷³ BGH GRUR 1977, 801, 803 f. - Halsabschneider.

⁷⁷⁴ So etwa schon BGH NJW 1974, 1762, 1763: „Die Gewährleistung der Meinungs- und Pressefreiheit erlaubt zwar unter Umständen auch eine scharfe, schonungslose, „ausfällige“ Kritik, wenn sie sachbezogen ist. Sie deckt jedoch keine Schmähkritik, d.h. eine Kritik, die auf eine vorsätzliche Ehrkränkung hinausgeht.“

Als problematisch erweist sich bei dieser Subsumtion, dass der in der Apotheke erfragbare, Schmähkritik ausschließende Begründungsansatz unberücksichtigt bleibt. Es stellt sich also die Frage, wie eng die herabwürdigende Meinungsäußerung mit der erforderlichen Begründung verknüpft sein muss, so dass insgesamt von einer zulässigen, wertenden Kritik gesprochen werden kann. Das nicht die Unsachlichkeit des herabsetzenden Wortlauts selbst die Zulässigkeit ausschließen kann, ist nach dem bereits Gesagten selbstverständlich. Denn jedem Wort mit herabwürdigendem Charakter fehlt es an Objektivität und Sachlichkeit. So müsste die Aussprache von Worten wie Schuft, Halunke, Scharlatan, Abzocke usw. allein ihrer Verwendung wegen stets als unzulässige Schmähkritik gewertet werden, was nach ständiger Rechtsprechungspraxis nicht der Fall ist⁷⁷⁶ Andererseits darf auch nicht jeder Verweis auf eine unter Mehraufwand des Rezipienten abrufbare Begründung der Beleidigung deren Rechtswidrigkeit ausschließen. Es kommt also maßgeblich auf die Gesamtumstände des Einzelfalls an. Schmähkritik liegt erst dann vor, wenn sich die streitbefangene Äußerung in einer persönlichen Herabsetzung *erschöpft*.⁷⁷⁷

Davon ist hier nach den Gesamtumständen der Schaufensteraussage nicht auszugehen. Der drastische Spott - exemplarisch verdeutlicht am Produkt des Antragstellers - soll nicht ausschließlich dazu dienen, den betroffenen Fabrikanten bloßzustellen, sondern dem Rezipienten mit drastischen, verbalen Mitteln klar machen, dass das Fachpersonal der Apotheke in der Lage ist im Sinne des Konsumenten zwischen nutzlosen und heilbringenden Präparaten zu differenzieren. Eine Begründung für die therapeutische Überflüssigkeit des besagten Mittels kann sich der Interessierte durch einen Besuch des Ladenlokals verschaffen.

Dabei steht die Verdeutlichung des pharmazeutischen Fachwissens zugunsten des Konsumentenwohls und nicht die Abwertung des fabrizierenden Unternehmens im Vordergrund. Angesichts des unter geringem Aufwand verfügbaren Begründungsansatzes und der einhergehenden Aufforderung hierzu, muss dem Werturteil die uneingeschränkte Teilnahme am Markt der Meinungen gewährt werden. Anderes kann auch nicht deshalb angenommen werden, weil es sich um eine außergewöhnlich derbe Ausdrucksweise handelt. Denn die zivilen Obergerichte haben in einer Reihe von Urteilen klargestellt, dass die verfassungsgerichtliche Vorgabe einer engen Auslegung von Schmähkritik dazu führt, dass nicht der spezifische Diffamierungsgrad, sondern der vorhandene Sachbezug als das entscheidende Kriterium der Schmähkritik anzusehen ist.⁷⁷⁸

5) Die Relevanz weiterer Kriterien bei der Abwägung zwischen Geschäftsehre und Kommunikationsgrundrechten

a) Das „Recht zum Gegenschlag“

Nach dem vom Bundesverfassungsgericht im politischen Meinungskampf anerkannten „Recht zum Gegenschlag“⁷⁷⁹ muss sich derjenige, der selbst mit provokanten, verbalen Angriffen an die Öffentlichkeit tritt, eine

⁷⁷⁵ BGH NJW-RR 1997, 105, 106. - Haifischknorpelpulver.

⁷⁷⁶ LG Bonn NJW-RR 2006, 486, 487: „Von Verfassungen wegen macht selbst eine überzogene, unmäßige oder ausfällige Kritik eine Äußerung für sich noch nicht zur unzulässigen Schmähung.“; so auch OLG Karlsruhe NJW-RR 2002, 1695, 1696; BGH NJW 2002, 1192, 1193.

⁷⁷⁷ OLG Braunschweig MMR 2001, 163, 164 - NetzgegenRechts.de.

⁷⁷⁸ Siehe dazu bereits oben S. 118 ff.

⁷⁷⁹ BVerfGE 12, 113, 131- Schmidt/Spiegel; 54, 129, 138 - Kunstkritik.

Antwort mit etwa identischem Diffamierungsniveau gefallen lassen.⁷⁸⁰ Dieser im Höllenfeuerurteil⁷⁸¹ auch für die Pressefehde anerkannte Grundsatz kann auf den deliktsrechtlichen Äußerungsschutz übertragen werden. Denn auch hier gilt: Wer seinerseits Kritik an unternehmerischen Leistungen übt und damit die Öffentlichkeit sucht, muss sich dieser ebenso stellen.

Allerdings hat dieses Prinzip im Rahmen der selektiven Einzelkritik an Wirtschaftsunternehmen nur geringfügige Bedeutung: Denn erstens ist durch die enge Auslegung der Schmähkritik ohnehin ein maximaler, verbaler Gestaltungsspielraum garantiert und zweitens hat das mit herabsetzender Kritik bedachte Wirtschaftsunternehmen oft kein Interesse an einem Gegenschlag in Richtung des ursprünglichen Kommunikators.

Vielmehr gilt es hier die getätigten Werturteile mit Fakten zu widerlegen um die geschädigte Geschäftsehre aus dem Blickwinkel des potenziellen Kundenkreises wiederherzustellen.⁷⁸² Verbalinjurien gegenüber dem Unternehmenskritiker wirken oft unseriös und tragen nicht dazu bei Umsatzeinbußen effektiv abzuwenden. Dagegen ist im Rahmen einer politischen Debatte der raue Umgangston sowie die ebenfalls herabwürdigende Antwort ein gesellschaftlich anerkanntes Mittel um sich gegen diffamierende Schelte zur Wehr zu setzen. Die Zivilgerichte verwenden das Argument des Gegenschlags im äußerungsrechtlichen Unternehmensschutz teilweise jedoch in modifizierter Form:

Anerkannt ist, dass der oben genannte Grundsatz auch dann greift, wenn das vorhergegangene Verhalten nicht explizit auf den sich Äußernden bezogen war, dieser sich aber durch die öffentliche Stellungnahmen herausgefordert fühlen durfte.⁷⁸³ Als Herausforderung kann dabei die einer öffentlichen Diskussion zugängliche, werbliche Eigenpräsentation⁷⁸⁴ des Unternehmens gesehen werden, insbesondere dann wenn das Produkt in weiten Gesellschaftskreisen umstritten ist. So heißt es etwa in der Mordoro-Entscheidung des BGH mit Bezug zu den Werbemethoden des Tabakherstellers Marlboro:

*„Dem BerGer ist darin zu folgen, dass sich die Zigarettenhersteller, die auf diese Weise für ihre Produkte werben, von engagierten Gegnern des Zigarettenkonsums auch scharfe Kritik an ihrer Werbung gefallen lassen müssen.“*⁷⁸⁵

⁷⁸⁰ Vgl. dazu OLG Köln NJW 1977, 398; BGH NJW 1974, 1762, 1763; Mackeprang, Ehrenschaft im Verfassungsstaat, S. 149 f.; MK BGB-Rixecker § 12 (Anhang), Rn. 171: Es „ist vielmehr maßgebend, ob die Herabsetzung eine verhältnismäßige Antwort auf die Äußerung der Gegenseite darstellt.“; vgl. auch Soehring/Hoene, Presserecht, § 20 Rn. 3a.

⁷⁸¹ BGHZ 45, 296, 310 - Höllenfeuer.

⁷⁸² So ist es gängige Praxis der modernen Krisen-PR auf verhaltensbedingte Imageeinbrüche mit Aufklärungs- und Transparenzkampagnen zu reagieren; siehe dazu Ditges/Höbel/Hoffmann, Krisenkommunikation, S. 213; Reinecke, Krisenmanagement, S. 57 f.; Beispiele aus der Praxis etwa Bialek, Eine Frage der Glaubwürdigkeit, in: Handelsblatt vom 03.04.08 S. 19; Slodczyk/Louven, Bedingt aufklärungsbereit, in: Handelsblatt vom 17.06.08, S. 10.

⁷⁸³ MK BGB-Rixecker § 12 (Anh) Rn. 165.

⁷⁸⁴ Vgl. hierzu auch Degenhart, FS Lukes, 287, 295.

⁷⁸⁵ BGH NJW 1984, 1956, 1957 - Mordoro; ähnlich KG Berlin AfP 1984, 217, 218 das auch die unternehmerische Werbung als Anknüpfungspunkt für drastische, öffentliche Kritik ansieht; ferner OLG Hamburg NJW-RR 1999, 1060, 1062 - Bild Dir keine Meinung; vgl. auch den Sachverhalt zu OLG Frankfurt AfP 1990, 228 bei dem die Kritik an der Außendarstellung des Unternehmens anknüpft.

Letztlich führt diese Argumentation des BGH jedoch nur zu einer Untermauerung der Feststellung, dass der Schutz der Geschäftsehre im Interesse der Bedeutung der freien Kommunikation und Markttransparenz minimiert ist und geht damit im maßgeblichen Kriterium der Schmähkritik auf.

b) Die Irrelevanz der Sozialmächtigkeit des Adressaten bzw. Kommunikators

Keine Bedeutung für die Abwägung der gegenläufigen Interessen hat die Frage, welches gesellschaftliche Ansehen der Urheber oder aber der Betroffene der selektiven Einzelkritik für sich in Anspruch nehmen kann. Tatsächlich lässt sich bei der Analyse der sozialen Wirkung einer Meinungsäußerung auf die Rezipienten nicht von der Hand weisen, dass der gesellschaftliche Status des Kommunikators bei der Beurteilung der Glaubwürdigkeit von Kritik eine nicht unerhebliche Rolle spielt. Die selektive Einzelkritik eines erfahrenen Sachverständigen wiegt beispielsweise im Auge der Zuhörer mehr als die Meinung eines einzelnen, unzufriedenen Kunden.⁷⁸⁶ Auch absatzstarke Wirtschaftsunternehmen genießen im öffentlichen Disput um die Reputation gewisse Vorteile: Sie können durch mediale Verbindungen und ausgeprägte Marketingkanäle effektiver auf herabsetzende Werturteile reagieren und gegebenenfalls konsequenter entgegensteuern als Gewerbebetriebe kleiner oder mittlerer Größe. Doch ungeachtet dieser gesellschaftlichen bzw. betriebswirtschaftlichen Phänomene weigern sich die Zivilgerichte die Sozialmächtigkeit einer beteiligten Partei als zusätzliches Abwägungskriterium bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit wertender Herabsetzungen anzuerkennen.

So stellt etwa das OLG Köln entgegen dem Vorbringen der Klägerin fest, dass die hohe Reputation des tadelnden Deutschen Presserats auf die Abwägung zwischen Geschäftsehre des Öko-Testmagazins und den Kommunikationsgrundrechten der besagten Einrichtung keinen Einfluss hat.⁷⁸⁷ Auch in anderen Fallkonstellationen, bei denen einer der Parteien des Zivilprozesses besondere fachliche Kenntnisse zugeschrieben⁷⁸⁸ oder aber ein marktführendes Unternehmen⁷⁸⁹ verbal angegriffen wird, gilt die Höllenfeudogmatik ohne jegliche Abweichungen. Denn die staatliche Gewährung und Förderung eines freien Meinungsmarktes bedeutet auch die Garantie von Chancengleichheit⁷⁹⁰ der im Wettbewerb stehenden Ansichten. Die Chancengleichheit im freien Meinungskampf ginge aber verloren, wenn die Intensität der grundrechtlichen Drittwirkung vom Status des sich Äußernden abhängig gemacht würde. Ist der personale Schutzbereich der Meinungsfreiheit als Jedermann-Grundrecht ausgestaltet, so kann die Sozialmächtigkeit also kein adäquates Differenzierungskriterium für die (Un-) Zulässigkeit wertender, wirtschaftsbezogener Kritik sein. Maßgeblich für den öffentlichen Meinungskampf ist vielmehr die inhaltliche Überzeugungskraft der Argumente als der gesellschaftliche Einfluss des sich Äußernden. Der Gewerbebetrieb muss sich eine sachbezogene, drastische Kritik juristisch gefallen lassen;

⁷⁸⁶ Vgl. hierzu etwa die besondere Verantwortung eines Sektenbeauftragten aufgrund seiner fachlichen Reputation in der Öffentlichkeit BGH NJW 2003, 1308, 1310.

⁷⁸⁷ OLG Köln AfP 2006, 374, 377: „Auch Stellungnahmen anderer Personen und Personenvereinigungen, etwa im Bereich vergleichender Warentests oder der Literaturkritik, kann in der Öffentlichkeit besonderes Gewicht zukommen, ohne dass in der äußerungsrechtlichen Rechtsprechung besondere Maßstäbe für gerechtfertigt erachtet wurden.“

⁷⁸⁸ Vgl. OLG Karlsruhe NJW-RR 2002, 1695- Pfuscher/Scharlatan (für anerkannten Ernährungswissenschaftler).

⁷⁸⁹ So etwa bei BGH AfP 1984, 217, 218 (McDonalds); BGH NJW 1984, 1956 - Mordoro (Marlboro); OLG Hamburg NJW-RR 1999, 1060, 1062 - Bild Dir keine Meinung; OLG Frankfurt AfP 1990, 228 (Hoechst AG).

⁷⁹⁰ BVerfGE 25, 256, 265; AK GG-Hoffmann-Riem Art. 5 I+II, Rn. 42.

unabhängig davon, ob wegen der öffentlichen Glaubwürdigkeit des Kritikers die Gefahr des Imageschadens besonders groß ist.⁷⁹¹

Ebensowenig hat das betroffene Unternehmen die Möglichkeit mit steigendem bzw. sinkendem wirtschaftlichem Erfolg und Reputation einen intensiveren Rechtsschutz vor wertender Kritik in Anspruch zu nehmen. Es gilt der Grundsatz, dass die aktive Teilnahme am Wirtschaftsleben losgelöst vom privatwirtschaftlichen Erfolg zur Hinnahme von Kritik im Interesse der Markttransparenz verpflichtet, sofern an der Aussage ein öffentliches Interesse besteht.⁷⁹² Vielmehr würde der Staat dem Prinzip der freien Marktwirtschaft widersprechen, wenn er den im Rahmen der Wirtschaftsordnung erzielten, unternehmerischen Erfolg zum Anknüpfungspunkt äußerungsrechtlicher Abwägungsvorgänge machen würde.⁷⁹³

c) Differenzierung zwischen den einschlägigen Kommunikationsgrundrechten

Während das Bundesverfassungsgericht hinsichtlich der Eröffnung des Schutzbereiches von Art. 5 I GG teilweise uneinheitlich zwischen der Meinungsfreiheit bzw. den Medienfreiheit differenziert⁷⁹⁴, sehen die Zivilgerichte bei der Beurteilung von herabwürdigenden Werturteilen von einer genauen Unterscheidung zwischen den einzelnen Grundrechtsvarianten oder gar Differenzierungen in der Drittwirkungsintensität völlig ab. Im Einklang mit dem Höllenfeuerurteil wird allgemein von der Bedeutung des Art. 5 I GG oder aber abstrakt von der Meinungsfreiheit gesprochen.⁷⁹⁵ Entscheidend kommt es den Zivilrichtern darauf an, die Freiheit des Meinungsaustausches und deren gewichtige, ökonomische Funktion der Unternehmenschre gegenüberzustellen ohne dabei den Medienvertretern, deren Arbeit verfassungsrechtlich als „öffentliche Aufgabe“ anerkannt ist, einen Sonderstatus zu gewähren. Damit stimmt die Zivilrechtsprechung im Kern mit der Rechtsprechungspraxis des Bundesverfassungsgerichts überein, nach der die Zulässigkeit einer Meinungsäußerung immer nach Art. 5 I S. 1 GG zu beurteilen ist.⁷⁹⁶

Im Zentrum des Rechtsschutzes steht die freie Teilnahme am wirtschaftsbezogenen Meinungsmarkt, der die Markttransparenz steigern und damit die Wahrscheinlichkeit einer optimalen Produktwahl der potentiellen Kunden erhöhen soll. Dazu kann -Urheber unabhängig- grundsätzlich jede Stellungnahme mit minimalem Tatsachenbezug dienlich sein, soweit sie aus Sicht des Rezipienten überzeugend ist. Die Schmähkritik ist daher die einzige Grenze für wertende Kritik außerhalb von Wettbewerbsverhältnissen, egal ob der Kommunikator

⁷⁹¹ Zur abweichenden juristischen Behandlung von sozialmächtigen Testinstituten siehe unten S. 132 ff.

⁷⁹² Vgl. Assmann/Kübler ZHR 142, 413, 423.

⁷⁹³ So ist der Erfolg eines Gewerbebetriebes auch nicht von dem Schutzbereich der unternehmerischen Betätigungsfreiheit aus Art. 12 I GG mitumfasst. Dieser unterliegt vielmehr den freien Kräften in einer wettbewerbsorientierten Marktwirtschaft (vgl. BVerfG NJW 2008, 358, 359; BVerfGE 105, 252, 265 - Glykolwein). Diesen neutralen, auf Chancengleichheit der Wirtschaftssubjekte ausgerichteten Standpunkt darf der Staat auch im Äußerungsrecht nicht vernachlässigen.

⁷⁹⁴ Vgl. dazu bereits oben S. 61 ff.

⁷⁹⁵ BGHZ 45, 296, 308 ff. - Höllenfeuer; OLG Nürnberg VersR 2003, 381, 382; LG Köln NJW-RR 1998, 318 ff., OLG Karlsruhe NJW-RR 2002, 1695, 1696 - Pfuscher/Scharlatan; OLG Köln AfP 1996, 398, 399 f. - Blut und Sperma; OLG Hamburg AfP 1986, 62 - Antiseptica.

⁷⁹⁶ Etwa BVerfGE 71, 162, 179 - Frischzellentherapie; 85, 1, 12 - Bayer Aktionäre; 90, 1, 16; 97, 391, 400 - Missbrauchsbeziehung; BVerfG NJW 2004, 590.

sich auf die Meinungsfreiheit⁷⁹⁷ berufen kann oder darüber hinaus der Schutzbereich der Presse-⁷⁹⁸ Rundfunk-⁷⁹⁹ oder Filmfreiheit tangiert ist.⁸⁰⁰

d) Satire und das Recht am Unternehmen

Satire ist ein spezielles Stilmittel für die Darstellung einer Meinungsäußerung, die mittels Spott, Ironie, Übertreibungen sowie Reduzierung auf das Negative Kritik an bestimmten Zuständen oder Ereignissen üben will und den Betroffenen zumeist ins Lächerliche zieht.⁸⁰¹ Auch im Kontext der Wirtschaftskritik wird dieses Stilmittel häufig verwendet, da es aufgrund des Unterhaltungswertes viel Aufmerksamkeit auf sich zieht.⁸⁰²

Dabei kann sich der überspitzt Äußernde entweder auf ein Kommunikationsgrundrecht aus Art. 5 I GG oder aber die Kunstfreiheit nach Art. 5 III GG berufen. Das hängt maßgeblich davon ab, ob die Darstellung das Ergebnis einer freien schöpferischen Gestaltung ist.⁸⁰³ Bei journalistischen Berichterstattungen ist mit Blick auf die Nähe zu Art. 5 I GG Vorsicht geboten und eine Eröffnung des Schutzbereiches der Kunstfreiheit zumeist abzulehnen. Verfremdungen und Überspitzungen durch spöttischen Wortwitz sind Medienberichten wegen der pointierten Informationsweitergabe geradezu wesenseigen, so dass nicht jede Form der Stilmittelverwendung als Kunst angesehen werden darf.⁸⁰⁴ Das Vorliegen einer freien, künstlerischen Gestaltung ist dagegen dann anzunehmen, wenn der überspitzte Aussageinhalt mittels einer Karikatur oder aber einem Fernsehfilm zum Ausdruck gebracht wird.⁸⁰⁵

Unabhängig von der konkreten Einordnung ist die bewusste Überzeichnung des Äußernden jedoch zumeist erlaubt und geht in der Formel auf, dass scharfe schonungslose und auch ausfällige Kritik am sich der Öffentlichkeit Preisgebenden zur Gewährung eines weitestgehend freien Meinungs austausches zulässig ist. Auch hier ist das Vorliegen eines Sachbezuges das maßgebliche Kriterium um Schmähkritik auszuschließen und demzufolge von einer insgesamt rechtmäßigen Ausdrucksweise auszugehen.⁸⁰⁶ Die juristische Herausforderung bei satirischen Stellungnahmen liegt vielmehr auf der Deutungsebene der bewusst überzogenen Wertungen. Da der Durchschnittsrezipient in der Lage ist, die vom Urheber beabsichtigte Verfremdung und Dramatisierung zu erkennen, gilt es im Vorfeld einer detaillierten Prüfung der Wertung die überzeichnete Kritik zu entkleiden und

⁷⁹⁷ BGH NJW 2005, 279ff (Rechtsanwalt); BGH NJW 1984, 1956 ff. - Mordoro (gemeinnütziger Verein); LG Bonn NJW-RR 2006, 486 ff. (Minderheitsaktionär); BGH NJW 2000, 3421 ff. - Holocaust/Babycaust (Demonstranten); OLG Frankfurt AfP 1990, 228 f. (Umweltschutzorganisation).

⁷⁹⁸ BGH AfP 1984, 217 ff.; BGH AfP 1996, 398 ff. - Blut und Sperma; LG Köln NJW 1998, 318f.

⁷⁹⁹ BGH AfP 1989, 553 ff.; BGH NJW 1987, 2746 ff. - Antiseptica.

⁸⁰⁰ Vgl. dazu auch Wenzel-Burkhardt Kap. 1 Rn. 34: „Mehr als das Recht zur Teilnahme an der öffentlichen Diskussion kann auch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG nicht gewährleisten.“

⁸⁰¹ Vgl. zur Definition schon mit uneingeschränkter Gültigkeit bis heute RGSt. 62, 183f; von Becker GRUR 2004, 908.

⁸⁰² So etwa OLG Frankfurt AfP 1990, 228 f.; OLG Hamburg AfP 1999, 287 ff. - fickforfun; BGH NJW 1984, 1956 ff. - Mordoro; BGH AfP 1996, 398 ff. - Blut und Sperma.

⁸⁰³ BVerfG NJW 2002, 3767- Bonnbon.

⁸⁰⁴ So etwa abgelehnt für einen Bericht im Satiremagazin Titanic (BVerfGE 86, 1, 9 - „geb. Mörder“); ebenso OLG München NJW 1994, 1964, 1965 - Pygmäen-lokal; OLG Hamm NJW-RR 2004, 919; a.A. tendenziell Gounalakis NJW 1995, 809, 812 f.

⁸⁰⁵ Vgl. BVerfGE 75, 369, 377 - Strauß-Karikatur; OLG Köln NJW 1992, 2641, 2642 - Schtonk.

⁸⁰⁶ Vgl. OLG Frankfurt AfP 1990, 228 f.; BGH NJW 1984, 1956, 1957 f. - Mordoro; LG Köln NJW-RR 1998 318, 319.

den tatsächlichen Aussagegehalt aus Sicht des durchschnittlichen Rezipienten herauszuarbeiten.⁸⁰⁷ Dabei sind der entkleidete Aussagekern als auch das überspitzte Wortgewand unabhängig voneinander auf das Vorliegen von Schmähkritik zu überprüfen.

e) Gastronomiekritik

Auch im Bereich der Restaurantkritik ergeben sich gegenüber anderen Fallkonstellationen keine dogmatischen Besonderheiten. An dem Test eines Restaurants und damit einer nicht primär vergleichenden, selektiven Einzelkritik besteht nach Ansicht der Rechtsprechung prinzipiell ein öffentliches Interesse, so dass Schmähkritik als einzige Grenze der kritischen Äußerungen anzusehen ist.⁸⁰⁸ Trotz der Verwandtschaft zum Warentest sind hier keine vergleichbar hohen Anforderungen an die Zulässigkeit einer abwertenden Meinungsäußerung zu stellen, da sich hinter dieser Überprüfung gewerblicher Leistung erkennbar, lediglich individuelle Bewertungsmaßstäbe verbergen.⁸⁰⁹ Einhergehend mangelt es am für den Warentest typischen Vertrauensvorsprung des Durchschnittsrezipienten, der da weiß: Die Zufriedenheit mit Speisen und Getränken ist im wahrsten Sinne des Wortes „Geschmacksache“.⁸¹⁰

Gerade deswegen ist es besonders problematisch bei herabwürdigenden Bemerkungen einen die Schmähkritik ausschließenden Sachbezug nachzuweisen. Dabei ist in jedem Fall von einer Schmähung auszugehen, wenn der Tester den herabgesetzten Betrieb gar nicht erst besucht hat und daher die Qualität der Speisen gar nicht erst auf die Probe stellen konnte.⁸¹¹ Richtigerweise reicht aber auch ein einmaliger Besuch in einem Gastronomiebetrieb nicht aus um extrem drastische Werturteile über die Qualität der offerierten Gerichte und Getränke mit dem Recht am Unternehmen für vereinbar zu erklären.⁸¹² Hier besteht nämlich über die individuelle Geschmacksvielfalt hinaus die Gefahr, dass es sich bei der angebotenen kulinarischen Dienstleistung um einen nicht repräsentativen „Ausreißer“ handelt. Anderes gilt, wenn der Äußernde sein negatives Urteil nicht ausschließlich auf die Qualität der zubereiteten Nahrungsmittel, sondern die für den potentiellen Kunden relevante Gesamtpräsentation des Restaurants bezieht und dazu schlüssig das Ambiente sowie das Verhalten des Service-Personals beschreibt.⁸¹³

Je eher die Argumentation sich an objektiv nachvollziehbaren Kriterien und nicht nur am einmaligen Geschmacksempfinden des Testers orientiert, wird von einem ausreichenden sachlichen Zusammenhang auszugehen sein. Relevant sind diese Feststellungen insbesondere, weil gerade Restaurantkritiker zur Erregung von Aufmerksamkeit dazu neigen, ihre Wertungen in ein satirisches und reißerisches Gewand zu kleiden.⁸¹⁴

⁸⁰⁷ Vgl. BVerfG NJW 1990, 1982, 1984; BGH AfP 1996, 398, 400 - Blut und Sperma; Würtenberger NJW 1982, 610, 612; Löffler PressR-Steffen § 6 LPG Rn. 78c.

⁸⁰⁸ Vgl. OLG München NJW 1994, 1964 - Pygmäen-Lokal; BGH AfP 1987, 219, 220 f. - Gastrokritik.

⁸⁰⁹ Undifferenziert hierzu Ricker, Unternehmensschutz und Pressefreiheit, S. 68 ff.; Wenzel-Burkhardt Kap 10 Rn. 72.

⁸¹⁰ Vgl. BGH AfP 1987, 219, 221 - Gastrokritik; MK BGB-Wagner § 823 Rn. 276; S/D/E (Schulze) BGB-Staudinger § 823 Rn. 138; Mathy/Wendt AfP 1982, 144, 149; Ba/Ro BGB-Spindler § 823 Rn. 137.

⁸¹¹ OLG Koblenz WRP 1984, 105, 106 f.

⁸¹² Vgl. BGH NJW-RR 1998, 250, 252 - Restaurantführer; OLG München NJW 1994, 1964, 1965 - Pygmäen-Lokal; Soergel BGB-Beater § 823 (Anh V) Rn. 89.

⁸¹³ Vgl. BGH AfP 1987, 219, 221 - Gastrokritik.

⁸¹⁴ Beispiele bei Mathy/Wendt AfP 1982, 144 f. oder aber OLG München NJW 1994, 1964 - Pygmäen-Lokal: „heruntergewürgter Magengeschwürumspüler“.

f) Kritik an Literatur, Musik und Theater

Auch Kunstkritik, insbesondere durch die Presse, kann einen unmittelbar betriebsbezogenen Eingriff in den Gewerbebetrieb bedeuten. Denn neben einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts des unmittelbar diffamierten Schauspielers, Regisseurs, Komponisten, Liedsängers oder Autors ist insbesondere auch an das produzierende Unternehmen und dessen etwaige Umsatzeinbußen zu denken.⁸¹⁵ Hier ist die künstlerische Leistung gerade als das herabgesetzte Produkt des Gewerbebetriebs anzusehen. Ob der kritischen Diskussion über Kunst ein generelles öffentliches Interesse attestiert werden kann, ist dabei in der Literatur nicht unumstritten.⁸¹⁶ Bejaht man ein öffentliches Interesse so hätte dies zur Folge, dass die Höllenfeurdogmatik auch auf diese spezifische Art wertender unternehmensbezogener Stellungnahmen anwendbar wäre.

Grundsätzlich ist anerkannt, dass die deutsche Tradition von Kunstkritik das kulturelle Leben als Inspiration und Beitrag zum tieferen Verständnis der jeweiligen Werke fördert.⁸¹⁷ Werk und Kritik bilden eine Symbiose, die durch gegenseitige Abhängigkeit geprägt ist.⁸¹⁸ Dementsprechend ist - auch im Hinblick auf die enorme Anzahl zahlungswilliger, kunstinteressierter Rezipienten - von einem gesteigerten, öffentlichen Interesse auszugehen, so dass auch hier die Schmähkritik als einzige Grenze von Art. 5 I GG anzusehen ist.⁸¹⁹

Der Künstler als auch das sich oft dahinter verbergende Unternehmen müssen sich also - wie jeder andere Gewerbebetrieb - einer Kritik der am Markt angebotenen Leistung stellen. Ähnlich wie bei der Gastronomiekritik stellt sich hier das Problem der rein subjektiven Bewertungsmaßstäbe, das den Nachweis eines sachlichen Begründungsansatzes erschwert. Richtigerweise kann hier nur Sachlichkeit im weiteren Sinne gefordert werden.⁸²⁰

Beispielsweise kann das Gefallen einer Theaterinszenierung etwa nicht mit verallgemeinerungsfähigen Fakten untermauert werden, so dass dem Rezipienten etwa ein eigener Besuch der Aufführung zur Meinungsbildung erspart bleiben könnte. Wie bei Restauranttestern gilt deshalb auch hier: Je deutlicher der herabsetzende Kritiker die Umstände, die zu seiner Stellungnahme geführt haben umschreibt, umso unwahrscheinlicher wird die Annahme, dass der Aussagezweck sich in reiner Diffamierung erschöpft.⁸²¹ Für die Theaterkritik bedeutet dies, dass neben einer harschen Kritik Anknüpfungstatsachen darzulegen sind: Etwa die mangelnde schauspielerische Klasse der Akteure, das dürftige Bühnenbild, ein Vergleich mit einer andersartigen, ansprechenderen Inszenierung kann je nach Einzelfallumständen die Annahme von Schmähkritik ausschließen.

Fraglich bleibt darüber hinaus allerdings, ob die Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 5 III S. 1, 1. Alt GG zugunsten des betroffenen Unternehmens⁸²² wegen der hohen Drittwirkungsintensität der Kunstfreiheit zu einer Relativierung der prinzipiell strikten Haftungsbegrenzung zwingt. Denn in anderen Fallkonstellationen

⁸¹⁵ Ähnlich: Köller, Meinungsfreiheit und unternehmensschädigende Äußerung, S. 275.

⁸¹⁶ Verneinend Eidenmüller NJW 1991, 1439, 1440; Kastner NJW 1995, 822, 827.

⁸¹⁷ Maunz/Dürig GG-Scholz Art. 5 III Rn. 20; vgl. zur geistigen Auseinandersetzung mit Kunst auch BVerfGE 54, 129, 136 - Kunstkritik.

⁸¹⁸ Vgl. Ridder, Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, S. 20 f.

⁸¹⁹ Im Ergebnis ebenfalls MK BGB-Rixecker § 12 (Anh) Rn. 160; Ba/Ro BGB-Bamberger § 12 Rn. 189.

⁸²⁰ Vgl. Eidenmüller NJW 1991, 1439, 1441; Ba/Ro BGB-Bamberger § 12 Rn. 189.

⁸²¹ Vgl. dazu bereits oben S. 127 ff.

⁸²² Dagegen hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass sich der Kritiker trotz des engen Verhältnisses zwischen Kunstwerk und Auseinandersetzung selbst nicht auf die Kunstfreiheit aus Art. 5 III GG, sondern nur auf seine Äußerungsfreiheit aus Art. 5 I GG berufen kann (BVerfG NJW 1993, 1462 - Heinrich Böll).

kann das mit Verbalinjurien überzogene Unternehmen sich lediglich auf einen Schutz durch Art. 12 I GG berufen, bei dem der Verfassungsrang wegen des einfachen Gesetzesvorbehalts niedriger einzustufen ist.

Es bleibt festzuhalten, dass Kunst in jeder Form durch den gewährten Einblick in persönliche Gefühle und die individuelle Gesellschaftsinterpretation gerade darauf angelegt ist, Reaktionen der teilhabenden Öffentlichkeit auszulösen. Die verbale Auseinandersetzung über Kunst braucht somit einen weiten juristischen Gestaltungsspielraum. Daneben darf nicht außer acht gelassen werden, dass der Kunstinteressierte bei vermarkteter Kunst - wie bei jeder anderen Wirtschaftsleistung - zur Teilhabe mit einer finanziellen Gegenleistung rechnen muss und am Kunstmarkt stets auch Konkurrenzprodukte verfügbar sind. Es besteht also trotz des Wissens um individuelle Geschmacksempfindungen ein gesteigertes Informationsinteresse und ein Bedarf an hoher Markttransparenz. Kostenpflichtige Kunst ist daher nichts weiter als eine am Wirtschaftswettbewerb teilnehmende, gewerbliche Leistung besonderer Art, bei der eine Abweichung von den üblichen Regeln des Äußerungsrechts ungerechtfertigt wäre. Dementsprechend wird geäußerte Kunstkritik bis auf begrenzte Ausnahmefälle der Schmähkritik in aller Regel keinen Unterlassungs- oder Schadensersatzanspruch auslösen können.⁸²³

g) An Einzelbeispielen verdeutlichte Branchenkritik in Wirtschaftsberichterstattungen

Schäden am Unternehmensimage können auch dann entstehen, wenn der Äußernde zur Verdeutlichung seiner Kritik an dem Verhalten einer ganzen Wirtschaftsbranche exemplarisch ein Unternehmen bzw. dessen Produkte herausstellt. Dann besteht die erhöhte Gefahr, dass im Gedächtnis des Verbrauchers gerade diese spezifische Unternehmensleistung als „Zielscheibe“ der Kritik negativ besetzt verweilt. So ist etwa nicht auszuschließen, dass der Durchschnittsrezipient bei einem Bericht über gesundheitsgefährdendes Mineralwasser den Kontext schnell wieder vergisst, aber das eingeblendete Wasser der Marke Selters dauerhaft als nicht empfehlenswert einstuft.⁸²⁴ Aufgrund dieser Angst vor nachhaltigen Imageschäden versuchten bereits mehrere Unternehmen der herabwürdigenden Zurschaustellung ihrer Leistung mit der zivilrechtlichen Unterlassungsklage zu begegnen.⁸²⁵

Wegen des weiten Verständnisses und der Bedeutung der Grundrechte aus Art. 5 I GG ist es dem Kritiker jedoch grundsätzlich erlaubt sein Anliegen unter Verwendung von konkreten Beispielen zu veranschaulichen.⁸²⁶ Darauf ist gerade die TV-Berichterstattung wegen der visuellen Übermittlungsform maßgeblich angewiesen. Die Grenze zu einer zivilrechtlich unzulässigen Stellungnahme ist dabei erst dann überschritten, wenn die beispielhafte Heranziehung eines spezifischen Gewerbebetriebs sich als zusammenhanglose, willkürliche Anprangerung herausstellt.⁸²⁷

Das wird in aller Regel nicht der Fall sein, wenn das genau analysierte Einzelprodukt im inhaltlichen Kontext zum Hauptanliegen der Berichterstattung steht. So reichte es für das zulässige Heranziehen einer schlecht funk-

⁸²³ Von Köller, Meinungsfreiheit und unternehmensschädigende Äußerung, S. 276.

⁸²⁴ Vgl. BGH AfP 1988, 147 f. - Urselters.

⁸²⁵ BGH NJW 1987, 2746 ff. - Antiseptica; BGH NJW 1966, 2010 ff. - Teppichkehrmaschine; OLG Frankfurt AfP 1989, 553ff.; BGH AfP 1987, 147 ff. - Urselters; BGH NJW 1966, 1857 ff. - Tai-Ginseng; BGH GRUR 1969, 304 ff. - Kredithaie.

⁸²⁶ OLG Frankfurt AfP 1989, 553, 555 f.; BGH NJW 1966, 2010, 2011 - Teppichkehrmaschine.

⁸²⁷ So dazu BGH NJW 1984, 1956, 1957: „Das Herausgreifen gerade dieser Werbung hätte aber angesichts des Anliegens des Kl. nichts willkürliches, sondern bliebe im Sachzusammenhang zu seiner Warnung. [...] Dem BerGer. ist darin zu folgen[...]“; ähnlich auch BGH NJW 1987, 2746, 2747- Antiseptica.

tionierenden Teppichkehrmaschine etwa aus, dass der Kritiker sich allgemein mit der nachlassenden Qualität deutscher Wirtschaftsfabrikationen beschäftigte.⁸²⁸ Erst recht darf ein einzelnes Produkt im Vordergrund stehen, wenn der Gesamtzweck der Stellungnahme einer Warnung vor gesundheitsgefährdenden, präzise definierten Produkttypen dient.⁸²⁹ Damit lässt sich ebenfalls für diese Unterfallgruppe der unternehmerischen Rufschädigung durch Nichtmitbewerber feststellen, dass auch hier das Vorhandensein eines Sachbezugs zur Zulässigkeit wertender Herabwürdigungen ausreicht. Somit gehen auch diese Fallkonstellationen im bereits zuvor verdeutlichten Kriterium der Schmähkritik auf.

6) Die Rechtsfigur des Unternehmenspersönlichkeitsrechts als Ausdruck des zivilgerichtlichen Strebens nach Adaption bekannter Rechtsgrundsätze

Der gewerbliche Rechtsschutz vor herabsetzenden Meinungsäußerungen wird außerhalb des Wettbewerbsverhältnisses durch das Unternehmenspersönlichkeitsrecht als auch das Recht am Unternehmen bis auf die Voraussetzung des betriebsbezogenen Eingriffs inhaltsgleich gewährleistet.⁸³⁰ Dabei stellt sich die Frage, warum der BGH mit dem Geist von Oberzell-Urteil⁸³¹ überhaupt ein im Unternehmensrecht neuartiges Rechtsinstitut geschaffen und nicht auf die bereits entwickelte Fallgruppe zum Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zurückgegriffen hat.⁸³²

Die Anwendung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts jenseits von natürlichen Personen i.S.v. § 1 BGB war bis dahin primär auf (nicht-) rechtsfähige Vereine beschränkt, bei denen mangels Vorliegen eines Gewerbebetriebs der Schutz durch das Recht am Unternehmen nicht greifen konnte.⁸³³ Analysiert man das Geist von Oberzell-Urteil des BGH, so drängt sich der Verdacht auf, dass die Zivilgerichtsbarkeit mit der Annäherung des äußerungsrechtlichen Unternehmensschutzes an das allgemeine Persönlichkeitsrecht versuchte, die dafür bereits existenten verfassungsrechtlichen Abwägungsgrundsätze zu adaptieren.⁸³⁴ Denn für die Abwägung zwischen Persönlichkeitsrecht und Kunstfreiheit nach Art. 5 III S. 1 GG waren einschlägige verfassungsrichterliche Stellungnahmen bereits vorhanden.⁸³⁵ Die bestehende Unsicherheit, ob die mittels eines Kunstwerks geübte Kritik aufgrund des vorbehaltlosen Grundrechtsschutzes des Art. 5 III S. 1 GG zu Abwägungsmodifikationen führte, konnte somit überwunden werden. Im Wissen um die mit dem Mephistobeschluss des Bundesverfassungsgerichts festgestellten Grenze der Kunstfreiheit zugunsten des Persönlichkeitsrechts⁸³⁶, konnte

⁸²⁸ BGH NJW 1966, 2010, 2011 f. - Teppichkehrmaschine.

⁸²⁹ BGH NJW 1987, 2746, 2747 - Antiseptica; OLG Frankfurt AfP 1989, 553, 555 f.

⁸³⁰ So auch Quante, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht juristischer Personen, S.132; Born AfP 2005, 110, 112; Prinz/Peters, Medienrecht, Rn. 193.

⁸³¹ BGH JZ 1975, 637 ff. - Geist von Oberzell; das Recht am Unternehmen wird hier mit keinem Wort erwähnt; bei ähnlichem Grundrechtskonflikt dagegen anders OLG Stuttgart NJW 1976, 628, 631 f. - Unsere Siemenswelt.

⁸³² So schon vor 1975 etwa BGHZ 45, 296, 306 ff. - Höllenfeuer; vgl. auch BGH NJW 1970, 187, 189 f. - Hormoncreme; BGH NJW 1966, 2010, 2011 - Teppichkehrmaschine; LG Hamburg GRUR 1966, 275, 276 - Rentenhimmel.

⁸³³ Vgl. BGH NJW 1971, 1655; BGH GRUR 1975, 208 - Deutschland-Magazin.

⁸³⁴ Ganz ähnlich auch OLG Köln NJW 1992, 2641, 2642.

⁸³⁵ Allen voran BVerfGE 30, 173, 193 ff. - Mephisto; vgl. auch BVerfGE 35, 202, 244 - Lebach.

⁸³⁶ So bleibt folgende Feststellung des BGH (BGHZ 50, 133, 146 - Mephisto) vom Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde unbeanstandet: „Denn jedenfalls erfährt das Recht zur freien künstlerischen Betätigung in gewissem Umfang eine immanente Begrenzung mit Rücksicht auf das gleich-

der BGH einen ungerechtfertigten Eingriff in den sozialen Geltungsanspruch des Unternehmens durch das herabwürdigende Theaterstück annehmen, ohne Gefahr zu laufen durch eine erfolgreiche Urteilsverfassungsbeschwerde korrigiert zu werden.

Heute wäre eine derartige rechtliche Konstruktion nicht mehr notwendig, da der Schutz des Unternehmens vor unwarhen Tatsachenbehauptungen/herabsetzenden Werturteilen laut Bundesverfassungsgerichtsurteil explizit durch Art. 12 I GG⁸³⁷ abgesichert ist und kollidierendes Verfassungsrecht die Kunstfreiheit im Einzelfall durchaus begrenzen kann (sog. immanente Grundrechtsschranken).⁸³⁸ Es ist davon auszugehen, dass auch bei Berufung auf das Recht am Unternehmen die durch künstlerische Formen ausgedrückte herabsetzende Meinungsäußerung ihre Grenze in einem besonders schwerwiegenden Reputationseingriff findet. Der letztlich schon im Anwendungsbereich der Kommunikationsfreiheiten minimierte Reputationsschutz des Gewerbebetriebs darf auch dann nicht vollends ausgelöscht werden, wenn sich der Urheber zur sachfremden Realitätsverzerrung eines künstlerischen Mediums bedient.

Ungeachtet der Adaptionsbestrebungen des BGH im Einzelfall hat die Zivilrechtsprechung die Rechtsfigur des Unternehmenspersönlichkeitsrechts parallel zu den Entwicklungen zum Recht am Unternehmen fortwährend anerkannt⁸³⁹ ohne dabei eine tatsächliche Abgrenzung vorzunehmen. Die darin zum Ausdruck kommende Suche nach Rückgriff auf einen en detail durch alle Instanzen geklärten, grundrechtlichen Abwägungsprozess ist nachvollziehbar. Schließlich haben zivilrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzklagen vieler Privatpersonen, seien sie berühmt oder nicht, trotz der Unbestimmtheit des Gesetzesrechts zu einem Stadium an Rechtssicherheit geführt, das so ausgeprägt im äußerungsrechtlichen Unternehmensschutz nicht vorliegt.⁸⁴⁰

Trotz der Vergleichbarkeit der Materie darf jedoch nicht über die elementaren Unterschiede zwischen dem Reputationsschutz von Individuen und Gewerbebetrieben hinweggesehen werden: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht hat eine enge Verbindung zur unwägbaren Menschenwürde aus Art. 1 I GG, die dem Unternehmen unzugänglich ist.⁸⁴¹ Daher können dem Gewerbebetrieb die Persönlichkeitsrechte natürlicher Personen nicht in vollem Umfang zustehen.⁸⁴²

In Konsequenz daraus nimmt die Schutzintensität vor öffentlicher, kritischer Darstellung von Individuen zu je stärker der Kern menschlicher Lebensbereiche tangiert wird. Die Rechtsprechung und herrschende Literatur differenzieren dabei zwischen einer Intim-, Privat- und Sozialsphäre der natürlichen Person.⁸⁴³ Dagegen hat

falls verfassungsrechtlich garantierte Persönlichkeitsrecht.“; bestätigend etwa Buscher NVwZ 1997, 1057, 1062 f.; Isensee AfP 1993, 619, 627 f.

⁸³⁷ BVerfGE 105, 252, 272 f.; BVerfG DVBl 2005, 106, 107; BVerfG NJW 2008, 358, 359; siehe auch BGH NJW 2006, 830, 840 - Kirch/Deutsche Bank AG.

⁸³⁸ BVerfGE 67, 213, 228 - anachronistischer Zug; 77, 240, 256; BVerfG NJW 2001, 598; MKS GG-Starck Art. 5 III Rn. 328 ff.; AK GG-Ladeur Art. 5 III Rn. 17.

⁸³⁹ So beispielsweise BGHZ 81, 75, 78 - Carrera; BGH NJW 1986, 2951 f. - BMW; BGH NJW 1994, 1281, 1282- Jahresabschluss; OLG Köln NJW 1992, 2641 - Schtonk; OLG Köln NJW- RR 2007, 698 ff. - Gen-Milch; LG Köln, Urteil vom 08. Mai 2013 - 28 O 452/12 -, juris-Rn. 36 ff.

⁸⁴⁰ So ist gerade auch die Literatur zu diesem Themenkreis bedeutend umfangreicher; eine gute Übersicht dazu liefert MK BGB-Rixecker § 12 (Anhang) vor Rn. 1.

⁸⁴¹ BVerfGE 106, 28, 43 - Mitgehörtes Telefonat; Gostmzyk NJW 2008, 2082, 2084.

⁸⁴² Vgl. hierzu Klippel JZ 1988, 625, 630.

⁸⁴³ Ausführlich hierzu siehe Löffler PressR-Steffen § 6 Rn. 63 ff.; Soergel BGB-Beater § 823 (Anh IV) Rn. 42 ff.; Wenzel-Burkhardt Kap. 5 Rn. 38 ff.

das Unternehmen aufgrund fehlender Personalität und Würde nur eine Sozial- und Öffentlichkeitsphäre, die es durch das Offerieren von Leistungen am Wirtschaftsmarkt und dem Streben nach finanziellem Profit vollkommen freiwillig zur Disposition der Öffentlichkeit stellt.⁸⁴⁴ Ganz losgelöst vom Einzelfall kann daher geschlossen werden, dass der Schutz des Unternehmens vor wertenden Rufschädigungen hinter dem Schutz der Persönlichkeit zurückbleibt.⁸⁴⁵ Diesen offensichtlichen Unterschied anerkennend, reduziert die Zivilgerichtsbarkeit den Schutzzumfang des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Bereich der Wirtschaftsunternehmen auf die „äußere Ehre“ und damit den sozialen Geltungsanspruch des betroffenen Unternehmens.⁸⁴⁶ Hier besteht für natürliche Personen als auch Personenmehrheiten eine vergleichbare Gefährdungslage, so dass ein diesbezüglicher Funktionsschutz des Unternehmens gerechtfertigt ist. Eine „innere Ehre“ besitzt der Gewerbebetrieb dagegen fast selbsterklärend nicht.⁸⁴⁷

Um Verwirrungen im Verhältnis zwischen dem Reputationsschutz natürlicher Personen und Unternehmungen entgegenzuwirken, ist nichts desto trotz die Rechtsfigur des Unternehmenspersönlichkeitsrechts im Hinblick auf die beinahe inhaltsgleiche Fallgruppe des Rechts am Unternehmen als überflüssig zu verwerfen.⁸⁴⁸ Eine Ausnahme davon kann nur dann angenommen werden, wenn eben kein „Gewerbebetrieb“ im Sinne der richterlichen Rechtsfortbildung zu § 823 I BGB vorliegt, sondern ein Verein oder aber eine religiöse Organisation⁸⁴⁹ gerichtlichen Schutz zur Abwehr von Reputationsschäden sucht.

B) Fallgruppe „Waren- und Dienstleistungstests“

1) Wertungsvorgaben durch die Legislative und das Bundesverfassungsgericht

a) Wertungsvorgaben des Bundesgesetzgebers

Die Veröffentlichung von Produkt- und Dienstleistungsvergleichen bzw. -kontrollen durch wettbewerbsfremde Dritte hat in Deutschland ihren Ursprung in den Auswirkungen des Wirtschaftswunders der 50er Jahre des letzten Jahrhunderts.⁸⁵⁰ Mit sich verbessernder Infrastruktur und stabiler neuer Währung wuchs die Anzahl und Vielfalt der am Markt verfügbaren Produkt- und Dienstleistungen so immens an, dass die Verbraucher bei der Suche geeigneter Unternehmensleistungen zunehmend überfordert waren.⁸⁵¹ Gerade Anfang bis Mitte der 60er Jahre wurden Berichterstattungen, die - angelehnt an amerikanische und englische Vorbilder - die Leistungsfä-

⁸⁴⁴ Vgl. BGH AfP 1995, 404, 407 f. - dubiose Geschäftsgebaren; OLG Karlsruhe NJW-RR 2002, 1695, 1696-Pfischer/Scharlatan; LG Bonn NJW-RR 2006, 486, 487 f.; OLG Köln NJW 1992, 2641, 2642; siehe auch Ricker, Unternehmensschutz und Pressefreiheit, S. 36; Ricker NJW 1990, 2097, 2098.

⁸⁴⁵ Vgl. BGHZ 36, 77, 80 - Waffenhändler; Ba/Ro BGB-Spindler § 823 Rn. 129; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2 § 81 III 1a) (S. 547); Prinz/Peters, Medienrecht, Rn. 202; Staudinger BGB-Hager § 823 D 24; ähnlich auch Ricker NJW 1990, 2097, 2098.

⁸⁴⁶ Stellvertretend BGH NJW 1986, 2951 - BMW; vgl. auch Koreng GRUR 2010, 1065, 1068.

⁸⁴⁷ Leßmann AcP 170, 266, 268 f.

⁸⁴⁸ Kritisch zum Unternehmenspersönlichkeitsrecht ebenfalls Kau, Vom Persönlichkeitsschutz zum Funktionsschutz, S. 9 ff. u. 110 ff.; vgl. auch Köller, Meinungsfreiheit und unternehmensschädigende Äußerung, S. 51 f. der ebenfalls auf den Zuschnitt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf natürliche Personen hinweist; ebenso Koreng GRUR 2010, 1065, 1069.

⁸⁴⁹ BGHZ 78, 275, 278 ff. - Scientology Kirche; ähnlich Koreng GRUR 2010, 1065, 1067.

⁸⁵⁰ Vgl. Boecken, Die Haftung der Stiftung Warentest für Schäden der Verbraucher aufgrund irreführender Testinformationen, 1998, S. 20 f.; Ulmer, Vergleichende Warentests, FIW-Schriftenreihe 1964, S. 12 ff.

higkeit branchenspezifischer Produkte und Dienstleistungen gegenüberstellten, zunehmend beliebter.⁸⁵² Da das oftmals vom betroffenen Unternehmen abgelehnte schlechte Testergebnis von der herrschenden Meinung als Werturteil⁸⁵³ eines Nichtwettbewerbers angesehen wurde, war schnell das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nach § 823 I BGB als einschlägige Anspruchsgrundlage eines etwaigen Unterlassungs- bzw. Schadensersatzanspruchs ausfindig gemacht.⁸⁵⁴

Der Wille des Gesetzgebers, der für die Fallgruppe der Waren und Dienstleistungstest keine zusätzliche Gesetzesregelung zur Verfügung stellte, ist dabei auf die grundsätzlich liberale Aussage zu reduzieren, dass wertende Stellungnahmen über gewerbliche Leistungen tendenziell bis zur Grenze einer *vorsätzlichen* Herabsetzung zulässig sind.⁸⁵⁵ So wie das gesamte Rechtsinstitut des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs ist damit auch diese Unterfallgruppe als weitestgehend vom Gesetzesrecht losgelöste, richterliche Rechtsfortbildung anzusehen, die sich vornehmlich an einer fallspezifischen Güter- und Interessenabwägung orientiert.

b) Wertungsvorgaben des Bundesverfassungsgerichts

Bislang hatte das Bundesverfassungsgericht keine Möglichkeit die von den zivilen Obergerichten entwickelten Abwägungsgrundsätze für das Spannungsfeld zwischen Verbraucheraufklärung, Kommunikationsfreiheit und Schutz der Unternehmensreputation im Bereich der außerwettbewerblichen Warentests einer genauen verfassungsrechtlichen Überprüfung zu unterziehen. Im Beschluss des ersten Senats vom 28.07.2004 ging das Gericht allerdings auf die Fallgruppe der Waren- und Dienstleistungstests ein, obwohl die den zivilgerichtlichen Urteilen zugrundeliegende herabsetzende Aussage des „gerlach-reports“ als selektive Einzelkritik einzustufen war. Im Beschluss heißt es wörtlich:

„Es kann offen bleiben, wie weit die Bekl. des Ausgangsverfahrens bei der Durchsetzung dieses Anliegens durch wertende Äußerungen ihrerseits Anforderungen der Sachlichkeit unterliegen und diese verletzt sind. Denn im vorliegenden Zusammenhang ergibt sich für den Empfängerkreis des »gerlach-report« bereits aus der Art der Darstellung, dass ein subjektives Werturteil formuliert wurde. Hier wurde- anders als etwa in dem in BGH, NJW 1976, 620 (622) entschiedenen Fall eines Testvergleichs der Stiftung Warentest keine Neutralität in Anspruch genommen und kein Vertrauen auf die Objektivität der Bewertung geschaffen.“⁸⁵⁶

Damit verdeutlicht das Bundesverfassungsgericht, dass es differenzierende Abwägungsgrundsätze zwischen den beiden hier thematisierten, äußerungsrechtlichen Fallgruppen als mit den kollidierenden Grundrechtspositionen vereinbar erachtet ohne dabei im Detail auf die Vorgehensweise des BGH bei Waren- und Dienstleistungstests einzugehen. Das vom Kritiker rechtlich zu erwartende Niveau an Sachlichkeit steht damit in direk-

⁸⁵¹ Bofinger NJW 1965, 1833 f.

⁸⁵² Pionierarbeit leistete dabei die Zeitschrift „DM“, die zu Beginn der 60er Jahre als erste und ohne große Scheu vor Unterlassungs- bzw. Schadensersatzklagen unabhängige, vergleichende Warentests durchführte und publizierte; vgl. dazu OLG Celle NJW 1964, 1804 ff. - Volkswagen.

⁸⁵³ BGH NJW 1976, 220, 221 - Warentest II; Tilmann NJW 1975, 758, 761; Koppe/Zagouras GRUR 2005, 1011, 1012.

⁸⁵⁴ Vgl. BGH NJW 1967, 113 - Warentest I; BGH NJW 1976, 620, 621 - Warentest II; grundlegend Hefermehl GRUR 1962, 611, 614; Bussmann GRURAusl 1964, 196, 197; Droste GRUR 1965, 219; Ulmer, Vergleichende Warentests, FIW-Schriftenreihe 1964, S. 19.

⁸⁵⁵ Vgl. dazu schon oben S. 87 ff.

ter Abhängigkeit zur Seriosität, die der Berichterstatter in den Augen der Rezipienten für sich und das Bewertungsverfahren in Anspruch nimmt. Je größer das Vertrauen des Durchschnittsempfängers in die Objektivität der Stellungnahme ist, desto eher sind über einen einfachen Sachbezug hinaus auch tiefgreifende inhaltliche Anforderungen an die getätigte Wirtschaftskritik zu stellen. Somit bestätigt das Bundesverfassungsgericht zumindest im Kern die Rechtsgrundsätze, die der BGH mit der zweiten Warentestentscheidung⁸⁵⁷ im Jahre 1976 aufgestellt hat.

2) Der Waren- und Dienstleistungstest und seine herausragende volkswirtschaftliche Funktion als Basis für einen von der Höllenfeuertdogmatik abweichenden Ausgleich der Rechtspositionen

In Anbetracht der Tatsache, dass sich der Gewerbetreibende einer Kritik seiner Leistung stellen muss⁸⁵⁸ und die Äußerungen im Wirtschaftskontext in vollem Umfang vom Schutzbereich der Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 I GG erfasst sind, gilt grundsätzlich auch für Warentests die Schmähdiskussion als Minimalgrenze der Meinungsfreiheit.⁸⁵⁹ Denn gerade hier wird stets betont, dass die angesprochenen Publizierungen in ganz besonderem Maße der Markttransparenz und Verbraucheraufklärung⁸⁶⁰ dienen und damit zweifelsfrei Stellungnahmen in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage darstellen. So ist es beispielsweise sogar erklärter Zweck der Stiftung Warentest anhand von objektivierbaren Merkmalen der Öffentlichkeit Informationen zur Verfügung zu stellen, die zur Verbesserung der Marktsituation beitragen.⁸⁶¹ Von einer uneingeschränkten Vermutung der freien Rede wäre danach eigentlich auszugehen.

Nichtsdestotrotz hat der BGH in seinem Warentest II-Urteil⁸⁶², das der aktuellen Zivilrechtsprechung⁸⁶³ zugrunde liegt, weiterführende Anforderungen an die Zulässigkeit von Waren- und Dienstleistungstests aufgestellt. Danach muss die aufgrund der Kommunikationsgrundrechte grundsätzlich mit weiten Gestaltungsspielräumen ausgestattete, zusammenfassende Stellungnahme⁸⁶⁴ durch Besonderheiten im Testverfahren legitimiert werden. Das Testverfahren muss sich prinzipiell als neutral, objektiv und sachlich erweisen⁸⁶⁵ und des Weiteren hat das Testergebnis zumindest vertretbar bzw. diskutabel⁸⁶⁶ zu sein. Diese zusätzlichen, inhaltlichen Anforder-

⁸⁵⁶ BVerfG DVBl. 2005, 106, 108.

⁸⁵⁷ BGH NJW 1976, 620, 622 - Warentest II.

⁸⁵⁸ BGHZ 36, 77, 80 - Waffenhändler; BGH NJW 1967, 113 - Warentest I; BGH NJW 2002, 1192, 1193.

⁸⁵⁹ Vgl. beispielhaft Köhler/Bornkamm UWG-Köhler § 6 Rn. 202.

⁸⁶⁰ BGH NJW 1976, 620, 622 - Warentest II; BGH GRUR 1987, 2222, 2223 - Warentest IV; BGH NJW 1989, 1923; OLG Frankfurt NJW-RR 2002, 1697, 1698; OLG Köln NJW-RR 1995, 1489; Hefermehl GRUR 1962, 611, 612; Wenzel-Burkhardt Kap. 10, Rn. 74; Helle S. 217 f.

⁸⁶¹ Vgl. hierzu § 2 I Satzung der Stiftung Warentest.

⁸⁶² BGH NJW 1976, 620 ff. - Warentest II = BGHZ 65, 325 ff.

⁸⁶³ Vgl. dazu exemplarisch OLG München NJW-RR 2006, 1131 f.; OLG Frankfurt NJW-RR 2005, 1634, 1635.

⁸⁶⁴ BGH NJW 1997, 2593, 2594 - Druckertest; OLG Karlsruhe NJW-RR 2003, 177, 178.

⁸⁶⁵ BGH NJW 1976, 620, 622 - Warentest II; BGH NJW 1989, 1923; BGH NJW 1987, 2222, 2223 - Warentest IV; OLG Frankfurt VersR 2003, 470; Ba/Ro BGB-Spindler § 823 Rn. 134; MK BGB-Wagner § 823 Rn. 275.

⁸⁶⁶ BGH NJW 1976, 620, 622 - Warentest II; BGH NJW 1997, 2593, 2594 - Druckertest.

rungen, die zunächst auf die Stiftung Warentest zugeschnitten waren⁸⁶⁷, sind im Laufe der Jahre ebenfalls auf andere Urheber vergleichender Produkt- und Dienstleistungstests übertragen worden.⁸⁶⁸

Während im Bereich der selektiven Einzelkritik die deliktsrechtliche Zulässigkeit der Aussage dann garantiert ist, wenn über die bloße Herabsetzung hinaus überhaupt ein Begründungsansatz vorliegt, werden für Testvergleiche außerhalb des Wettbewerbsverhältnisses weiter reichende Inhaltskontrollen und besondere Sorgfalts- bzw. Rücksichtnahmeverpflichtungen⁸⁶⁹ für den Äußernden festgelegt. Dabei stellt sich angesichts der erhöhten Bedeutungsdimension der Äußerungsfreiheiten in öffentlichkeitsrelevanten Themenbereichen die Frage, mit welchen Argumenten sich dieses Abrücken von der durchweg kommunikationsfreundlichen, reinen Höllenfeuertdogmatik rechtfertigen lässt.

Der Hauptgrund dafür liegt in dem Bedürfnis nach Anhebung des unternehmensspezifischen juristischen Schutzniveaus.⁸⁷⁰ Wie sozialwissenschaftliche Untersuchungen herausgefunden haben, hat der Warenvergleich von anerkannten, überparteilichen Institutionen nämlich eine außergewöhnlich intensive Wirkung⁸⁷¹ auf den Wirtschaftsmarkt, die den Einfluss von selektiver Einzelkritik bei Weitem übersteigt. Die wissenschaftliche Arbeitsweise, Erfahrung des testenden Fachpersonals sowie die (vermeintliche) Überparteilichkeit der Testinstitute schaffen ein besonderes Grundvertrauen in das Testergebnis, so dass gerade beim fachfremden Verbraucher⁸⁷² der individuelle Reflexionsprozess zumindest zum Teil wegfällt. Die unabhängige Gutachterstellung des Testers ergänzt und unterstützt nicht nur die individuelle Entscheidungsfindung am Markt (wie bei selektiver Einzelkritik), sie tritt häufig ersatzlos an deren Stelle.⁸⁷³ Die Dichte an entscheidungsrelevanten Tatsachenbehauptungen, die mit der wertenden Stellungnahme traditionell verflochten werden, bescheren den Testern eine gewaltige Konsumlenkungsmacht⁸⁷⁴, die bedingt durch den stark verkürzten Meinungsbildungsprozess der Rezipienten den Absatzerfolg der geprüften Produkte geradezu unmittelbar mitbestimmt.

Dagegen scheint das betroffene Unternehmen trotz seiner Möglichkeit mit Eigenwerbung dem Urteil des Warentesters entgegenzutreten, derart machtlos zu sein, dass der BGH einen intensiveren Unternehmensschutz als angemessen erachtet. Dieses Bedürfnis verdichtet sich ferner, da heutzutage die eruierten Testergebnisse unter Zuhilfenahme aller medialer Übertragungsformen publiziert werden und daher ein großer Teil aller potentiellen

⁸⁶⁷ Lachmann BB 1976, 245.

⁸⁶⁸ Siehe hierzu etwa KG Berlin WM 2006, 1432, 1433 (Rating Agentur); OLG München NJW-RR 2006, 1131 f.; OLG Karlsruhe NJW-RR 2003, 177, 178 (Ökotest); OLG Frankfurt NJW-RR 2002, 1697, 1698 (FinanzTest); OLG Düsseldorf BB 1982, 62, 63 (ADAC); für modifizierte Anforderungen an andere Testberichterstattungen dagegen Assmann/ Kübler ZHR 142, 413, 423ff; Lachmann BB 1982, 65, 68.

⁸⁶⁹ Es muss ein ernsthaftes „Bemühen“ um Richtigkeit der Stellungnahme erkennbar sein; vgl. dazu BGH NJW 1987, 2222, 2223 - Warentest IV.

⁸⁷⁰ Vgl. hierzu OLG Frankfurt NJW-RR 2005, 1634, 1635: „Um den Zweck einer zuverlässigen Verbraucheraufklärung zu erreichen, aber auch im Hinblick auf die Folgen fehlerhafter Bewertungen für die Anbieter, sind ein an hinreichender Sachkunde orientiertes faires Prüfungsverfahren und sachliche Schlussfolgerungen aus den gewonnenen Ergebnissen erforderlich.“

⁸⁷¹ Vgl. dazu etwa Hart WRP 1986, 515, 518 f.; Raffée/Silberer (Hrsg.), Warentest und Unternehmen, 1983, S. 218 ff.; Köhler/Bornkamm UWG-Köhler § 6 Rn. 195; Wenzel-Burkhardt Kap. 10 Rn. 79: „Testurteile anerkannter Testveranstalter bewirken damit oftmals gravierende Marktverschiebungen.“

⁸⁷² Ebenfalls auf die fehlende Sachkunde verweist Ricker, Unternehmensschutz und Pressefreiheit, S. 69; Messer GRUR 1996, 647, 648.

⁸⁷³ Vgl. hierzu OLG Düsseldorf BB 1982, 62, 63; dort ist von blindem Vertrauen der ADAC-Leserschaft in die aufgestellten Testergebnisse die Rede.

Kunden die wertenden Daten zur Kenntnis nehmen kann.⁸⁷⁵ Daneben wird bei mangelnder Neutralität und Objektivität des Verfahrens der eigentliche Zweck der Testdurchführung, nämlich die verlässliche Unterstützung des Verbrauchers bei der Ausübung seiner ökonomischen Schiedsrichterfunktion, verfehlt. Das entgegengebrachte Konsumentenvertrauen wäre entgegen der staatlichen Zielvorstellung einer gerechten, leistungsorientierten Bestenauslese zur Irreführung ausgenutzt.

Alles in allem lässt sich das Stufenverhältnis im Schutzzumfang bei selektiver Einzelkritik und Waren -bzw. Dienstleistungstests also damit erklären, dass sich der außerordentliche Einfluss der objektiven Produkttests nicht mit einem Verweis auf die reinigenden Kräfte des freien, selbstverantwortlichen Meinungsmarkts relativieren lässt. Um einen Missbrauch zuungunsten der Unternehmensreputation zu verhindern, ist im Hinblick auf die gesteigerte Adaptionbereitschaft des Rezipienten ein die Meinungsfreiheit stärker einschränkendes, unternehmensfreundliches Abwägungsergebnis tunlich.

Der freie Gestaltungsspielraum innerhalb der methodischen Eckpfeiler der Sachlichkeit, Neutralität und Objektivität gewährleistet, dass dem Testberichtersteller ausreichend Möglichkeiten verbleiben von seiner grundrechtlich gewährleisteten Äußerungsfreiheit Gebrauch zu machen. Auszuschließen sind dabei in der Regel nur bewusste Verfälschungen des Testergebnisses und grobe Ungerechtigkeiten bei der Auswahl der Prüfungsbestandteile⁸⁷⁶, etwa einer auffällig einseitigen Prüfungszusammenstellung oder aber die Einflussnahme eines Konkurrenten auf das Testergebnis⁸⁷⁷. Ebenfalls ist von einem rechtswidrigen Test auszugehen, wenn das dem Verbraucher geschilderte Prüfungsverfahren von der tatsächlichen Prüfweise abweicht.⁸⁷⁸ Darüber hinaus bleibt es aber in Ausübung des Gestaltungsspielraums trotz Sorgfalts- und Rücksichtnahmepflichten erlaubt, das Prüfungsniveau auch über den Standard der DIN-Normen hinaus strenger auszugestalten⁸⁷⁹ oder aber die Anzahl der Testteilnehmer⁸⁸⁰ - sofern nicht wahllos - selbst zu bestimmen. Auf diesem Weg wird abgesichert, dass die Zivilgerichte nur die Grundzüge der Argumentation begutachten und nicht gleichzeitig als Warentestveranstalter zweiter Instanz auftreten.⁸⁸¹

3) Der betriebsbezogene Eingriff als spezielle Grenze des Unternehmensschutzes vor unliebsamen Testberichterstattungen

Der Rechtsschutz des Gewerbebetriebs vor unabhängigen, vergleichenden Produkttests ist jedoch beschränkt auf Schadensersatz- oder Unterlassungsansprüche, die eine inakzeptable Notenvergabe bzw. Rankingplatzierung in Bezug auf das klagende Unternehmen zum Gegenstand haben. Wird die Konkurrenz zu Unrecht besser bewertet, sind deutlich schlechtere Marktteilnehmer gar nicht in das Testportfolio aufgenommen worden oder

⁸⁷⁴ Boecken, Die Haftung der Stiftung Warentest für Schäden der Verbraucher aufgrund irreführender Testinformationen, 1998, S. 60.

⁸⁷⁵ Vgl. auch Wenzel-Burkhardt Kap. 10 Rn. 73; so gibt die Stiftung Warentest beispielsweise neben dem eigenen Fachmagazin „Test“ von Zeit zu Zeit einen komprimierten Testkompass heraus, der zum Nachdruck freigegeben ist. Zu der darüber hinaus gehenden Möglichkeit der Werbung mit erlangten Testauszeichnungen.

⁸⁷⁶ Vgl. OLG Frankfurt NJW-RR 2002, 1697, 1698; BGH NJW 1987, 2222, 2223 - Warentest IV.

⁸⁷⁷ OLG München NJW-RR 1997, 1330 f.

⁸⁷⁸ OLG München AfP 1986, 74, 75.

⁸⁷⁹ BGH NJW 1987, 2222, 2223 - Warentest IV; siehe auch Hart WRP 1986, 515, 517.

⁸⁸⁰ BGH NJW 1987, 2222, 2224 - Warentest IV.

ist das eigene Produkt beim Leistungsvergleich außen vor geblieben, so scheidet der äußerungsrechtliche Anspruch schon an der mangelnden Betriebsbezogenheit des Eingriffs.⁸⁸²

Die damit im Auge des Verbrauchers hervorgerufene Marktverzerrung zuungunsten des betroffenen Unternehmens ist durch die Zivilrechtsprechung als bloßer Reflexschaden eingestuft worden.⁸⁸³ Hier greift der allgemeingültige Grundsatz, dass der Schutz vor gewerblichen Eingriffen nur bei gezielter bzw. direkter Beeinträchtigung der spezifischen Unternehmung gewährt wird um einer Haftungsausuferung entgegenzuwirken.⁸⁸⁴ Mittelbare Vermögenseinbußen, die nicht aus einer zielgerichteten Nähebeziehung des Schädigers zum Geschädigten resultieren, sollen keinen deliktsrechtlichen Anspruch auslösen. Diese Übertragung der Rechtsdogmatik zum Recht am Unternehmen auf die besondere Fallgruppe der Waren- und Dienstleistungstests ist dogmatisch sauber, aber nicht unumstritten.⁸⁸⁵

Schließlich kann, sofern man von einer bedingungslosen Akzeptanz des Testergebnisses seitens der Verbraucherschaft ausgeht, die Nichtberücksichtigung oder ungerechtfertigte Betterbewertung der Konkurrenzangebote die gleiche absatzschwächende Wirkung für die offerierte Unternehmensleistung nach sich ziehen. Denn die für den unternehmensspezifischen Umsatz relevante Kaufentscheidung der Rezipienten richtet sich primär nach den von den Testern *gelobten* Unternehmensleistungen. Ist ein(e) Produkt/ Dienstleistung so oder so nicht auf diese Art und Weise vom Testberichter bedacht, wird mittelfristig mit Umsatzschwierigkeiten zu rechnen sein.

Damit hat das betroffene Unternehmen sich wegen der Äußerungs- und Gestaltungsfreiheit des Testers jedoch juristisch abzufinden. Ein Anspruch auf Vollständigkeit des Ergebnisses und Richtigkeit in allen Details besteht eben nicht. Gerade bei Nichtberücksichtigung im Testverfahren verbleibt dem Unternehmen noch die Möglichkeit auf den ganz unvoreingenommenen Verbraucher mittels Eigenwerbung einzuwirken. Eine Betriebsbezogenheit des Eingriffs in den nicht berücksichtigten Gewerbebetrieb ist dann ausnahmsweise anzunehmen, wenn der Testberichtersteller fälschlicherweise eine vollständige Prüfung aller Marktteilnehmer einer bestimmten Wirtschaftsbranche in Aussicht stellt.⁸⁸⁶

⁸⁸¹ So auch Schrickler GRUR 1976, 274, 275.

⁸⁸² Vgl. Ba/Ro-BGB-Spindler § 823 Rn. 133; NK Medienrecht-Vendt Abschnitt 38 Rn. 13.

⁸⁸³ BGH NJW 1987, 2222, 2225 - Warentest IV; BGH NJW 1976, 620, 624 - Warentest II; OLG Frankfurt NJW-RR 2002, 1697, 1698.

⁸⁸⁴ Vgl. nur BGH NJW 2003, 1040, 1041: „Der *Senat* hat bereits mehrfach betont, dass der von der Rechtsprechung erarbeitete Deliktsschutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs nicht in einen allgemeinen deliktischen Vermögensschutz für Gewerbetreibende ausufern darf, die dem deutschen Rechtssystem der in kasuistischer Art geregelten Deliktstatbestände zuwiderlaufen würde[...]. Deshalb bedarf es für eine sachgerechte Eingrenzung des Haftungstatbestands des Erfordernisses eines unmittelbaren Eingriffs in dem Sinne, dass der Eingriff sich irgendwie gegen den Betrieb als solchen richtet, also betriebsbezogen ist und nicht vom Gewerbebetrieb ohne weiteres ablösbare Rechte oder Rechtsgüter betrifft.“

⁸⁸⁵ Vgl. zum unvollständigen Testbericht etwa Messer GRUR 1996, 647, 648 ff.; kritisch Wenzel-Burkhardt Kap. 5 Rn. 147.; ausführlich Brinkmann BB 1983, 91, 93 f.; Lachmann BB 1976, 245, 246.

C) **Stellungnahme zur Zivilrechtsprechung bei herabsetzenden Werturteilen außerhalb des Wettbewerbsverhältnisses**

Alles in allem hat die Zivilrechtsprechung - auf dem Höllenfeuerurteil aufbauend und bestätigt durch das Bundesverfassungsgericht⁸⁸⁷ - es geschafft, die aufgrund der unübersichtlichen Spannungslage der Rechtsgüter und dem Deutungserfordernis im Einzelfall komplexe Rechtslage durch Bildung von Fallgruppen klar zu systematisieren.

Dabei bleibt der Grundgedanke des Gesetzgebers, der Äußerungsfreiheit bei Meinungskundgaben bis zur Grenze von § 826 BGB weite Gestaltungsspielräume einzuräumen, durch die enge Auslegung der Schmähkritik und die Erkenntnis, dass Wirtschaftsfragen von bedeutendem, öffentlichem Interesse sind, gewahrt. Eine Anhebung des Schutzniveaus zugunsten der Gewerbebetriebe ist indes dann angemessen, wenn das Argument der Relativität einer subjektiven Aussage am Markt der Meinungen wegen des spezifischen Vertrauensvorsprungs des Kommunikators nicht mehr greift und ein gewaltiger Imageschaden ohne zivilrechtliche Sanktionierung nicht verhindert werden kann.

Der Staat greift also dann zu Gunsten des Unternehmens ein, wenn der Selbstreinigungsprozess am Markt der Meinungen zu Lasten des betroffenen Unternehmens zu versagen droht. Unter diesen Umständen ist es tunlich über die Prüfung des generellen Bestehens eines Sachbezuges hinaus auch eine beschränkte richterliche Richtigkeitskontrolle der abgegebenen Wirtschaftskritik durchzuführen. Das gilt gerade für Waren- und Dienstleistungstests renommierter Testveranstalter, als auch für Fallkonstellationen, bei denen der Rezipient aufgrund außerordentlicher Zwangslagen⁸⁸⁸ im selbstständigen Reflektionsprozess beeinträchtigt wird.

Der Nachteil richterlicher Rechtsfortbildung in Kombination mit dem Erfordernis einer Güterabwägung im Einzelfall ist, dass gelegentliche Fehlentscheidungen wegen der Knappheit an Orientierungspunkten und Verschiedenheit der konkreten Fallgegebenheiten vorkommen. So zeigt sich etwa, dass die Instanzgerichte vereinzelt dazu neigen, die Schmähkritik entgegen verfassungsgerichtlicher Vorgaben zu weit auszulegen⁸⁸⁹ oder aber mit der Bedeutung der Meinungsfreiheit für die Markttransparenz unvereinbare Zusatzkriterien⁸⁹⁰ zur Ausdehnung des Unternehmensschutzes entwickeln. Gleiches gilt für die im Anwendungsbereich des Gewerbebetriebes weitestgehend überflüssige Rechtsfigur des Unternehmenspersönlichkeitsrechts. Letztlich können solche, abweichenden Einzelfälle aber auch zu einer Schärfung des Bewusstseins für die tatsächlichen, dogmatischen Grundsätze beitragen.

Aus den weiten Freiräumen, die die Rechtsprechung und der Gesetzgeber der Äußerungsfreiheit in Wirtschaftsbelangen einräumen, ist ferner zu schließen, dass der Staat nach seiner Vorstellung von Wettbewerb Nichtmitbewerber geradezu dazu auserkoren hat, Wirtschaftskritik zu üben. Die Einräumung von rechtlichen Freiräumen spiegelt die Absicht des Staates zur Förderung nichtwettbewerblicher Unternehmenskritik wider. Das kann wohl ganz besonders für die Medien angenommen werden, denen generell die öffentliche Aufgabe

⁸⁸⁶ Vgl. auch Brinkmann GRUR 1988, 516, 519; Messer GRUR 1996, 647, 649.

⁸⁸⁷ BVerfG DVBl 2005, 106, 108 f.; BVerfGE 60, 234, 240 f. - Kredithaie.

⁸⁸⁸ BGH NJW 1999, 279, 281 f.

⁸⁸⁹ BGH GRUR 1977, 801, 803 f. - Halsabschneider.

zur Förderung von geistigen Auseinandersetzungen durch die Verfassungsrechtsprechung auferlegt ist.⁸⁹¹ Auf diesen Aspekt wird noch bei der Darstellung der lauterkeitsrechtlichen Rechtsprechungspraxis zurückzukommen sein.⁸⁹²

2. Absatz Wahre Tatsachenbehauptungen

A) Wertungsvorgaben durch die Legislative und das Bundesverfassungsgericht

1) Wertungsvorgaben des Bundesgesetzgebers

Im Umkehrschluss zu der klaren Regelung des § 824 BGB und der damit geschaffenen Anspruchsgrundlage gegen unwahre, kreditgefährdende Tatsachenbehauptungen ist davon auszugehen, dass die Verbreitung und Aufstellung von wahren Tatsachenbehauptungen in Anerkennung der bürgerlichen Äußerungsfreiheit grundsätzlich als zulässig zu errachten ist.⁸⁹³ Das muss konsequenter Weise auch dann gelten, wenn sie kreditgefährdend i.S.v. § 824 BGB sind.

2) Wertungsvorgaben des Bundesverfassungsgerichts

Verfassungsgerichtliche Aussagen zum Verhältnis zwischen Kommunikationsfreiheit und der Geschäftsehre des betroffenen Unternehmens bei der Verbreitung und Behauptung von wahren, ehrenrührigen Tatsachenbehauptungen über gewerbliche Leistungen liegen nicht vor. Auch hier zeigt sich, dass die verfassungsgerichtlichen Wertungsvorgaben wegen des eingeschränkten Prüfungsumfangs lediglich fragmentarischer Natur sind. Richtungsweisend ist allerdings die Feststellung des Bundesverfassungsgerichts, dass der Schutz der beruflichen Betätigung vor unternehmensschädigender Kritik sich in unzutreffenden Informationen sowie herabsetzenden bzw. sachfremden Werturteilen erschöpft.⁸⁹⁴ Von einem gewerblichen Rechtsschutz vor wahren Tatsachenbehauptungen ist im Bezug auf Wirtschaftsunternehmen also nicht die Rede. Demzufolge ist davon auszugehen, dass der grundrechtlichen Äußerungsfreiheit des Kommunikators grundsätzlich keine Grenzen gesetzt sind. Wahre Tatsachenbehauptungen müssen also in der Regel hingenommen werden, selbst wenn sie für den Betroffenen nachteilig sind.⁸⁹⁵ Einen Ausnahmefall hierzu stellt der Wallraff-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts dar. Unter Berufung auf die Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit als notwendige Bedingung einer freien Presse⁸⁹⁶ stellte das Bundesverfassungsgericht fest, dass die wahre, ehrenrührige Tatsachenbehauptung über das betroffene Medienunternehmen ihre Zulässigkeitsgrenze gerade in der illegalen Beschaffung der Information finden kann. Dabei ist eine umfassende Abwägung der kollidierenden Grundrechtsgüter im Einzelfall entscheidend. Ob diese Anerkennung einer innerbetrieblichen Vertrauenssphäre auch fernab von den spe-

⁸⁹⁰ LG Köln AfP 2003, 81, 82 - Gefälligkeitsstudie; OLG Köln NJW-RR 2001, 1486, 1488 f. - Gefälligkeitsjournalismus.

⁸⁹¹ Vgl. dazu bereits oben S. 57 ff.

⁸⁹² Vgl. hierzu noch unten S. 183 ff.

⁸⁹³ Kübler AcP 172, 177, 188; Völp WRP 1963, 109, 114; Hawran, Öffentliche Gewerbekritik durch Verbraucher, S. 130; siehe dazu bereits oben S. 95 ff.

⁸⁹⁴ BVerfG DVBl 2005, 106, 107; BVerfG NJW 2008, 358, 359.

⁸⁹⁵ BVerfGE 99, 185, 196 - Scientology; BVerfG NJW-RR 2001, 411; BVerfG NJW-RR 2000, 1209, 1210.

⁸⁹⁶ BVerfGE 66, 116, 134 f. - Wallraff.

ziellen Bedürfnissen der Redaktion eines Medienunternehmens auf unternehmerische Betätigungen übertragbar ist, lies das oberste Gericht allerdings offen.⁸⁹⁷

B) Die wahre, unternehmensbezogene Tatsachenbehauptung in der richterlichen Rechtsfortbildung

Wahre herabsetzende Tatsachenbehauptungen nehmen im Spannungsfeld zwischen dem Schutz der Geschäftsehre und den Kommunikationsgrundrechten eine ganz besondere Rolle ein. Geht man davon aus, dass der Sinn und Zweck der Äußerungsfreiheiten aus Art 5 I GG darin liegt Individuen in die Lage zu versetzen, Wahrheiten ans Licht zu führen sowie wertende Ansichten frei zu entwickeln⁸⁹⁸, so muss der Fakt als absolutes Kernstück der Kommunikationsfreiheit angesehen werden. Denn die mit der Realität übereinstimmende Tatsachenbehauptung ist die notwendige Quelle von deren Vorhandensein die Wirk- und Überzeugungskraft einer Meinungsäußerung abhängen sollte.⁸⁹⁹ Beruht eine Stellungnahme nicht auf nachvollziehbaren, zutreffenden Fakten, so wird die darauf fussende Interpretation auf Dauer nicht überzeugend oder gar mehrheitsfähig sein können. Wahrheiten sind mithin der verbindlichste Leitfaden und Ursprung für individuelles Handeln in der Gesellschaft überhaupt; insbesondere am Wirtschaftsmarkt. Damit steht eigentlich außer Frage, dass die Offenlegung von wahren Tatsachenbehauptungen über Unternehmen und deren Leistungen im Interesse der Öffentlichkeit steht, da sie bedingungslos dazu beiträgt, die Markttransparenz zu erhöhen.⁹⁰⁰

Etwas verwunderlich erscheint es deswegen, dass der BGH zeitweise die Zulässigkeit der Veröffentlichung von zutreffenden Tatsachenbehauptungen im Interesse eines expansiven Unternehmensschutzes an weitere Voraussetzungen geknüpft hat. Denn wenn selbst für Werturteile die Grenze der Zulässigkeit in der Regel erst bei böswilliger und gehässiger Schmähkritik⁹⁰¹ erreicht ist, so müssen erst recht für wahre Tatsachenbehauptungen denkbar niedrige Publizierungsbeschränkungen existieren.⁹⁰² Andersartige Tendenzen der Rechtsprechung lassen sich auch nicht mit dem Gesetzestext vereinbaren, der explizit nur unwahre, kreditschädigende

⁸⁹⁷ So findet sich ein Hinweis auf die Übertragbarkeit der Grundsätze ausschließlich in der verfassungsgerichtlichen Zusammenfassung des der Urteilsverfassungsbeschwerde zugrundeliegenden BGH-Urteils (BVerfGE 66, 116, 120 - Wallraff mit Bezug auf BGHZ 85, 25, 32 - Wallraff), nicht jedoch in der eigentlichen Begründung des Senatsbeschlusses.

⁸⁹⁸ AK GG-Hoffmann-Riem Art. 5 I u. II, Rn. 3; vgl. auch BVerfGE 20, 162, 174 f. - Spiegel.

⁸⁹⁹ So haben das Bundesverfassungsgericht und die Literatur mehrfach betont, dass Tatsachenbehauptungen unverzichtbare Basis von Meinungen sind und wegen der gegenseitigen Konnexität ebenfalls zum Schutzbereich des Grundrechts gehören; siehe BVerfGE 61, 1, 8 f.; 85, 1, 15; BVerfG NJW 2000, 199, 200; BK GG-Degenhart Art. 5 I u. II Rn. 103; Jarass/Pieroth GG-Jarass Art. 5 Rn. 6; Stern, Staatsrecht IV/ 1, § 108 II 3 β) (S. 1393).

⁹⁰⁰ Die zivilen Obergerichte schließen aufgrund dieser gesteigerten Bedeutungsdimension verifizierbarer Fakten für Wirtschaftsteilnehmer darauf, dass Gewerbebetriebe solche Äußerungsformen grundsätzlich ohne juristische Handhabe hinzunehmen haben. Vgl. BGHZ 36, 77, 80 f. - Waffenhändler; BGHZ 80, 25, 31 - Wallraff; BGH NJW 2005, 2766, 2770; BGH GRUR 1969, 304, 306; BGH NJW 2006, 830, 840 - Kirch/Deutsche Bank AG; BGH NJW 2008, 2110, 2112 - Genmilch; Soergel BGB-Beater § 823 (Anh V) Rn. 91 ff.

⁹⁰¹ BGHZ 45, 296, 308 - Höllenfeuer.

⁹⁰² Vgl. hierzu auch Brinkmann GRUR 1988, 516, 518: „Mit diesem begrüßenswerten Stand der Rechtsprechung über die rechtlichen Grenzen von Werturteilen, die dem Kritiker auch eine drastische und im Meinungskampf auch polemische Formulierung erlaubt, lässt sich eine deliktsrechtliche Haftung für die Verbreitung wahrer Tatsachenbehauptungen nicht mehr vereinbaren.“

Tatsachenbehauptungen einer deliktsrechtlichen Haftung nach § 824 BGB unterzieht.⁹⁰³ Demzufolge ist es mehr als fraglich, ob das für die Zulässigkeit der Verkündung wahrer wirtschaftsbezogener Tatsachen verwendete Kriterium des „Anprangerns“ aufrechterhalten werden kann.

So hatte der BGH etwa noch unter Bezug auf die Constanze-Rspr. gefordert, dass bei zutreffenden, unangenehmen Daten über verzögertes Zahlungsverhalten einzelner Unternehmen zu prüfen sei, ob dieser gezielte Eingriff in die Unternehmenssphäre unbedingt geboten und in schonendster Form vorgenommen worden ist.⁹⁰⁴ Diese strenge Verhältnismäßigkeitsklausel, die auf den freien Austausch von Meinungen und Informationen unangemessen lähmend wirkt, wurde mit dem Höllenfeuerurteil des BGH aufgegeben.⁹⁰⁵ Doch auch in jüngerer Zeit hat der BGH im Interesse des Unternehmensschutzes die Zulässigkeit der Publizierung reputations-schädigender Fakten von dem Vorliegen einer Prangerwirkung abhängig gemacht.⁹⁰⁶

Ein gezieltes, reputationsschädigendes zur Schau stellen von tatsächlichen Unternehmensvorgängen und Zuständen soll laut BGH einen Unterlassungs- oder gar Schadensersatzanspruch des betroffenen Gewerbebetriebs nach § 823 I BGB auslösen können. So wurde es etwa einer wissenschaftlichen Seminarleitung untersagt, die zuvor bereits im Rahmen des Jahresabschlusses veröffentlichten Wirtschaftszahlen eines Unternehmens als Fallstudie zu verwenden und damit das schlechte Jahresergebnis vor betriebswirtschaftlichen „Multiplikatoren“ hervorzuheben.⁹⁰⁷ Im Hinblick auf die Bedeutung von Fakten im Wirtschaftsumfeld ist dies eine fragwürdige Entscheidung, die die Drittwirkungsintensität der Kommunikationsgrundrechte unterbewertet.⁹⁰⁸

Der Bürger ist zur eigenen Meinungsbildung vielmehr eklatant auf verbindliche und aufschlussreiche Fakten angewiesen um sein eigenes ökonomisches Verhaltensmuster daran anpassen zu können. Die Verwendung des Kriteriums der Prangerwirkung trägt vielmehr dazu bei, dass Unternehmen mit Unterstützung der Zivilgerichtsbarkeit in der Lage sind, die für sie unangenehmen Wahrheiten auf marktverzerrende Art und Weise zu vertuschen. Im Interesse der Markttransparenz muss die wahre Tatsachenbehauptung stets - so schmerzlich sie auch das Versagen des Gewerbebetriebs am Markt offenlegen mag - zulässig sein. Denn wenn das Unternehmen sich unter freiwilliger Preisgabe der Öffentlichkeit einer generellen Kritik stellen muss, dann ist es gerade bei der Verbreitung der reinen Wahrheit am wenigsten schutzwürdig. Welche Tragweite die negative Information hat, muss in Anerkennung der bürgerlichen Selbstverantwortung dem individuellen, staatsfreien Meinungsbildungsprozess überlassen bleiben. Ein staatliches, den individuellen Reflexionsprozess beschränkendes

⁹⁰³ Zustimmend MK BGB-Wagner § 823 Rn. 198; Löffler PressR-Steffen § 6 LPG Rn. 146a; so auch schon Völp WRP 1963, 109, 114.

⁹⁰⁴ BGHZ 8, 142, 145 - schwarze Listen; vgl. auch BGH GRUR 1956, 212, 214; BGH GRUR 1970, 465, 466-Prämisse; dagegen Gallwas, Mißbrauch der Grundrechte, S. 61.

⁹⁰⁵ Siehe dazu bereits oben S. 105 ff.

⁹⁰⁶ Vgl. BGH NJW 1994, 1281, 1282; BGH NJW 1987, 2746, 2747; so auch OLG Rostock NJOZ 2001, 950, 953.

⁹⁰⁷ So verweist der BGH auf die Schlüsselfunktion des zuhörenden Fachpublikums, siehe BGH NJW 1994, 1281, 1282.

⁹⁰⁸ Ebenfalls ablehnend u.a. mit Verweis auf den Publizitätszweck der §§ 325 ff. HGB: Hager ZHR 158, 675, 677 ff.; Siekmann, ZiP 1994, 651, 653; Hirte EWIR 1994, 469f; zweifelnd auch Soergel BGB-Beater § 823(Anh V) Rn. 99.

Eingreifen ist nicht opportun. Das Unternehmen ist vielmehr darauf zu verweisen, dass es durch eigene Statements am Markt der Meinungen partizipieren kann um langfristigen Imageschäden entgegen zu wirken.

Daher überzeugt auch die Photokina-Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1983 nicht.⁹⁰⁹ Darin untersagte der BGH einem Unternehmen die wahren Gründe für die eigene Abwesenheit auf einer Fachmesse zu veröffentlichen. Als Begründung diente dabei, dass der Messeveranstalter nicht bereit gewesen sei dem sich äußernden Unternehmen den seit Jahren immer wieder angemieteten, traditionellen Messestellplatz erneut zur Verfügung zu stellen. Der BGH sah die Voraussetzungen eines unmittelbaren, geschäftsschädigenden Eingriffs in den Betrieb des Messeveranstalters als gegeben an. Im Rahmen der Güter- und Interessenabwägung greife die Meinungsfreiheit nicht durch, da die Teilnahme an der Veranstaltung sowie die Gründe des Protests nicht von ausreichendem, öffentlichem Interesse seien.⁹¹⁰

Zum einen widerspricht das Urteil der Tendenz der Rechtsprechung und Literatur bei wirtschaftsbezogenen Themengebieten generell ein öffentliches Interesse anzunehmen⁹¹¹ und zum anderen verkennt das Urteil die besondere Bedeutung der wahren Tatsachenbehauptungen für die allgemeine Markttransparenz und den diesbezüglichen Meinungsbildungsprozess⁹¹².

Ebenso muss es dem ohne Wettbewerbsabsicht Handelnden jederzeit möglich sein auf längst verjährte, aber nichts desto trotz zutreffende Daten mit Bezug zum Gewerbebetrieb aufmerksam zu machen.⁹¹³ Eine von diesen klaren, kommunikationsfreundlichen Grundsätzen abweichende Abwägung ist nur dann tunlich, wenn die wahre Tatsachenbehauptung in der Darstellung so aus dem Gesamtkontext der Wirklichkeit gerissen wird, dass die unvollständige Wiedergabe der Realität den Rezipienten absichtlich zu einer unvertretbaren, geschäftsschädlichen Meinungsbildung verleitet.⁹¹⁴ Dann könnte möglicherweise ein Anspruch des Gewerbebetriebs aus § 826 BGB hergeleitet werden.⁹¹⁵ So darf etwa bei der Mitteilung, dass ein Unternehmen einer Zahlungsverpflichtung nicht nachkommt, nicht verschwiegen werden, dass der Grund dafür die Ungewissheit über die tatsächliche Forderungshöhe darstellt.⁹¹⁶ Der durchschnittliche Rezipient würde sonst auf eine schlechte Zahlungsmoral oder mangelnde Liquidität des betroffenen Gewerbebetriebs schließen.

Eine weitere Ausnahme ist richtigerweise dann anzuerkennen, wenn es sich um die Verkündung von vertraulichen, firmeninternen Informationen handelt, bei denen das Unternehmen ein nachvollziehbares Interesse an

⁹⁰⁹ BGH NJW 1983, 2195 f. - Photokina.

⁹¹⁰ BGH NJW 1983, 2195, 2196 - Photokina.

⁹¹¹ Siehe dazu bereits oben S. 105 ff.

⁹¹² Ebenfalls aufgrund der unterschätzten Drittwirkungsintensität der Meinungsfreiheit ablehnend Larenz/Cana- ris SR BT II/2 § 81 III 2a).

⁹¹³ Anders dagegen Löffler PressR-Steffen § 6 LPG Rn. 146a.

⁹¹⁴ Siehe dazu etwa auch Helle S. 161; schönes Beispiel auch bei NK Medienrecht-Vendt Abschnitt 38 Rn. 17: „Darüber hinaus kann die Erwähnung lange zurückliegender Sachverhalte unzulässig sein, wenn dadurch suggeriert wird, die Vorgänge hätten aktuelle Bedeutung, obwohl die Missstände schon lange behoben sind.“

⁹¹⁵ Vgl. Hawran, Öffentliche Gewerbekritik durch Verbraucher, S. 134 ff.

⁹¹⁶ So auch OLG Rostock NJOZ 2001, 950, 952; vgl. auch BGH NJW 1961, 2254, 2256 - Konkursantrag.

Verschwiegenheit darlegen kann.⁹¹⁷ Hier gilt es zu beachten, dass eine wie im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anerkannte Intim- und Privatsphäre für ein Wirtschaftsunternehmen nicht existiert.⁹¹⁸ Daher führt die Annahme eines Firmengeheimnisses auch nicht automatisch zu einer Bejahung eines Unterlassungs- bzw. Schadensersatzanspruchs, sondern ist lediglich als ein zusätzliches Abwägungskriterium anzuerkennen, dass mit dem einzelfallbezogenen Informationsinteresse der Öffentlichkeit in Einklang zu bringen ist.⁹¹⁹ Einer vertraulichen Geheimnisssphäre des Unternehmens ist etwa das verwendete Herstellungs- und Fertigungsverfahren zuzurechnen, auf dem ein Produkt beruht.⁹²⁰ Gleiches muss für betriebsinterne Strategiekonzeptionen gelten. Als allgemeine Orientierung für den Begriff der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse kann möglicherweise die Rechtsprechung zu § 17 UWG dienen. Bei dem Grad des Schutzzumfanges der Vertraulichkeitssphäre ist angesichts der klaren Wertung des Zivilgesetzgebers allerdings Zurückhaltung geboten. Bloße einfache Betriebsinterna, an denen nach den Umständen des Einzelfalls ein öffentliches Informationsinteresse besteht, sind grundsätzlich von Art 5 I GG gedeckt und dürfen in der Regel keinen zivilrechtlichen Unterlassungs- oder Schadensersatzanspruch auslösen.

Ebenso restriktiv ist die Fallgruppe zu behandeln, bei der die wahren, unternehmensschädigenden Tatsachenbehauptungen auf rechtswidrige Weise erlangt worden sind. Hier haben der BGH und das Bundesverfassungsgericht zutreffend klargestellt, dass allein dadurch nicht auf die Unzulässigkeit der Informationsverbreitung geschlossen werden kann.⁹²¹ Es gilt auch hier mit Rücksicht auf die Transparenz schaffende Wirkung von unternehmensbezogenen Fakten das öffentliche Informationsinteresse gebührend zu berücksichtigen. So muss regelmäßig dann Raum für die Veröffentlichung der illegal erhaltenen Informationen bleiben, wenn sie dazu beitragen, beispielsweise öffentlichkeitsrelevante Wirtschaftsskandale, Schmiergeldaffären oder aber Fehlverhalten bei der Arznei- und Lebensmittelproduktion aufzudecken. Hier überwiegt eindeutig das öffentliche Interesse, so dass der dem amerikanischen Strafprozessrecht entstammende Grundsatz des „no fruit of the poisonous tree“⁹²² nicht ohne vorherige Abwägung auf das deutsche Deliktsrecht übertragen werden kann.

⁹¹⁷ Ebenfalls BVerfGE 66, 116, 134 ff. - Wallraff zur Vertraulichkeitssphäre eines Presseunternehmens; BGH NJW 1998, 2141, 2144; BGH NJW 1981, 1089, 1090 f.; Ricker, Unternehmensschutz und Pressefreiheit, S. 45 f.

⁹¹⁸ So in diesem Zusammenhang ebenfalls BGHZ 80, 25, 32 - Wallraff: „Weder einem Wirtschaftsunternehmen allgemein noch den öffentlichen Medien kann rechtlich eine absolut geschützte „Intimsphäre“ in dem Sinn gewährt werden, wie sie der Persönlichkeit zu ihrer freien Selbstbestimmung zustehen muß.“

⁹¹⁹ So auch das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 66, 116, 138 ff. - Wallraff.

⁹²⁰ So plausibel vorgeschlagen von Ricker, Unternehmensschutz und Pressefreiheit, S. 45.

⁹²¹ BVerfGE 66, 116, 137 f. - Wallraff; wonach nicht die Beschaffung, wohl aber die Verbreitung rechtswidrig erlangter Informationen in den Schutzbereich der Kommunikationsgrundrechte fällt; BGH NJW 1998, 2141, 2143; BGH NJW 1981, 1089, 1092 f.

⁹²² Aronson, Sozialpsychologie, 6. Auflage 2010, S. 65 f.

3. Absatz Unwahre Tatsachenbehauptungen

A) Wertungsvorgaben des Bundesgesetzgebers

Die bisherigen Ausführungen bezüglich herabsetzender Werturteile und wahrer Tatsachenbehauptungen außerhalb des Wettbewerbsverhältnisses haben angesichts der Zurückhaltung des Gesetzgebers gezeigt, dass dieser von einer grundsätzlichen Zulässigkeit wirtschaftsbezogener Äußerungen ausgeht. Ganz anders ist die Gesetzeslage, wenn es um die Behauptung und Verbreitung unwahrer Tatsachenbehauptungen geht. Hier hat der Gesetzgeber in abstrakter Abwägung der kollidierenden Interessen eindeutig Stellung auf Seiten des Reputationsschutzes bezogen.

Nach § 824 I BGB kann das in seiner Reputation geschädigte Unternehmen per se einen Unterlassungs- und Berichtigungsanspruch gegen den Kommunikator geltend machen, wenn die über ihn aufgestellte Tatsachenbehauptung unwahr und geeignet ist, das wirtschaftliche Fortkommen und/oder den Kredit zu gefährden. Einer konkreten, richterlichen Abwägung der unterschiedlichen Interessenlagen im Einzelfall bedarf es nicht.⁹²³

Die Legislative hatte bei der Schaffung des § 824 I BGB offenbar an ein gesellschaftliches Phänomen gedacht, dass in der Psychologie als Perseveranz-Effekt⁹²⁴ bekannt ist. Danach prägen die einmal erschlossenen, als verbindlich wahrgenommenen Eindrücke über das soziale Umfeld den Menschen im Unterbewusstsein so sehr, dass dieser dazu tendiert auch bei Wegfall der diesbezüglichen Tatsachengrundlage an ihnen festzuhalten.

Gerade bei unzutreffenden Tatsachen, die beim Rezipienten - wie bereits dargestellt - oft zur unreflektierten Vorverurteilung des angesprochenen Unternehmens führen, droht die Geltung dieses psychologischen Grundsatzes die verbale Reaktion zu einer stumpfen Waffe verkümmern zu lassen. Auch hier muss die Regel gelten, dass zivilrechtliche Sanktionierungsinstrumente dann tunlich sind, wenn die eigene unternehmerische Grundrechtsbetätigung in Form der Eigenwerbung in der Öffentlichkeit zur Wiederherstellung des Geschäftsbildes ungeeignet ist. Aufgrund dieser abstrakten Gefahr für den good will entsteht ein faktisches Ungleichgewicht, auf das der Gesetzgeber mit einer Intensivierung des Rechtsschutzes reagiert hat.

Das gilt erst recht dann, wenn sich der Kommunikator bei bewusst und offensichtlich unwahren Fakten von vornherein gar nicht auf die Meinungsäußerungsfreiheit aus Art. 5 I GG berufen kann.⁹²⁵ Hier verdeutlicht der Gesetzgeber mit § 824 I BGB, dass er über das strenge Vorsatzerfordernis der §§ 186, 187 StGB i.V.m. § 823 II BGB hinaus Rechtsschutz gewährleisten will.

Ein der Rechtslage beim Rahmenrecht des Rechts am Unternehmen vergleichbarer Interessenausgleich⁹²⁶ ist durch den normativen Begriff des „berechtigten Interesses“ in § 824 II BGB eröffnet. Bei der Beurteilung, ob zugunsten des sich Äußernden ein Ausschluss des Schadensersatzanspruchs angenommen wird, traute der Gesetzgeber sich keine inhaltlich abschließende Regelung zu. Es wurde das Tatbestandselement der Wahrheitsbestimmung mit einer dynamischen Abwägung der gegenseitigen Interessenlagen kombiniert. Diesbezüglich verbleibt es Aufgabe der Zivilgerichte durch eigene Wertungen auf die Ausgestaltung des Haftungsausschlusses in § 824 II BGB Einfluss zu nehmen.

⁹²³ So auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG NJW-RR 2000, 1209, 1210): „Grundsätzlich hat die Meinungsfreiheit bei unwahren ehrenrührigen oder rufschädigenden Äußerungen zurückzutreten.“; Rikker/Weberling HdBPersR Kap. 42 Rn. 45 ff.

⁹²⁴ Aronson, Sozialpsychologie, 6. Auflage 2010, S. 65 f.

⁹²⁵ BVerfGE 90, 1, 15; 12, 113, 130; 54, 298, 219; 99, 185, 197; Sachs GG-Bethge Art. 5 Rn. 28.

B) Wertungsvorgaben des Bundesverfassungsgerichts

Sofern nicht die Verfassungsmäßigkeit einer Zivilrechtsnorm selbst im Fokus der höchstrichterlichen Beurteilung steht, sinkt der Einfluss der Verfassungsgerichtsbarkeit auf den äußerungsrechtlichen Unternehmensschutz erheblich, wenn der Gesetzgeber einen Tatbestand umfassend und ohne ausfüllungsbedürftige Begrifflichkeiten formuliert hat. Denn der Anknüpfungspunkt für Urteilsverfassungsbeschwerden ist die richterliche Ausfüllung unbestimmter, normativer Rechtsbegriffe, bei denen stets die Drittwirkungsintensität der Grundrechte zu beachten ist.⁹²⁷ Demnach beschränkt sich die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Zivilrechtsprechung in der Regel auf die Abwägungskriterien, die zu einem Ausschluss des Schadenersatzanspruchs nach § 824 II BGB führen können. Hier hat das Bundesverfassungsgericht im Jahre 2000⁹²⁸ die vom BGH entwickelte Dogmatik der einzelfallbezogenen Sorgfaltstandards in knappen Sätzen bestätigt und damit für verfassungsmäßig erklärt. Wörtlich heißt es dort:

„Zur Vermeidung eines vom Grundrechtsgebrauch abschreckenden Effekts, der mit der Sanktionierung einer erst nachträglich als unwahr erkannten Äußerung einherginge, hat die Rechtsprechung der Zivilgerichte dem sich Äußernden Sorgfaltspflichten auferlegt. Gegen diese Sorgfaltspflichten, die sich im Einzelnen nach den Aufklärungsmöglichkeiten richten und etwa für Medien strenger sind als für Privatleute, bestehen verfassungsrechtlich keine Einwände, sofern die Wahrheitspflicht nicht überspannt wird. Der freie Kommunikationsprozess, den Art. 5 I GG im Sinn hat, darf nicht eingeschnürt werden.“⁹²⁹

Dem geht die Erwägung voraus, dass den Medien angesichts ihrer überragenden Bedeutung für die Informationsgesellschaft nach sorgfältiger Recherche nicht verwehrt werden kann, über Vorgänge und Zustände zu berichten, deren Wahrheit nicht mit Sicherheit feststeht.⁹³⁰ Denn eben auch die unwahre Tatsachenbehauptung wird grundsätzlich vom Schutzbereich der Kommunikationsfreiheiten erfasst, sofern sie nicht bewusst der Wahrheit zuwider geäußert wird.⁹³¹ Auch die vom BGH entgegen der Beweislastregelung des § 824 BGB aufgestellte erweiterte Darlegungslast des Behauptenden wird angesichts der Komplexität des Wahrheitsbeweises und der mangelnden Schutzwürdigkeit von haltlosen Behauptungen als verfassungsgemäß erachtet.⁹³² Damit erweist sich die Rechtslage angesichts der klaren Wertungsvorgaben als stringent und eindeutig.

C) Zivilrechtliche Wertungen im Rahmen der Kreditgefährdung nach § 824 BGB

Zunächst müssen die Zivilgerichte bei der Subsumtion unter den Tatbestandsvoraussetzungen des § 824 I BGB eine Abgrenzung zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen durchführen, um vom Tatbestand des § 823 I BGB abzugrenzen. Denn § 824 BGB hat Vorrang vor den Rahmenrechten des Rechts am Unternehmen

⁹²⁶ Siehe oben S. 98 ff.

⁹²⁷ Vgl. dazu bereits oben S. 44 ff.

⁹²⁸ BVerfG NJW-RR 2000, 1209 ff.

⁹²⁹ BVerfG NJW-RR 2000, 1209, 1210.

⁹³⁰ BVerfG NJW 1998, 1381, 1383; für den § 193 StBG vgl. BVerfG NJW 2000, 199, 200.

⁹³¹ BVerfG NJW 2003, 1855.

⁹³² BVerfG NJW-RR 2000, 1209, 1210; BVerfG NJW 1999, 1322; Stern, Staatsrecht IV/1, § 108 IV 6 (1473).

bzw. dem allgemeinen Unternehmenspersönlichkeitsrecht.⁹³³ Tatsachen sind Vorgänge und Zustände, die dem Beweise zugänglich sind.⁹³⁴ Hierbei ist das Augenmerk primär auf die Grenzfälle zu legen, bei denen sich Tatsachenbehauptungen und Werturteile miteinander vermischen. Sofern Anknüpfungstatsachen und Wertungen voneinander getrennt werden können, ist § 824 BGB bezüglich der falschen Faktenwiedergabe anwendbar.⁹³⁵

Zu warnen ist in diesem Zusammenhang davor, lediglich oberflächlich nach dem Schwerpunkt der Gesamtaussage⁹³⁶ zu differenzieren und somit die Grenzen zwischen der aus Sicht des Unternehmens deutlich gefährlicheren (unwahren) Tatsachenbehauptung und dem darauf aufbauenden Werturteil zu verwischen.⁹³⁷ Auch dann, wenn die Anknüpfungstatsachen im Hintergrund stehen, aber unwahr und kreditschädigend sind, muss § 824 BGB greifen. Denn die Beurteilung der „Richtigkeit“ oder „Haltlosigkeit“ eines Werturteils sollte nicht dem Zivilgericht, sondern im Lichte der Kommunikationsfreiheiten ausschließlich dem Rezipienten vorbehalten sein.⁹³⁸

Unwahr ist eine Tatsache dann, wenn sie mit der Realität nicht übereinstimmt. Dies kann das Gericht mittels eines Beweisverfahrens nach §§ 355 ff. ZPO überprüfen. Im Gegensatz zu § 4 Nr. 8 UWG trägt die Beweislast für die Wahrheit nach der Formulierung der Norm grundsätzlich der Anspruchssteller und damit das betroffene Unternehmen.⁹³⁹ Diese Beweislast mildert die Rechtsprechung allerdings damit zugunsten des Geschädigten ab, indem sie die Darlegungslast hinsichtlich der behaupteten Fakten dem Kommunikator auferlegt, wenn dieser zur Substantiierung mühelos in der Lage ist.⁹⁴⁰ Ansonsten wird man davon ausgehen müssen, dass der Kommunikator die Aussage erfunden hat.⁹⁴¹ Diese Aufbürdung der Darlegungslast vermag angesichts der Urheberschaft der kreditgefährdenden Äußerungen zu überzeugen.

Darüber hinaus muss die Schädigungseignung⁹⁴² der ausgesprochenen Tatsachenbehauptung festgestellt werden. Neben dem normierten Beispiel der Kreditgefährdung in § 824 I BGB werden die übrigen Konstellationen durch die unbestimmten Rechtsbegriffe „sonstige Nachteile für dessen Erwerb und Fortkommen“ erfasst. Eine Kreditgefährdung liegt vor, wenn das Vertrauen Dritter herabgesetzt wird, dass der Betroffene seinen Verbindlichkeiten nachkommen werde.⁹⁴³ Erwerb sind die gegenwärtigen wirtschaftlichen Interessen, Fortkommen sind die zukünftigen wirtschaftlichen Aussichten.⁹⁴⁴ Von einer derartigen Schädigungseignung geht die Rechtsprechung etwa aus, wenn behauptet wird, dass ein Produkt ein Plagiat⁹⁴⁵ sei, ein Händler unzulässige Rabat-

⁹³³ Staudinger BGB-Hager § 824 Rn. 3; MK BGB-Wagner § 824 Rn. 5; Soergel BGB-Beater § 824 Rn. 7.

⁹³⁴ BGH NJW 1996, 1131, 1133; BGH NJW 1993, 930, 931; Wenzel-Burkhardt Kap. 5 Rn. 246.

⁹³⁵ BGH NJW 1987, 1403 f.

⁹³⁶ BVerfGE 61, 1, 10; 85, 1, 15; BGH NJW 2002, 1192, 1193; BGH NJW 1997, 2513; BGH NJW 2009, 915, 916; OLG Nürnberg VersR 2003, 381; BaRo BGB-Spindler § 824 Rn. 10.

⁹³⁷ Ähnlich auch Soergel BGB-Beater § 824 Rn. 18.

⁹³⁸ A.A.: MK BGB-Wagner § 824 Rn. 15.

⁹³⁹ RG 115, 74, 79; Erman BGB-Schiemann § 824 Rn. 12; Ba/Ro BGB-Spindler § 824 Rn. 48.

⁹⁴⁰ BGH NJW 1974, 1710, 1711; BGH MDR 1974, 921, 922; MK BGB-Wagner § 824 Rn. 66.

⁹⁴¹ BGH NJW 1974, 1710, 1711.

⁹⁴² Die Eignung zum Schaden reicht grds. aus, so dass es dem Anspruchssteller erspart bleibt, die Zerstörung des „körperlosen“ Goodwills nachzuweisen; vgl. RGRK BGB § 824 Rn. 28.

⁹⁴³ OLG Frankfurt ZIP 1989, 89, 92; LG Hamburg MMR 2005, 479.

⁹⁴⁴ Ba/Ro BGB-Spindler § 824 Rn. 18; GK UWG-Messer § 14 Rn. 107.

⁹⁴⁵ Dörre/Kochmann ZUM 2007, 30,35; OLG Frankfurt NJW-RR 1991, 1517.

te⁹⁴⁶ gewähre, nicht lieferfähig⁹⁴⁷ sei oder der Gewerbebetrieb veräußert⁹⁴⁸ worden ist. Dabei sieht die Rechtsprechung die Voraussetzung nur als gegeben an, sofern die Beeinträchtigung unmittelbar den Betrieb des Betroffenen tangiert.⁹⁴⁹ Lediglich mittelbare, kreditschädigende Bezugnahmen genügen nicht. So reicht etwa die Behauptung von falschen Tatsachen über die Eignung elektronischer Orgeln zur Verwendung in Kirchen nicht aus, um einen Schadenersatzanspruch eines bestimmten Orgelherstellers herzuleiten.⁹⁵⁰ Auch ein allgemeiner, kritischer Systemvergleich ist unzureichend.⁹⁵¹ Diese restriktive Auslegung der Schädigungseignung wird mit der unkalkulierbaren Ausdehnung potentieller Anspruchsgegner und der damit verbundenen erheblichen Einschränkung der Meinungsfreiheit begründet.⁹⁵² Ebenfalls werden Parallelen zu der notwendigen Betriebsbezogenheit des Angriffs im Rahmen von herabsetzenden Werturteilen Dritter gezogen.⁹⁵³ In der Literatur wird diese restriktive Auslegung des Tatbestandsmerkmals zum Teil heftig kritisiert.⁹⁵⁴ Angesichts der Tatsache, dass das Rechtsgut jedoch nur gefährdet ist, wenn die Äußerung potentielle oder konkrete Geschäfte tangieren, die der Unternehmer tatsächlich abschließen könnte, ist die restriktive Auslegung der Rechtsprechung allerdings gerechtfertigt. Eine Behauptung liegt vor, sofern der Kommunikator die Fakten als eigene Wahrnehmung bzw. als eigen übernommene Wahrnehmung verkauft. Dagegen verbreitet der Äußernde Tatsachen, wenn er fremde Wahrnehmungen erkennbar als solche wiedergibt.⁹⁵⁵

Neben den bis hierhin genannten Merkmalen setzt ein Schadenersatzanspruch ferner voraus, dass der Kommunikator hinsichtlich der Unwahrheit als auch der Schädigungseignung zumindest fahrlässig gehandelt hat. Bezüglich der Sorgfaltspflichtverletzung des Äußernden hat die Rechtsprechung über die Jahre ein umfassendes, einzelfallabhängiges und damit variables System zur Ermittlung der individuellen Prüfungsverpflichtung entwickelt.⁹⁵⁶

Dabei ist der Umfang der Rechercheanforderungen abhängig von dem (akuten) Informationsinteresse des Mitteilungsempfängers, dem Gefährdungspotential der Information für das betroffene Unternehmen als auch den zumutbaren Möglichkeiten des Kommunikators, einen Nachweis für die geäußerten Informationen zu erbringen.⁹⁵⁷ So ist angesichts der besonderen Gefahr für das angesprochene Unternehmen ein hoher Sorg-

⁹⁴⁶ RG WarnR 1914 Nr. 17.

⁹⁴⁷ BGH NJW-RR 1993, 746, 747.

⁹⁴⁸ BGH NJW 1972, 1658, 1659.

⁹⁴⁹ BGH NJW 1992, 1312, 1313 f.; BGH NJW 1978, 2151, 2152; OLG München AfP 1983, 278, 279; OLG Köln AfP 1977, 354, 355; BGH GRUR 1989, 222, 223; zustimmend PWW BGB-Schaub § 824 Rn. 9; Soergel BGB-Beater § 824 Rn. 25; Larenz/Canaris S II/2, § 79 I 3b; Deutsch, FS Klingmüller, S. 49, 54.

⁹⁵⁰ BGH NJW 1963, 1871, 1872; ähnlich zum „Schadstoff Zucker“ OLG Hamburg NJW 1988, 3211 f. sowie AfP Köln 1988, 390.

⁹⁵¹ OLG Köln NJW 1985, 1643, 1644.

⁹⁵² Vgl. BGH NJW 1963, 1871, 1872.

⁹⁵³ BGH GRUR 1989, 222, 223; Larenz/Canaris S 2/II § 79 I 3b; Erman BGB-Schiemann § 824 Rn. 6; MK BGB-Wagner § 824 Rn. 37.

⁹⁵⁴ Staudinger BGB-Hager (13. Auflage 1999) § 824 Rn. 7; Steinmeyer JZ 1989, 781, 785 f.; zweifelnd auch Wenzel-Burkhardt Kap. 5 Rn. 258 f.

⁹⁵⁵ Vgl. beispielhaft BGH NJW 1970, 187, 189; BGH GRUR 1995, 427, 428; BGH GRUR 1969, 624, 627; Prinz/Peters, Medienrecht Rn. 163.

⁹⁵⁶ Im Detail ausführlich bei Prinz/Peters Medienrecht, Rn. 275 ff.; Peters NJW 1997, 1334 ff.; Rhode, Publizistische Sorgfalt und redaktionelle Pflichten, S. 43 ff.

⁹⁵⁷ BGHZ 59,76,81; BGH NJW-RR 1988, 733, 734; BGH NJW 1965, 2395, 2396; vgl. auch Erman BGB-Schiemann § 824 Rn. 7; Ba/Ro BGB-Schindler § 824 Rn. 25.

faltsmaßstab anzulegen, sofern über die bevorstehende Insolvenz⁹⁵⁸ oder aber Geschäftsaufgabe⁹⁵⁹ berichtet wird. Ähnliches gilt für die Tatsachenbehauptungen, die im Rahmen von Waren- und Vergleichstests veröffentlicht werden. Über das hohe Ansehen der Waren- und Dienstleistungstests im Auge des Durchschnittsrezipienten wurde schon im Rahmen der herabsetzenden Werturteile durch Dritte ausführlich berichtet.⁹⁶⁰

Insbesondere gilt es zwischen Medienunternehmen und Privatpersonen zu differenzieren, weil Rundfunk und Presse aufgrund von Know How, Ausstattung als auch personellen Kapazitäten mehr Aufwand hinsichtlich der Verifizierung von Informationen zumutbar ist.⁹⁶¹ Andererseits darf die verfassungsrechtlich gewährleistete Garantie von Presse und Rundfunkfreiheit nicht außer acht gelassen werden, so dass der medienspezifische Anspruch auf zeitnahe Berichterstattung vollends eingeschnürt würde.⁹⁶²

Es gilt allerdings der Grundsatz der „pressegemäßen Sorgfalt“, nach dem die Zuverlässigkeit von Informanten und Quellen regelmäßig sorgsam überprüft werden muss. Hierzu kann beispielsweise die Einschaltung von sachkundigen Einrichtungen, Gutachtern oder Augenzeugen eine hilfreiche Absicherung darstellen.⁹⁶³ Sofern eine diesbezügliche Kontaktaufnahme möglich ist, kann auch die Nachfrage beim Betroffenen von der Prüfungsverpflichtung erfasst sein.⁹⁶⁴ Eine ungeprüfte Übernahme fremder Veröffentlichungen ist dem betroffenen Unternehmen in aller Regel nicht zumutbar. Bei Themen von grundlegender politischer, sozialer, gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Bedeutung kann aber die Aktualität zu großzügigeren Maßstäben Anlass geben. Dazu reicht jedoch der Druck schneller als die Konkurrenz zu sein zu wollen nicht aus.⁹⁶⁵ Bei oberflächlicher Recherche muss der Rezipient allerdings durch die Formulierung und Darstellungsweise auf ein Leck an Nachprüfungsarbeit hingewiesen werden. Dies kann durch die deutliche Distanzierung des Presseunternehmens von der abgedruckten Aussage Dritter geschehen.⁹⁶⁶ Ein bloßer Verdacht muss ebenso zwingend als solcher dargestellt werden.⁹⁶⁷

Da das Verhältnis zwischen Presseberichterstattung und dem aktuellen Wirtschaftsgeschehen den Hauptanwendungsbereich von § 824 BGB darstellt, hatte die Rechtsprechung auch die Gelegenheit, die unterschiedlichen Sorgfaltsanforderungen unterschiedlicher medienspezifischer Berufs- und Funktionsgruppen differenziert herauszuarbeiten und festzulegen: So ist der Verleger beispielsweise verpflichtet die Organisation der Recherche zu übernehmen sowie die Journalisten und Redakteure sorgfältig auszuwählen und zu überwachen.⁹⁶⁸ Redakteure trifft dagegen die Verantwortung für alle Nachrichten aus ihrem klar definierten Zuständigkeitsbereich.⁹⁶⁹

⁹⁵⁸ BGH NJW 1957, 1149.

⁹⁵⁹ BGHZ 59, 76, 81.

⁹⁶⁰ Vgl. dazu oben S. 132 ff.

⁹⁶¹ BVerfG 2000, 1209, 1210; BVerfG NJW 2004, 589; BGH NJW 1996, 1131; Soergel BGB-Beater § 824 Rn. 41.

⁹⁶² BVerfGE 85, 1, 17; BGH NJW 1993, 525, 527; OLG Köln NJW-RR 2000, 829.

⁹⁶³ Zur Notwendigkeit die Zuverlässigkeit der Quelle zu überprüfen vgl. BGH NJW 1966, 2010, 2011; BGH GRUR 1969, 624, 628.

⁹⁶⁴ OLG München NJW-RR 1996, 1487, 1489; BGHZ 132, 13, 25 f.; OLG Stuttgart NJW 1972, 2320, 2321.

⁹⁶⁵ Prinz/Peters, Medienrecht Rn. 269; Peters NJW 1997, 1334, 1337.

⁹⁶⁶ Flechsig AfP 1996, 333, 338; BGH NJW 1971, 698; LG Stuttgart NJW-RR 2001, 834, 835.

⁹⁶⁷ OLG München NJW-RR 1996, 1493, 1494; LG Hamburg AfP 1993, 678, 679; OLG Brandenburg AfP 1995, 520, 522; OLG Köln AfP 1985, 293, 295.

⁹⁶⁸ BGHZ 39, 124, 129; zum Chefredakteur vgl. BGH NJW 1979, 1041.

⁹⁶⁹ BGH NJW 1977, 626, 627; Ba/Ro BGB-Spindler § 824 Rn. 37.

Neben dem Haftungstatbestand des § 824 I BGB kennt das Bürgerliche Gesetzbuch mit Absatz 2 der Vorschrift einen Ausschluss des Schadensersatzanspruches, dessen dogmatische Einordnung in der Literatur und Rechtsprechung umstritten ist.⁹⁷⁰ Die wohl herrschende Ansicht geht von einem Rechtfertigungsgrund aus.⁹⁷¹

Voraussetzung für dessen Eingreifen ist, dass der Kommunikator lediglich unbewusst fahrlässig gehandelt hat und ferner ein berechtigtes Interesse an der Weitergabe der Information bestand. Oft wird in diesem Zusammenhang von den Parallelen zu § 193 StGB gesprochen.⁹⁷²

Nach allgemeinen Beweislastregeln muss der Beklagte als Kommunikator das Bestehen des berechtigten Interesses im Prozess nachweisen.⁹⁷³ Wie bereits ausgeführt, soll diese Norm mittels des normativen Elements des „berechtigten Interesses“ sicherstellen, dass die Medien im Einzelfall und bei ordentlicher Rechercheleistung in ihrer Arbeit nicht durch die Gefahr weitreichender Schadensersatzansprüche gelähmt werden.⁹⁷⁴ Denn die ihnen in Art. 5 I S. 2 GG zugeordnete Aufgabe der universellen Informationsbeschaffung und ständigen Anregung des demokratischen Meinungsbildungsprozesses⁹⁷⁵ vermögen sie nur zu genügen, sofern ihnen gewisse Handlungsspielräume verbleiben. Darüber hinaus fällt zumindest die unbewusst, unwahre Tatsachenbehauptung ebenfalls in den Schutzbereich der Äußerungsfreiheiten.⁹⁷⁶ Im Hinblick auf die außerordentliche Gefahr, die von der Kundgabe unwahrer Fakten ausgeht, muss die Begrenzung der Rechte des Klägers auf den Unterlassungs- bzw. Widerrufsanspruch⁹⁷⁷ aber zumutbar sein. Zur Einführung in die Güter- und Interessenabwägung sollen nun einige Rechtsprechungsbeispiele aufgezeigt werden:

a) BGH AfP 1989, 456 ff. - Filmbesprechung

Gegenstand dieser Entscheidung war die Filmrezension in einer deutschen Tageszeitung, die den damals neuen Kinofilm „THE LINE- 1000 Meilen bis zur Hölle“ sachlich falsch als Remake bezeichnete und einen unwahren Filminhalt in der Kritik wiedergab. Der betroffene Inhaber des Filmverleihs machte im Rahmen einer Widerklage Schadensersatz für die aufgrund der unkorrekten Inhaltswiedergabe ausbleibenden Kinoeinnahmen geltend.

Im Zusammenhang mit § 824 II BGB stellt das Gericht zunächst fest, dass der Widerbeklagte sich zwar auf die Pressefreiheit aus Art. 5 I S. 2 GG und ein öffentliches Informationsinteresse⁹⁷⁸ berufen könne, ein berechtigtes Interesse an der Kundgabe der unwahren Tatsachenlage aber nur vorläge, soweit das Presseunternehmen sorgfältig recherchiert habe. Hierzu heißt es:

⁹⁷⁰ Tilmann NJW 1975, 758, 764: „Haftungsausschließungsgrund“; so auch Adomeit JZ 1970, 495, 496; Larenz/Canaris S2/II § 79 I 4 d „Entschuldigungsgrund“; ebenso PWW BGB-Schaub § 824 Rn. 13 f.

⁹⁷¹ Wenzel-Burkhardt Kap. 5 Rn. 267; Deutsch, FS Klingmüller S. 49, 59; Brinkmann GRUR 1988, 516, 522; Prinz, Medienrecht, Rn. 167.

⁹⁷² BGB Prot. II S. 638; Erman BGB-Schiemann § 824 Rn. 10; Prinz/Peters, Medienrecht, Rn. 167.

⁹⁷³ RGZ 56, 271, 285; Ba/Ro BGB-Spindler § 824 Rn. 48 f.; Brinkmann GRUR 1988, 516, 523 f.

⁹⁷⁴ Vgl. dazu bereits oben S. 91 ff.

⁹⁷⁵ Deutsch, FS Klingmüller, S. 49, 57: „Die Kritikfreiheit wird für die Medien zur Kritikaufgabe.“

⁹⁷⁶ BVerfGE 54, 208, 219; 61, 1, 7; 82, 43, 51; 99, 195, 197.

⁹⁷⁷ Dieser bleibt unabhängig von § 824 II BGB in jedem Fall bestehen, grundlegend BGH NJW 1966, 2010, 2011- Teppichkehrmaschine.

⁹⁷⁸ BGH AfP 1989, 456, 458.

„Unrichtige Informationen sind aber jedenfalls dann, wenn ihnen keine sorgfältigen Recherchen zugrunde liegen, kein schützenswertes Gut, sie werden weder durch § 824 Abs. 2 BGB noch durch Art. 5 GG gedeckt.“

Unschwer hätte die Redaktion hier jedoch den tatsächlichen Filminhalt ermitteln können. Eben auch weil die Tageszeitung den tatsächlichen Plot an anderer Stelle zutreffend beschrieben hatte. Ein Eingreifen von § 824 II BGB zugunsten des Kommunikators war daher ausgeschlossen.

b) BGH NJW 1978, 210 ff. - Zahnpasta

In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Presseartikel mit dem Titel „Zähne putzen genügt, Führerschein futsch!“ wurde die Behauptung aufgestellt, dass allein die Verwendung alkoholhaltiger Zahnpasta des Klägers eine Blutalkoholkonzentration von 0,8 Promille ergebe und demzufolge zum Verlust des Führerscheins führen könne. Die Mitarbeiter der Beklagten hatten das Ergebnis unter Aufsicht anderer Journalisten im Selbsttest erarbeitet. Der Kläger begehrt mit der Klage den durch die Aussage entstandenen Schaden zu ersetzen.

In diesem Fall genügte die Recherchetätigkeit der Beklagten nicht den durch das Gericht festgelegten Sorgfaltsanforderungen. Angesichts der erheblichen Schäden für den Zahnpastahersteller reichte der Rückgriff auf die Zuverlässigkeit der hauseigenen Journalisten nicht. Vielmehr hätte ein Fachmann hinzugezogen werden müssen, um den Testvorgang zu überwachen. Wie es sich auf den Sorgfaltsmaßstab auswirkt, wenn ein ganz besonders akutes Informationsinteresse hinsichtlich der Nachricht besteht, verdeutlicht die nächste Entscheidung:

c) BGH AfP 1987, 597 ff. - pressemäßige Sorgfalt.

Gegenstand dieser höchstrichterlichen Entscheidung war die kreditgefährdende Aussage in einer deutschen Wochenzeitschrift, die Klägerin habe Chemiegift einfach weggekippt und daher hätte ein Kindergarten geschlossen werden müssen. Dazu heißt es wörtlich:

„Das süßlich riechende, ätzende Gas strömte aus Waschbecken, Toiletten und Kanaldeckeln. Der Kindergarten mußte geschlossen werden, weil die 14 Mädchen und Jungen wochenlang unter schweren Hustenanfällen litten.“

Die Klägerin, ein Unternehmen der chemischen Industrie, erstrebt mit der Klage die Titulierung eines Unterlassungsanspruches. Es wurde der Beklagten zugestanden ein Bedürfnis zu haben, über Gefahren des Umweltschutzes und begangene Verstöße zu berichten. Gerade dann, wenn es sich um ein Thema mit aktueller Brisanz handele. Das Handlungserfordernis rechtfertige die Information der Öffentlichkeit selbst dann, wenn

„er [der Kommunikator] sie [die Tatsachenbehauptung] nicht mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln zur Gewißheit des Richters beweisen kann.“⁹⁷⁹

⁹⁷⁹ BGH AfP 1987, 597, 598 f.

Dann könne etwa auf eine zusätzliche, fachwissenschaftliche Beratung vor Veröffentlichung der schädigenden Äußerung verzichtet werden. Dem abgemilderten Sorgfaltsmaßstab genüge es im konkreten Fall daher, dass gegen das Unternehmen zuvor eine behördliche Untersagungsverfügung zur Ableitung von Abwasser erlassen worden war. In deren Begründung hieß es, dass Proben ergeben hätten, dass das Abwasser hochgiftige Stoffe enthielte. Darüber hinaus sprachen Pressevertreter mit den Eltern der betroffenen Kindergartenkinder. Dem Chemieunternehmen wurde ferner die Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt. Das Recht auf Veröffentlichung des Artikels nach Art. 5 I S. 2 GG überwiegt daher im konkreten Fall das Schutzbedürfnis des Chemiekonzerns vor kreditschädigenden Äußerungen. Auch hier verdeutlicht sich, dass das berechnete Interesse in erster Linie durch die Einhaltung des pressemäßigen Sorgfaltsmaßstabs bestimmt ist. Ist das Informationsinteresse - wie hier - nachweislich hoch und das Thema brisant, so kann eine Reduzierung der Anforderung an die Nachforschung der Medien tunlich sein. Im Rahmen des zumutbaren Zeitrahmens sind jedoch nichtsdestotrotz gleich mehrere Quellen (Verfügung, Kontakt zu den Eltern sowie Gelegenheit zur Stellungnahme des Betroffenen) für die verbreitete Information heranzuziehen. Dies ist wohl dem drohenden, außerordentlichen Reputationsschaden gezollt, der explizit in der nächsten Entscheidung angesprochen wird:

d) BGH GRUR 1998, 167 ff. - Restaurantführer

Hier hatte der BGH über die schädigenden Aussagen in einem Restaurantführer bezüglich des Gastronomiebetriebes des Klägers zu entscheiden. Dabei handelte es sich um die Gesamtrezension, die unter anderem folgende Tatsachenbehauptungen enthielt: Der servierte Hummer sei winzig, hart und geschmacklos gewesen; der Salat habe vor billigem Essig getrieft und es seien alte Jakobsmuscheln und uralte Garnelen serviert worden. Die Restauranttester hatten die Rezension auf Basis eines einmaligen Restaurantbesuchs durchgeführt. Der Kläger begehrt Schadensersatz wegen der Unwahrheit der behaupteten Tatsachen. Hinsichtlich des journalistischen Sorgfaltsmaßstabs führte der BGH aus, dass die Aussagen der Restaurantführer im vorliegenden Fall geeignet seien bis zur Existenzgefährdung zu führen und daher eine intensive Rechercheverpflichtung gerechtfertigt sei.⁹⁸⁰ Dies wirke sich im Einzelfall der Gastronomiekritik dahingehend aus, dass ein einfacher Besuch des Lokals zur umfassenden Rezension nicht ausreichen könne. Denn die Gefahr eines Ausreißers gerade bei der Qualität des Essens als auch der Servicedienstleistung müsse ausgeschlossen werden.

Wie die vorstehenden Beispiele aus der Rechtsprechung zeigen, füllt die Zivilrechtsprechung den ausfüllungsbedürftigen Begriff des berechtigten Interesses mit einer einzelfallbezogenen Güter- und Interessenabwägung aus.⁹⁸¹ Dabei lässt sich der Abwägungsvorgang nach Analyse der Urteile noch weiter spezifizieren: Grundvoraussetzung für die Annahme des berechtigten Interesses ist das Aufklärungsinteresse der Rezipienten. Dies wird bei Medien im Hinblick auf die Aufgabenzuweisung aus Art. 5 I S. 2 GG grundsätzlich vermutet.⁹⁸²

⁹⁸⁰ BGH GRUR 1998, 167, 169.

⁹⁸¹ Erman BGB-Schiemann § 824 Rn. 11; Löffler, PresseR-Steffen § 6 LPG Rn. 114 ff.; OLG Brandenburg NJW-RR 1995, 1429 f.

⁹⁸² BGH NJW 1966, 2010, 2011: „Befassen sich Rundfunk- und Fernsehanstalten in einer Sendung mit den Klagen über die nachlassende Qualität deutscher Waren, so nehmen sie bei der Behandlung dieses gemeinschaftswichtigen Themas grundsätzlich auch insoweit berechnete Interessen wahr, als sie dabei beispielhaft

In einem weiteren Schritt ist zu hinterfragen, ob der Kommunikator den im Einzelfall zu bestimmenden Sorgfaltsanforderungen bei der vorausgehenden Recherchearbeit genügt hat. Das erneute Heranziehen des Fahrlässigkeitsmaßstabs führt in der Praxis dazu, dass die Verschuldensprüfung und § 824 II BGB sich vermischen und zusammengezogen werden.⁹⁸³ Das Ausmaß der Recherchepflicht kann dabei in Abhängigkeit zum drohenden Reputationsschaden⁹⁸⁴, der Aktualität des Themas⁹⁸⁵ oder auch zur Bedeutungsschwere der Information⁹⁸⁶ und Identität des Kommunikators stehen. Die Mitteilung muss sich nach alledem als angemessenes Mittel zur Wahrnehmung der Interessen erweisen und unnötige Schädigungen vermeiden.⁹⁸⁷ Identische Maßstäbe können auch dann gelten, wenn der Kommunikator zwar nicht den Medien zugeordnet werden kann, aber eine vergleichbar starke Verbreitung der Information zu befürchten ist. Deutlich geringer sind dagegen die Anforderungen an Privatpersonen, die nicht über vergleichsweise umfängliche Ressourcen zur Nachforschung verfügen.⁹⁸⁸

Somit schafft es die Rechtsprechung auf schlüssige Weise das offen gelassene Stück Gesetzgebung zwischen den Rechtsgütern der Medienfreiheiten aus Art. 5 I S. 2 GG und dem Schutz der Unternehmensreputation nachvollziehbar auszufüllen. Dreh- und Angelpunkt des Ausschlusses des Schadensersatzanspruches ist der individuelle Sorgfaltsmaßstab, der zwar einzelfallabhängig bestimmt wird, aber gleichzeitig -dank klarer Kriterien- eine hohe Transparenz aufweist. Die Medien müssen für ihre Informationstätigkeit somit immer den ihnen zur Verfügung stehende Quellen auf vernünftige Art und Weise nachgehen, um einer überproportional hohen Gefahr der unbegründeten Reputationsschädigung zu entgehen. Gerade bei herausragender Bedeutung des angesprochenen Themas muss jedoch keine dem Beweisverfahren im Zivilrecht vergleichbare Wahrscheinlichkeit vorliegen. Somit verbleibt den Medien der notwendige Handlungsspielraum. Der Schutz des Unternehmens ist unabhängig vom Sorgfaltsmaßstab zum einen durch den von § 824 II BGB unabhängigen Unterlassungsanspruch, als auch die Verankerung der „Gelegenheit zur Stellungnahme“ als oft notwendigem Rechteschritt, gewährleistet.

auf einzelne Erzeugnisse hinweisen.“; vgl. auch RGRK BGB-Steffen § 823 Rn. 53; Tilmann NJW 1975, 758, 761; Brinkmann NJW 1987, 2721, 2723.

⁹⁸³ Soergel BGB-Beater § 824 Rn. 40; Ricker, Unternehmensschutz und Pressefreiheit, S. 125.

⁹⁸⁴ BGH NJW 1986, 981, 982; BGH NJW 1957, 1149, 1150.

⁹⁸⁵ BGH AfP 1987, 597, 598.

⁹⁸⁶ Vgl. BGH NJW 1996, 1131, 1133: „Allerdings dürfen solche Anforderungen [pressemäßige Sorgfalt] nicht überspannt, insbesondere nicht so bemessen werden, daß die Funktion der Meinungsfreiheit in Gefahr gerät; dies ist insbesondere dort zu beachten, wo über Angelegenheiten berichtet werden soll, die für die Allgemeinheit von erheblicher Bedeutung sind.“ Siehe ebenfalls BGH GRUR 1989, 1923, 1924; BGH NJW 1985, 1621, 1623; BGH NJW 1978, 210 - Alkoholtest.

⁹⁸⁷ BGHZ 3, 270, 283 f.; BGH NJW 1953, 297; Ba/Ro BGB-Spindler § 824 Rn. 26.

⁹⁸⁸ BVerfGNJW 2004, 589, 590; BGH NJW 1966, 2010, 2011 - Teppichkehrmaschine.

2 Abschnitt Lauterkeitsrecht

1. Absatz Herabsetzende Werturteile

Wie sich schon aus dem fast identischen Wortlaut der einschlägigen lauterkeitsrechtlichen Normen ergibt, wird bei der juristischen Begutachtung von Herabwürdigungen im Wettbewerbsverhältnis formell zwischen der Bezugnahme auf unbenannte Mitbewerber (§ 4 Nr. 7 UWG) und (zumindest mittelbar) erkennbare Konkurrenten im Rahmen der vergleichenden Werbung (§§ 6 II Nr. 4+ 5 UWG) differenziert.⁹⁸⁹ Tatsächlich gelten aber nach der neueren Rechtsprechung und Literatur in beiden Fallgruppen die identischen Beurteilungskriterien.⁹⁹⁰ So haben die Zivilgerichte den für die vergleichende Werbung entwickelten Grundsatz, dass eine unzumutbare Herabsetzung vorliegt, wenn der Vergleich auf unangemessene Weise abfällig, abwertend oder unsachlich⁹⁹¹ erscheint, schnell auf Fallkonstellationen übertragen, in denen die Konkurrenz ohne individuell Erwähnung zu finden verbal ins schlechte Licht gerückt wird.⁹⁹² Auch sonst gelten die identischen Maßstäbe wie etwa bei der rechtlichen Grenze für ironische Bezugnahmen⁹⁹³ oder aber der Notwendigkeit einer überwiegend sachlichen Darstellungsweise⁹⁹⁴. Damit ist es prinzipiell gerechtfertigt, die zu diesen Vorschriften ergangene Rechtsprechungspraxis einheitlich darzustellen. Auf etwaige Unterschiede wird im Laufe der Ausführungen an geeigneter Stelle hingewiesen.

A) Wertungsvorgaben des Bundesgesetzgebers im historischen Kontext

Wie bereits dargestellt⁹⁹⁵ hat der Gesetzgeber mit den §§ 6 II Nr. 5, 4 Nr. 7 UWG n.F. Normen geschaffen, die aufgrund des Einflusses der Äußerungsgrundrechte aus Art. 5 I GG, sowie der Unmöglichkeit der umfassenden Erfassung auf abstrakter Normebene als kleine Generalklauseln zu begreifen sind. Die zuständigen Richter haben hier im Einzelfall eine Interessenabwägung zur Erreichung eines adäquaten Rechtsgüterausgleiches vorzunehmen. Letztlich dirigiert der Gesetzgeber damit die Verantwortung darüber, wann eine unlautere Herabsetzung der Konkurrenz vorliegt, an die lauterkeitsrechtlichen Fachgerichte. Dabei soll nach der Regierungsbegründung zu § 4 Nr. 7 UWG n.F. vor allem die Schmähkritik einen Unterlassungs- bzw. einen Schadensersatzanspruch gegen den sich äußernden Konkurrenten auslösen.⁹⁹⁶

Ein derartiger Anspruch leitete sich bis zur UWG-Reform 2004 aus der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel des § 1 UWG a.F. und damit aus der richterlichen Rechtsfortbildung ab.⁹⁹⁷ Die Fallgruppe der Beleidigung

⁹⁸⁹ Vgl. beispielhaft jurisPK UWG-Müller-Bidinger § 4 Nr. 7 Rn. 14 ff.

⁹⁹⁰ Vgl. Ohly/Sosnitzer UWG-Ohly § 4 Rn. 7/18.

⁹⁹¹ BGH GRUR 1999, 501, 503 - Vergleichen Sie; BGH, GRUR 2002, 72, 73 - Preisgegenüberstellung im Schaufenster; OLG Frankfurt GRUR-RR 2005, 137, 138.

⁹⁹² BGH GRUR 1999, 1100, 1102 - Generika-Werbung; BGH GRUR 2002, 982, 984 - Die „Steinzeit“ ist vorbei!; BGH GRUR 2002, 75, 77; BGH GRUR 2001, 752, 753; vgl. auch BGH GRUR 2005, 609, 610.

⁹⁹³ Vgl. OLG Hamburg GRUR- RR 2003, 249, 251; BGH GRUR 2002, 982, 984 - Die „Steinzeit“ ist vorbei!

⁹⁹⁴ Vgl. BGH GRUR 2001, 752, 753; BGH GRUR 1997, 227, 228 - Aussehen mit Brille: „Für die Beurteilung der Frage, ob eine gem. § 1 UWG wettbewerbswidrige pauschale Herabsetzung ungenannter Mitbewerber vorliegt, kommt es darauf an, ob die angegriffene Werbeaussage sich noch in den Grenzen einer sachlich gebotenen Erörterung hält oder bereits eine pauschale Abwertung der fremden Erzeugnisse darstellt.“

⁹⁹⁵ Siehe dazu oben S. 84 ff.

⁹⁹⁶ RegBegr. UWG n.F. Bt-Drucks. 15/1487 S. 18.

⁹⁹⁷ So etwa BGH GRUR 1997, 227, 228 - Aussehen mit Brille; BGH GRUR 1999, 1100, 1102 - Generika-Werbung.

unbenannter Mitbewerber wurde dabei zumeist unter dem Namen „pauschale Herabsetzung bzw. Abwertung“ diskutiert.⁹⁹⁸

Die Vorschrift des § 6 II Nr. 5 UWG, als auch die weitestgehend identische Vorgängernorm § 2 II Nr. 5 UWG a.F. gehen auf die EG-Richtlinie 97/55/EG zurück, die am 23.10.1997 in Kraft getreten ist. Danach sollte die Rechtslage zur vergleichenden Werbung europaweit harmonisiert werden und klar gestellt werden, dass (sachlich) vergleichende Werbung zur Steigerung von Markttransparenz grundsätzlich zulässig und nur deren Missbrauch als unlauter zu betrachten ist.⁹⁹⁹ In Deutschland bewirkte die Richtlinie noch im Vorfeld ihrer Umsetzung in normiertes Lauterkeitsrecht am 01.09.2000 eine tiefgreifende Reform des bis dato richterlich entwickelten Verbots vergleichender Werbung.¹⁰⁰⁰

Das ursprüngliche Verbotsprinzip beruhte auf der eher konservativen richterlichen Grundvorstellung, dass im Leistungswettbewerb der eigentlich zu respektierende Konkurrent es sich nicht gefallen lassen muss von einem Mitbewerber angeprangert zu werden.¹⁰⁰¹ Das am Wirtschaftsmarkt offerierende Unternehmen sollte sich auf die eigenen Waren und Dienstleistungen konzentrieren, ohne sich ein zumeist nicht objektives (herabsetzendes) Urteil über die Konkurrenz „anzumaßen“. Diese Aufgabe sei im Wirtschaftsverkehr überwiegend der Verbraucherschaft zugeordnet.¹⁰⁰²

Eine Ausnahme wurde nur dann zugelassen, wenn für den Vergleich ein hinreichender Anlass bestand und die gemachten Angaben nach Art und Maß erforderlich waren und sich im Rahmen einer sachlichen wahrheitsgetreuen Erörterung hielten.¹⁰⁰³ In Anerkennung des starren Idealbildes eines klassischen Leistungswettbewerbs wurde allerdings die bloße (konkrete) Bezugnahme auf die Konkurrenz - ohne Beurteilung einer möglichen Herabsetzung - schon als nicht erforderlich zur Erreichung des angestrebten Zwecks angesehen.¹⁰⁰⁴ Die restriktive Anwendung der Ausnahmeformel führte also dazu, dass praktisch jede kritisch vergleichende Werbung mit den guten Sitten i.S.v. § 1 UWG a.F. unvereinbar war.¹⁰⁰⁵

⁹⁹⁸ Vgl. hierzu etwa BGH GRUR 1973, 270, 271 - Der sanft Bitter; BGH GRUR 1967, 30, 33 - Rum-Verschnitt; BGH GRUR 1973, 658, 660-Probierpreis; Baumbach/Hefermehl UWG (18. Auflage) § 1 Rn. 394 f.

⁹⁹⁹ So der Art. 3a der Richtlinie 97/55/EG und die Erwägungsgründe 7+ 2; vgl. auch Nordmann GRURInt. 2002, 297 f.; Völker MDR 2000, 1360 f.

¹⁰⁰⁰ Vgl. BGH GRUR 1998, 824, 826 - „Testpreis-Angebot“.

¹⁰⁰¹ sog. Hellegold-Motiv aus RG GRUR 1931, 1299, 1301; vgl. auch BGH GRUR 1971, 159, 160 - Motorjacht; BGH GRUR 1952, 416, 417; Borck WRP 1986, 365, 366; Wenzel GRUR 1968, 626, 631; wahrlich vollkommen im Gegensatz zu der Feststellung, dass ein am Markt tätiger Unternehmer sich grundsätzlich einer Kritik stellen muss.

¹⁰⁰² Das Argument vom „Richter in eigener Sache“, ursprünglich von Kohler, MuW XVI (1916/17), 127, 128; RG GRUR 1927, 486; Ohly/Spence GRURInt. 1999, 681, 684; Kloepfer/Michael GRUR 1991, 170, 172; weitere mögliche Begründungsansätze zusammengefasst bei Leo WRP 1960, 293, 294; Mettang, Die kritische werbliche Bezugnahme auf fremde Waren und Leistungen, S. 47 ff.

¹⁰⁰³ BGH GRUR 1962, 45, 48 - Betonzusatzmittel; BGH GRUR 1969, 283, 285 - Schornsteinauskleidung; BGH GRUR 1970, 422, 423 - Tauchkühler.

¹⁰⁰⁴ Vgl. etwa BGH GRUR 1963, 371, 373 f.; BGH GRUR 1989, 668, 669 - Generikum-Vergleich; Moeser NJW 1987, 1789; Sack GRUR 1987, 51 f.; vgl. auch Plassmann GRUR 1996, 377.

¹⁰⁰⁵ Denn es fehlte zumeist an der größtmöglichen Schonung des Mitbewerbers (siehe dazu Schrickler WRP 1977, 1,5); im Ergebnis ebenfalls Gloy/Bruhn GRUR 1998, 226, 230+237; Menke, Recht und Ökonomie der kritisierenden vergleichenden Werbung, S. 27; aus der Rspr. etwa BGH GRUR 1992, 61, 62 - Preisver-

Mit Schaffung der §§ 6 II Nr.4 und 5 UWG n.F. (= §§ 2 II Nr. 4+5 UWG a.F.) in Umsetzung der EU-Richtlinie 97/55/EG steht der Wille des Gesetzgebers dieser Konzeption klar entgegen. Vielmehr impliziert die Neufassung des Gesetzestextes, dass die dem bloßen sachlichen Vergleich immanente, mittelbare Herabsetzung zugunsten des Verbraucherinteresses an Markttransparenz hinzunehmen ist, sofern nicht aus darüberhinaus gehenden Umständen auf eine Unlauterkeit geschlossen werden kann.¹⁰⁰⁶ Wo genau allerdings die Grenze zwischen einem sachlichen, der Markttransparenz dienenden Vergleich und einer unseriösen Rufschädigung der Konkurrenz anzusiedeln ist, bleibt im Vertrauen auf die Abwägungsfähigkeiten der zuständigen Gerichte offen.¹⁰⁰⁷

B) Wertungsvorgaben des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht hatte mit dem Pharmakartell-Beschluss vom 12.07.2007 bereits die Möglichkeit auf die Interessenabwägung bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale „herabsetzen“ und „verunglimpfen“ i.S.v. §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG Einfluss zunehmen. Bereits im Vorfeld war durch das Gericht mehrfach festgestellt worden, dass die grundrechtliche Äußerungsfreiheit als objektive Wertentscheidung des Verfassungsgebers auch im Lauterkeitsrecht Beachtung finden muss.

Konsequent stellte das Gericht im Pharmakartell-Beschluss daher fest, dass zur Einschränkung der Meinungsfreiheit durch wettbewerbsrechtliche Vorschriften eine konkrete, im Einzelfall nachgewiesene Gefährdung des Leistungswettbewerbs vorliegen muss.¹⁰⁰⁸ Von entscheidender Bedeutung für das Abwägungsergebnis zwischen Verbraucherinteresse an Marktaufklärung, Schutz des Geschäftsrufes vor Diffamierungen sowie der Äußerungsfreiheit des Mitbewerbers ist dabei, ob der angesprochene Themenkreis von allgemeiner gesellschaftlicher Bedeutung ist und daher das normative Tatbestandsmerkmal der Herabsetzung zugunsten der freien Rede restriktiv auszulegen ist. Schmähkritik ohne vorhandenen Sachbezug wird immer einen Anspruch des betroffenen Unternehmens auslösen.¹⁰⁰⁹ Liegt diese nicht vor, muss eine umfassende Abwägung im Einzelfall erfolgen.

Insgesamt ist die Feststellung der Richter, dass auch an den wirtschaftsbezogenen Äußerungen eines Mitbewerbers ein echtes öffentliches Interesse bestehen kann, als verfassungsrechtliches Novum anzuerkennen, das in der Tat ermöglicht, die Drittwirkungsintensität der Meinungsfreiheit bei kritisch bezugnehmenden Äußerungen in Wettbewerbsabsicht deutlicher als zuvor hervorzuheben.

Bis zum Pharmakartellbeschluss vertrat das Bundesverfassungsgericht die Ansicht, dass das Motiv der Absatzsteigerung grundsätzlich gegen das Vorliegen eines Beitrages zu gemeinschaftswichtigen Fragestellungen

gleichsliste; BGH GRUR 1989, 668, 669 - Generikum-Präparate; BGH GRUR 1968, 443, 445 - 40% können Sie sparen.

¹⁰⁰⁶ RegBegr. UWG vergleichende Werbung, Bt.-Drucks. 14/2959 S. 12; vgl. auch Tilmann GRUR 1997, 790, 797; Plassmann GRUR 1996, 377, 380; Gloy/Bruhn GRUR 1998, 226, 237.

¹⁰⁰⁷ Vgl. auch zur früheren Rechtslage Kloepfer/Michael GRUR 1991, 170, 177: „Die eigentliche Abwägung ist hier faktisch nicht mit der gesetzgeberischen Entscheidung, sondern mit der judikativen Ausgestaltung vorzunehmen, die sich nach h.M. im Rahmen der allgemeinen Gesetze hält (bzw. halten muß).“

¹⁰⁰⁸ BVerfG GRUR 2008, 81, 83 - Pharmakartell mit Verweis auf BVerfG NJW 2001, 3403, 3404 ff. - Therapeutische Äquivalenz; BVerfG NJW 2002, 1187, 1188 ff. - Tier und Artenschutz; BVerfG NJW 2003, 277, 278- Juve-Handbuch.

¹⁰⁰⁹ BVerfG GRUR 2008, 81, 83 - Pharmakartell.

spreche.¹⁰¹⁰ Dies hatte regelmäßig zur Konsequenz, dass die kritische Stellungnahme eines Mitbewerbers zwar in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fiel, aber auf der Ebene des einzelfallbezogenen Interessenausgleichs keine allgemeine Vermutung für die freie Rede¹⁰¹¹ galt und somit eine unlautere Marktbehinderung des angesprochenen Konkurrenten eher angenommen werden konnte, als bei abfälligen Stellungnahmen durch Nichtmitbewerber.¹⁰¹²

Im Pharmakartell-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts war der sich kritisch über die Arzneimittelindustrie äuernde Mediziner zwar selbst Gesellschafter und Geschäftsführer eines Vitamine produzierenden Unternehmens. Dies hinderte das Gericht allerdings nicht daran, die kritische Diskussion über den medizinischen Zweck von Pharmapräparaten als eine die Öffentlichkeit wesentlich interessierende Frage einzustufen. Denn - unter Verweis auf die eigene Rechtsprechung bei herabsetzenden Werturteilen außerhalb des Wettbewerbsverhältnisses - stellt die Kammer des ersten Senats fest, dass auch an wirtschaftlichen Fragen ein Informationsinteresse der Allgemeinheit bestehen könne.¹⁰¹³

Ob in dieser konkreten Entscheidung eine generelle Annäherung an die Dogmatik des Äußerungsdeliktsrechts zu erkennen ist oder aber der konkrete Bezug zu einem in der Tat außergewöhnlich, öffentlichkeitsrelevanten, gesundheitspolitischen Thema den Ausschlag zum Umdenken gegeben hat, bleibt mangels vergleichbarer Folgeentscheidungen offen. So oder so hat der Pharmakartell-Beschluss jedoch dazu beigetragen, auch bei kritischen Werturteilen im Wettbewerbsverhältnis den Einfluss der Meinungsfreiheit in das Gedächtnis der Richter zurückzurufen.

C) Die Auslegung der Herabsetzung und Verunglimpfung gemäß §§ 4 Nr. 7 und 6 II Nr. 5 UWG durch die Zivilgerichtsbarkeit

Aufgrund der EU-Richtlinie 97/55/EG und deren Umsetzung in insbesondere § 2 UWG a.F. wurde die lauterkeitsrechtliche Fachgerichtsbarkeit gezwungen von der strengen, richterlichen Dogmatik, das zumeist schon die Benennung oder Kenntlichmachung von Mitbewerbern zur Annahme eines unlauteren Vergleichs ausreichend, abzurücken.¹⁰¹⁴ Es galt - wie bereits in der Cola-Test Entscheidung¹⁰¹⁵ angedeutet - stärker auf das Vorliegen einer Herabsetzung im konkreten Fall abzustellen. Denn die dem Werbevergleich immanente mittelbare Abwertung der Konkurrenz zugunsten von Markttransparenz musste nunmehr grundsätzlich hingenommen

¹⁰¹⁰ BVerfGE 7, 198, 212 - Lüth: „Dem Grundrecht der Meinungsfreiheit kommt um so größeres Gewicht zu, je mehr es sich nicht um eine unmittelbar gegen ein privates Rechtsgut gerichtete Äußerung im privaten, namentlich im wirtschaftlichen Verkehr und in Verfolgung eigennütziger Ziele, sondern um einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage handelt.“

¹⁰¹¹ BVerfGE 60, 230, 244; BVerfGE 65, 325, 331; vgl. auch Sack WRP 2004, 1195, 1205 f.

¹⁰¹² Vgl. dazu bereits S. 105 ff.

¹⁰¹³ BVerfG GRUR 2008, 81, 83 - Pharmakartell.

¹⁰¹⁴ Siehe dazu auch Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung.

¹⁰¹⁵ BGH GRUR 1987, 49, 50 - Cola-Test: „Da diese bezugnehmende Vorstellung für sich allein vom Publikum auch nach der Feststellung des BerG noch nicht als herabsetzende Kritik an der Konkurrenzware aufgefasst werden kann, hängt es allein von der übrigen Aussage des Werbespots ab, ob das Konkurrenzzeugnis "C-Cola" durch die beanstandete Werbung herabgesetzt wird.“

werden. Ein sachlicher bezugnehmender Werbevergleich ist in Umsetzung der Richtlinie 97/55/EG prinzipiell zulässig.¹⁰¹⁶

In deutlicher Abgrenzung zur alten Rechtslage bei kritisch bezugnehmender Werbung nahm die Zivilgerichtsbarkeit fortan nur eine unlautere Herabsetzung i.S.v. § 2 II Nr. 5 UWG a.F. (= § 6 II Nr. 5 n.F.) an, wenn die werbliche Stellungnahme auf unangemessene Weise abfällig, abwertend oder unsachlich war. Die Kontinuität, mit der diese Formel von der Rechtsprechung seit 1998¹⁰¹⁷ in den Vordergrund gerückt wurde und bis heute angewendet wird¹⁰¹⁸, rechtfertigt sie zum Ausgangspunkt der Darstellung der richterlichen Abwägungspraxis zu machen. Auch in der einschlägigen Fachliteratur wird immer wieder auf die zentrale Funktion dieses Kriteriums zum sachgerechten Interessenausgleich hingewiesen.¹⁰¹⁹ Für die Beurteilung von pauschalen Herabsetzungen unbenannter Mitbewerber (§ 4 Nr. 7 UWG n.F.) wurde diese Formel schnell adaptiert, da in ihr das ursprünglich maßgebliche Kriterium nahtlos aufging. So hieß es zu dieser Fallgruppe des § 1 UWG a.F. zuvor:

„Für die Beurteilung der Frage, ob eine gem. § 1 UWG wettbewerbswidrige pauschale Herabsetzung ungenannter Mitbewerber vorliegt, kommt es darauf an, ob die angegriffene Werbeaussage sich noch in den Grenzen einer sachlich gebotenen Erörterung hält oder bereits eine pauschale Abwertung der fremden Erzeugnisse darstellt.“¹⁰²⁰

Bei der Kritik unbenannter Mitbewerber konnte nach alter Rechtslage mangels konkreter Bezugnahme schon nicht von einer Sittenwidrigkeit i.S.v. § 1 UWG a.F. ausgegangen werden. Hier waren die Zivilgerichte schon immer darauf angewiesen, die zulässige, abstrakte Bezugnahme auf das Vorliegen von Unsachlichkeit und Diffamierung zu untersuchen.¹⁰²¹

Durch europarechtliche Impulse und damit die nunmehr grundsätzliche Zulässigkeit sachlicher Bezugnahmen in vergleichender Werbung laufen die Kriterien, die die Unsauberkeit herabwürdigender, konkurrenzbezogener Äußerungen begründen, für § 4 Nr. 7 UWG und § 6 II Nr. 5 UWG gleich. Unabhängig von der Fallgruppe ist

¹⁰¹⁶ Vgl. Sack GRURInt. 1998, 263, 270 ff.; Menke WRP 1998, 811, 825; Gloy/Bruhn GRUR 1998, 226, 233 f.

¹⁰¹⁷ BGH GRUR 1999, 501, 503 - Vergleichen Sie.

¹⁰¹⁸ OLG Frankfurt GRUR-RR 2003, 198, 200; OLG Frankfurt GRUR 2005, 137, 138; BGH GRUR 2008, 443, 444; OLG Jena GRUR-RR 2003, 254 - Fremdgehen; BGH GRUR 2002, 72, 73 - Preisgegenüberstellung im Schaufenster.

¹⁰¹⁹ Vgl. Ohly/Sosnitza UWG-Ohly § 6 Rn. 68; Harte/Henning UWG-Omels § 4 Nr. 7 Rn. 18; Fezer UWG-Koos § 6 Rn. 243; Köhler/Bornkamm UWG-Köhler § 4 Rn. 7.20.

¹⁰²⁰ BGH GRUR 2002, 982, 983 - Die „Steinzeit“ ist vorbei; BGH GRUR 1997, 227, 228 - Aussehen mit Brille; vgl. auch Köhler/Piper UWG (2. Auflage 2001) § 1 Rn. 354f; v. Gamm Wettbewerbsrecht (5. Auflage 1987) Kap. 22 Rn. 49.

¹⁰²¹ Vgl. als Beispiel für die Auseinandersetzung mit dem konkreten Wortlaut der Werbung etwa BGH GRUR 1958, 485, 487- Odol: „Das schlagwortartige und durch Bildwirkung unterstützte Herausstellen eines fachlich umstrittenen Ergebnisses hat zur Folge, daß der Verbraucher nur die Schlagworte liest und ihrem suggestiven Einfluß unterliegt, ohne den kleingedruckten, zur Erklärung beigefügten Begleittext zu lesen. Das Schlagwort muß, um wirken zu können, kurz und einprägsam sein. Es bringt die Werbemitteilung auf eine so vereinfachte Form, daß sie jeder sachlichen Präzisierung entzogen wird, und es erweckt gerade vermöge seiner Einprägsamkeit beim Verbraucher den Eindruck, er habe mit dem Schlagwort alles Wesentliche er-

spätestens seit 2000 zu untersuchen, ob erstens eine insgesamt sachliche Darstellungsweise gewählt wurde und zweitens von einem Überwiegen der beleidigenden Elemente auszugehen ist, so dass der durchschnittliche Verbraucher die Aussage als unseriöse marktfremde Verhaltensweise auffasst.

Gerade bei vergleichender Werbung hängt die rechtliche Zulässigkeit maßgeblich davon ab, ob die Rechtsprechung das Tatbestandsmerkmal der „Herabsetzung“ weit oder eng auslegt. Dabei ist zu beachten, dass eine extensive Auslegung dazu führen würde das ursprüngliche Ziel der Richtlinie 97/55/EG auszuhebeln.¹⁰²² Tendenziell dürfte die verbale Toleranzgrenze erst dann überschritten sein, wenn nach einer Gesamtschau aus der Sicht des Durchschnittsverbrauchers nicht die Anpreisung der eigenen Vorzüge, sondern die Minderwertigkeit der Konkurrenzleistung in den Vordergrund der Werbeaussage gerückt wird.¹⁰²³

Das kann nicht bei der Aussage: „Sind sie immer noch T-Kunde? Dann können wir ihnen ein sehr lukratives Angebot unterbreiten!“¹⁰²⁴ wohl aber bei der Werbekampagne eines Echtschmuckherstellers mit dem Satz: „Die Zeit des Modeschmucks ist vorbei!“¹⁰²⁵ oder aber „Billige Composite Rackets...muten wir ihnen nicht zu!“¹⁰²⁶ angenommen werden. Gleiches gilt für das werbliche sich zu Eigen machen eines Zeitungsartikels, der einen Konkurrenten pauschal als Verlierer abstempelt.¹⁰²⁷

Um die entwickelten Rechtsprechungsgrundsätze tiefer durchdringen zu können, wird in einem nächsten Schritt zwischen dem Verbot unsachlicher Konkurrenzbezüge und wertenden Herabwürdigungen differenziert.

1) Gebot der Sachlichkeit oder die Gradwanderung zwischen Informationsgewinn und manipulativer Einflussnahme

Nach der Grundidee der Richtlinie 97/55/EG und der Umsetzung durch den Bundesgesetzgeber soll die vergleichende Werbung primär eines sein: Eine Transparenz schaffende Gegenüberstellung gewerblicher Leistungen, die dem Durchschnittsverbraucher - ähnlich wie bei Waren- und Dienstleistungstests durch Nichtwettbewerber - Hilfe bei der Kaufentscheidung bietet.¹⁰²⁸

Dem im Informationszeitalter überforderten Durchschnittsbürger soll vergleichende Werbung die Konsumententscheidung durch Darstellung der Marktwirklichkeiten erleichtern. Nach *Tilmann* muss die sachliche Information nach einer Gesamtschau der Unternehmensaussage eindeutig im Vordergrund der vergleichenden Reklame stehen.¹⁰²⁹ Es gilt das Gebot der Wahrheit und Sachlichkeit¹⁰³⁰. Nur unter diesen Voraussetzungen erfüllt ver-

fahren, ohne sich um weitere Aufklärung bemühen zu müssen.“; siehe ferner auch Borck WRP 1986, 365, 368 ff.

¹⁰²² Sack GRURInt. 1998, 263, 271; RegBegr. Bt.-Drucks. 14/2959 S. 12.

¹⁰²³ Vgl. BGH GRUR 1998, 824, 826 - Testpreis-Angebot; Menke WRP 1998, 811, 816; Baumbach/Hefermehl UWG (18. Auflage 1995) § 1 Rn. 340.

¹⁰²⁴ OLG Frankfurt GRUR- RR 2003, 198, 200; ganz ähnlich: BGH GRUR 1999, 501, 503 - Vergleichen Sie.

¹⁰²⁵ OLG Hamm WRP 2000, 1316, 1317 f.

¹⁰²⁶ Vgl. BGH GRUR 1998, 824, 828 - Testpreis-Angebot.

¹⁰²⁷ OLG Hamburg GRUR-RR 2002, 112-Verlierer.

¹⁰²⁸ Vgl. Roth NJW 1989, 1467, 1470; Nordmann GRURInt. 2002, 297; siehe auch Richtlinie 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung, Erwägungsgrund 8: „Vergleichende Werbung kann [...] ein zulässiges Mittel zur Unterrichtung der Verbraucher über ihre Vorteile darstellen.“

¹⁰²⁹ Tilmann GRUR 1997, 790, 797.

gleichende Werbung den Zweck, der die immanente Herabwürdigung der Konkurrenz auszugleichen imstande ist: Förderung von Markttaufklärung im Dienste des Verbrauchers.

Ausschließlich diese „nützliche“¹⁰³¹ Informationsaufbereitung dient dem gewollten Leistungswettbewerb.¹⁰³² Dagegen kehrt sich die manipulative Beeinflussung durch Wiedergabe von Unrichtigkeiten ins Gegenteil, da die Bekämpfung von Irreführungen des Verbrauchers seit jeher als ein Eckpfeiler des Wettbewerbsrechts anzusehen ist. Es verwundert daher nicht, dass eine Herabsetzung i.S.v. §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG nach der aktuellen Rechtsprechung dann anzunehmen ist, wenn sich der konkrete Werbevergleich bzw. die Bezugnahme auf die anonymisierte Konkurrenz als *unsachlich* erweist. Dabei hat diese Anforderung eine lange Tradition, die durch die liberalisierten Reformbestrebungen der letzten 10 Jahre nicht erschüttert worden ist:

Für die vergleichende Werbung (§ 6 UWG n.F.) ergab sich das Sachlichkeitsgebot aus den richterlichen Anforderungen an den allgemeinen Ausnahmetatbestand zum generellen Verbot vergleichender Bezugnahmen.¹⁰³³ Nur eine um Objektivität bemühte, substantiierte und wahrheitsgetreue Aussage über den erkennbaren Mitbewerber konnte ausnahmsweise als mit den guten Sitten i.S.v. § 1 UWG vereinbar angesehen werden.¹⁰³⁴ Auch die Kritiker des grundsätzlichen Verbots vergleichender Werbung forderten unter Hinweis auf den Willen des Gesetzgebers (Umkehrschluss aus § 14 UWG)¹⁰³⁵ oder aber dem unterbewerteten Einfluss der Meinungsfreiheit aus Art. 5 I GG¹⁰³⁶ lediglich die Zulässigkeit von *wahrer* und *informativer* vergleichender Werbung.

Ähnliches lässt sich zur Fallgruppe der pauschalen Herabsetzung unbenannter Konkurrenzprodukte -oder Dienstleistungen (jetzt § 4 Nr. 7 UWG) feststellen. Hier kann schon aus der Wortwahl der Fallgruppenbezeichnung auf die Unlauterkeit unsachlicher, herabwürdigender Werbeäußerungen geschlossen werden. Denn der Begriff „pauschal“ ist zu verstehen als eine schlagwortartige, verallgemeinernde Aburteilung aller oder unbenannter Marktrivalen, die sich alleine aus den vorgelegten Fakten nicht herleiten lässt.¹⁰³⁷ Das Wort pauschal beschreibt damit den Schritt von der für den Verbraucher nachprüfaren Detail- zur unlauteren Generalkritik. Immer dann wird auch von Unsachlichkeit gesprochen werden können.

Dementsprechend bleibt festzuhalten, dass schon vor der Reform des Lauterkeitsrechts in den Jahren 2000/2004 die durch die falsche bzw. unfundierte kritische Werbeaussage ausgelöste Täuschung der Verbraucher als unlautere Kehrseite zur zulässigen sachlichen Aufklärungsarbeit durch die Fachrichter eingestuft wurde.

¹⁰³⁰ Vgl. dazu auch OLG Stuttgart NJW-RR 1993, 1516; OLG Jena GRUR-RR 2003, 254 - Fremdgehen.

¹⁰³¹ OLG Jena GRUR-RR 2003, 254 - Fremdgehen.

¹⁰³² Vgl. Lindacher, FS Brandner 399, 404.

¹⁰³³ v. Gamm, Wettbewerbsrecht (5. Auflage 1987) Kap. 22 Rn. 31 und 41ff; OLG Hamm GRUR 1980, 311- „Pressebericht in eigener Sache“;

¹⁰³⁴ Vgl. Baumbach/Hefermehl UWG (18. Auflage 1995) § 1 Rn. 389 ff.; BGH GRUR 1962, 45, 48- Betonzusatzmittel.

¹⁰³⁵ Völp WRP 1960, 197, 204.

¹⁰³⁶ Kloepfer/Michael GRUR 1991, 170, 178; Schricker AcP 172, 203, 227/231; Burhenne NJW 1951, 249, 251 ff.; Lindacher, FS Brandner, 399, 414.

Zum genauen Verständnis, welche werbenden Stellungnahmen von den Zivilgerichten als unsachlich und damit als unlautere Herabsetzung eingeordnet werden, ist zwischen folgenden Unterfallgruppen zu differenzieren:

- a) Die Schmähkritik als klassisches Beispiel für unsachliche, herabsetzende Werbeaussagen nach §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG

Wie vom Bundesverfassungsgericht¹⁰³⁸ als auch dem Gesetzgeber¹⁰³⁹ gefordert, ist die Schmähkritik des Mitbewerbers im Wettbewerbsverhältnis als unlauter anzusehen.¹⁰⁴⁰ In enger Auslegung ist sie geradezu ein Inbegriff für das vollständige Fehlen von Sachlichkeit und Objektivität, da hier für die wertende Kritik keine Begründungsansätze gegeben werden. Demzufolge ist der Informationsgewinn solcher Bezugnahmen auf andere Wirtschaftsunternehmen gleich null. Schmähkritik taugt ganz und gar nicht die Kaufentscheidung der Konsumenten positiv zu beeinflussen und erfüllt daher nicht den Zweck zusätzliche Marktorientierung zu schaffen, sondern erschöpft sich in der Gefährdung der Reputation der Konkurrenz.

Wie bereits erläutert, ist von Schmähkritik auszugehen, sofern nicht die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht.¹⁰⁴¹ Bejaht wurde das Vorliegen von Schmähkritik bei wertenden Aussagen im Wettbewerbsverhältnis bis dato nur in Einzelfällen. Etwa dann, wenn das Kabel-TV Angebot der Konkurrenz als das eines Schmuddelsenders abgetan wurde und von einer „sachlichen Unterrichtung des Lesers“ keine Rede sein konnte.¹⁰⁴² Gleiches gilt für den Fall, dass Fondsanteile der Konkurrenz schlicht als „Mist“¹⁰⁴³ bezeichnet oder aber bestimmte medizinische Präparate als „Scheiß des Monats“¹⁰⁴⁴ abgeurteilt wurden. Ebenfalls in diese Fallgruppe einzuordnen, ist das Urteil des *OLG München* vom 21.07.2005:

In einem TV-Spot wurden dabei Kaffetrinker einer bestimmten Marke als altmodisch und antiquiert dargestellt und somit das unmittelbare Konkurrenzprodukt herabgewürdigt, ohne dass der Vergleich begründende „objektiv verifizierbare Merkmale“¹⁰⁴⁵ enthielt. Entscheidend für das Vorliegen von Schmähkritik ist nach Auffassung des Gericht nicht die Intensität der erreichten Diffamierung, sondern vielmehr das Fehlen eines Begründungsansatzes.¹⁰⁴⁶

Ohne den Begriff „Schmähkritik“ anzusprechen, hat auch das LG Köln¹⁰⁴⁷ mit Urteil vom 29.05.2008. einen vergleichenden Werbespot über die Anbieter von Navigationsgeräten richtigerweise mit Verweis auf den mangelnden Begründungsansatz für unlauter nach § 6 II Nr. 5 UWG erklärt: Symbolisiert durch das Verhalten von

¹⁰³⁷ Vgl. dazu etwa Borck WRP 1986, 365, 370; Menke WRP 1998, 811, 816.

¹⁰³⁸ BVerfG NJW 2008, 81, 83 - Pharmakartell.

¹⁰³⁹ RegBegr. BT-Drucks. 15/1487, S. 18.

¹⁰⁴⁰ So auch Piper/Ohly/Sosnitzer UWG-Ohly § 4 Rn. 7/17 und § 6 Rn. 68; Köhler/Bornkamm UWG-Köhler § 4 Rn. 7.19; OLG München GRUR-RR 2004, 309, 311; BGH GRUR 1977, 801, 803 - Halsabschneider.

¹⁰⁴¹ Siehe dazu bereits oben S. 116 ff.

¹⁰⁴² OLG Hamburg NJW 1996, 1002, 1003 - Schmuddelsender.

¹⁰⁴³ OLG Köln WRP 1985, 233.

¹⁰⁴⁴ OLG München WRP 1996, 925 f. - Scheiß des Monats.

¹⁰⁴⁵ OLG München vom 21.07.2005, 6 U 5248/04, juris-Rn 3ff.

¹⁰⁴⁶ Vgl. hierzu auch OLG München GRUR 2001, 762 - AOK Bayern: Hier wird der Vorwurf der vergleichsweise niedrigen Leistungsbereitschaft einer spezifischen Krankenversicherung mangels sachlicher Begründungsversuche als pauschale Herabsetzung gewertet.

Schulkindern wurde das Konkurrenzprodukt als fehleranfällig, unzuverlässig und untauglich dargestellt. Am Ende des Spotts lachen die übrigen Kinder über die das Konkurrenzprodukt symbolisierenden Mitschüler. Ein Hinweis auf den Grund für die harsche Kritik an der schlechten Produktqualität des Mitbewerberprodukts fehlt völlig.¹⁰⁴⁸

Wie im Deliktsrecht kann zumindest dann nicht von einer Schmähkritik gesprochen werden, sofern sachliche Bezugspunkte zur Begründung der Herabwürdigung angeführt werden, da der Begriff nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eng auszulegen ist und die Bejahung zur Folge hat, dass eine weiterführende Abwägung der Einzelumstände hinfällig wird.¹⁰⁴⁹ So ist etwa der Vorwurf eine neue Frauenzeitschrift sei lediglich ein „billiges Plagiat“ des eigenen Magazins nicht als Schmähkritik anzusehen, wenn für dieses Werturteil vergleichende Angaben als Begründungsansatz gemacht werden.¹⁰⁵⁰ Die Ablehnung von Schmähkritik bedeutet allerdings nicht, dass dadurch automatisch von der Zulässigkeit der wertenden Stellungnahme auszugehen ist.¹⁰⁵¹ Vielmehr ist anhand der Kriterien „auf unangemessene Weise abwertend, abfällig oder unsachlich“ eine gründliche, weiterführende Einzelfallabwägung vorzunehmen.

Auch in Zukunft ist nicht damit zu rechnen, dass die Schmähkritik als außerordentlich extreme Form der verbalen Entgleisung im Wettbewerbsverhältnis oft Gegenstand von Zivilprozessen sein wird. Denn unabhängig von den Rechtsfolgen des Lauterkeitsrechts ist in den Köpfen der Marketingverantwortlichen bekannt, dass derartige Öffentlichkeitsarbeit vom Konsumenten zumindest unterschwellig als unseriös empfunden wird. Bloße kontextfreie Beleidigungen fördern nicht die eigenen Absatzchancen, sondern sind aus Sicht des sich äußernden Mitbewerbers hochgradig kontraproduktiv.

- b) Irreführende tatsachenbezogene Werturteile über den Mitbewerber als unsachliche Herabsetzung der Konkurrenz i.S.v. §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG - Richterliche Richtigkeitskontrolle -

Sofern ein Begründungsansatz für die wertende Kritik in der Wirtschaftswerbung existiert, kann dadurch nicht automatisch auf die Einhaltung des Gebots der Sachlichkeit und Wahrheit geschlossen werden. Denn im Hinblick auf das Ziel den Verbraucher bei der Kaufentscheidung mittels differenzierter Informationen zu unterstützen, ist die Täuschung über die Marktrealität auf Kosten der Konkurrenz geradezu Gift für das reibungslose Funktionieren des Leistungswettbewerbs. Daher werden auch solche werbenden Werturteile als unsachliche Herabsetzungen eingestuft, die einer richterlichen Richtigkeitskontrolle nicht standhalten.

Dem Gericht steht es dabei - wie im Rahmen von § 5 II UWG n.F. - offen nicht nur den Wahrheitsgehalt von Tatsachen zu überprüfen (vgl. dazu auch § 4 Nr. 8 UWG), sondern darüber hinaus auch diejenigen kritischen Werturteile zu hinterfragen, die einen starken Tatsachenbezug aufweisen und daher einer Inhaltskontrolle auf

¹⁰⁴⁷ LG Köln GRUR-RR 2009, 154 ff.

¹⁰⁴⁸ Die humorvoll-ironischen Bezüge des Kommunikators fielen bei der Annahme der Unlauterkeit nicht ins Gewicht (vgl. LG Köln GRUR-RR 2009, 154, 155). Mehr dazu unter S. 170 ff.

¹⁰⁴⁹ Vgl. beispielhaft BVerfG NJW 2003, 961, 962: „Liegt Schmähkritik vor, muss die Meinungsfreiheit allerdings stets zurücktreten.“

¹⁰⁵⁰ OLG München GRUR-RR 2004, 309, 311.

¹⁰⁵¹ Zum Äußerungsdeliktsrecht vgl. oben S. 116 ff.

Basis nachprüfbarer Fakten zugänglich sind.¹⁰⁵² Ausgeschlossen ist nach diesen Maßstäben etwa die Überprüfung von bloßen Zukunftsprognosen oder aber die Darlegung von Ansichten bei denen der zugrundeliegende Lebenssachverhalt vielfältige Meinungsansätze als vertretbar erscheinen lässt.¹⁰⁵³ In solchen Fällen gilt es das Augenmerk ausschließlich auf eine mögliche unangemessene Abwertung oder Abfälligkeit zu lenken.¹⁰⁵⁴

Nach diesen Grundsätzen ist es laut Rechtsprechung beispielsweise unlauter, wenn durch die Bewertung eines Konkurrenzarzneimittels als „herkömmlich“ ein schiefes Bild der tatsächlichen Marktsituation entsteht, da das kritisierte Arzneimittel zeitgleich mit dem Produkt des Werbenden veröffentlicht wurde und ebenfalls innovative Elemente aufwies.¹⁰⁵⁵ Auch die werbende Aussage, dass Tennisschläger mit billigen, minderwertigen Composite Rackets nicht (mehr) zumutbar seien, wurde unter anderem mit der Begründung für unlauter erklärt, dass die aufgestellte Meinungsäußerung schlicht und ergreifend unzutreffend sei.¹⁰⁵⁶ Eine Kontrolle auf Richtigkeit einer reputationsschädigenden, wertenden Werbeaussage liegt weiterhin auch dann vor, wenn die Fachgerichte zu dem Schluss kommen, dass die abgegebenen Stellungnahmen wegen Unvollständigkeit ein verfälschtes, die Konkurrenz insgesamt (ungerechtfertigt) herabsetzendes Bild der Marktsituation darstellen würden.¹⁰⁵⁷ So ist der Vorwurf eines Versicherungsmaklers, dass die Nichtveröffentlichung bestimmter Krankenversicherungstarife durch spezifische Versicherer „verbraucherfeindlich“ sei, trotz der Angabe von begründungstauglichen Tatsachen unlauter, sofern das herabgewürdigte Unternehmen „die AM-Tarife nicht mehr bewirbt und diese bei der Beratung von Neukunden keine Rolle spielen.“¹⁰⁵⁸

Exemplarisch für die richterliche Durchführung von Richtigkeitskontrollen kann auch das Urteil des LG Heilbronn vom 05.08.2008 herangezogen werden: Die Aussage eines wirtschaftlichen Vereins, dass die bei der standardisierten Fleischverarbeitung und Wurstherstellung verwendeten Gewürze ein „Chemiecocktail“ sei, wurde als unsachliche Herabsetzung i.S.v. § 4 Nr. 7 UWG gewertet, weil sich aus den von der Klägerin eingereichten Unterlagen die Einhaltung von ESA-Spezifikationen und Richtlinien ergaben, die auf die Unrichtigkeit der dem Werturteil zugrundeliegenden Tatsachen hinwiesen.¹⁰⁵⁹ Auch schon vor der Reform des UWG tendierten die Lauterkeitsrichter im Rahmen von § 1 UWG a.F. dazu, die zuvor festgestellte Unrichtigkeit einer werbenden Stellungnahme als zusätzliches Argument für die Sittenwidrigkeit kritischer Bezugnahmen auf die Konkurrenz zu werten. So heißt es beispielsweise im Urteil des OLG München vom 12.10.1995 (NJW-RR 1996, 1323, 1324):

¹⁰⁵² Ohly/Sosnitzer UWG-Ohly § 5 Rn. 87 ff.; KG AfP 2010, 271, 273.

¹⁰⁵³ Vgl. etwa v.Gamm, Wettbewerbsrecht (5. Auflage 1987) Kap. 36, Rn. 17; Heidelberger UWG-Ekey § 5 Rn. 123.

¹⁰⁵⁴ Siehe dazu noch unten S. 164 ff.

¹⁰⁵⁵ OLG Hamburg vom 21.02.2002, 3 U 138/01, juris-Rn. 51 ff.

¹⁰⁵⁶ BGH GRUR 1998, 824, 828 - Testpreis-Angebot.

¹⁰⁵⁷ So auch Baumbach/Hefermehl UWG (18. Auflage 1995) § 1 Rn. 390: „Die Angaben in einem Werbevergleich müssen vollständiger als bei sonstigen Werbungen sein.“; tendenziell auch OLG Frankfurt GRUR-RR 2001, 221, 222, sofern die Bahn in ihrer Werbung auf die Verspätung im Flugverkehr hinweist ohne zu berücksichtigen, dass der eigene Fern- und Nahverkehr selbst nicht immer die versprochenen Zeitpläne einhält.

¹⁰⁵⁸ OLG Köln GRUR-RR 2001, 186, 188.

¹⁰⁵⁹ Vgl. LG Heilbronn WRP 2008, 1390, 1392 - Gewürzmischung.

„Wie bereits ausgeführt, ist der Vorwurf des „Rosinenklaubens“ zumindest im Kontext der Rede nicht wertneutral, sondern herabsetzend. Es wird der Eindruck erweckt, als ob sich die privaten Rettungsdienste und damit auch der Kl. lukrative Einzelfälle aussuchen und Aufträge, die nicht gewinnträchtig sind, ablehnen könnten. Dies trifft nicht zu, wie bereits dem für den Kl. ergangenen Genehmigungsbescheid vom 16. 6. 1992 zu entnehmen ist. Dort wird unter Nummer 5.5 festgelegt: „Der Unternehmer hat sicherzustellen, daß Rettungstransporte zu jeder Tageszeit und an jedem Wochentag im Bedarfsfall sichergestellt sind. Daraus folgt, daß es dem Kl. keineswegs freigestellt ist, welche Aufträge er übernimmt und welche er als nicht gewinnträchtig der Konkurrenz, also z.B. der Bekl. überläßt.“¹⁰⁶⁰

Als Indiz für die Durchführung einer richterlichen Inhaltskontrolle bei kritischen Werturteilen - gerade auch dann wenn der Vorwurf einer pauschalen Herabsetzung im Raume steht - kann folgendes Zitat aus BGH GRUR 1973, 270, 271- sanft Bitter angeführt werden:

„Maßgebend ist jedoch der Eindruck, den die Werbung beim Publikum erweckt. Dieser besteht aber nach den rechtsirrtumsfreien Feststellungen des BerG für einen nicht unerheblichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise darin, daß die Erzeugnisse der Mitbewerber ganz überwiegend von geringer Qualität seien, was sachlich nicht zutrifft, wie der eigene Vortrag der Bekl. ergibt. Damit ist das Gesamtbild, das die Gegenüberstellung der eigenen Waren der Bekl. mit fremden Erzeugnissen im Werbefilm hervorruft, nach der Vorstellung der angesprochenen Verkehrskreise nicht mehr in allen wesentlichen Punkten zutreffend und somit nach § 1 UWG zu beanstanden.“

Mit der Ausweitung der richterlichen Lauterkeitsprüfung über die Grenzen der Schmähkritik hinaus, steht die wettbewerbsrechtliche Rechtsprechung im Widerspruch zur Dogmatik des Äußerungsdeliktsrechts. Wie bereits ausgeführt¹⁰⁶¹ setzt die Rechtsprechung bei Wirtschaftskritik außerhalb des Wettbewerbsverhältnisses unter Anerkennung des Einflusses der Meinungs- und Medienfreiheiten auf die eigenständige und verantwortungsvolle Reflektion durch den mündigen Bürger. Nur ausnahmsweise greifen zivilrechtliche Sanktionsinstrumentarien gegen herabsetzende bzw. offensichtlich unrichtige Werturteile durch. Das betroffene Unternehmen ist vielmehr darauf verwiesen, dass es selbst am Meinungsmarkt partizipieren und ungerechtfertigte Verbalinjurien sachlich widerlegen kann, um einen andauernden Reputationsschaden zu verhindern. Der Staat greift nur dann nachhaltig in den freien Meinungsbildungsprozess ein, wenn die wertende Aussage mangels Tatsachenbezuges vollkommen ungeeignet ist Rezipienten ernsthaft zu überzeugen und sich daher lediglich in der Herabwürdigung des Wirtschaftsunternehmens erschöpft. Die dagegen im Rahmen von §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG über die Nachprüfung der Existenz eines Begründungsansatzes hinausgehende Richtigkeitskontrolle hat ihren

¹⁰⁶⁰ Vgl. etwa auch BGH GRUR 1986, 548, 549 - Dachsteinwerbung: „In dem vom BerG für seine Rechtsauffassung angeführten Urteil vom 15. 3. 1967 ist ausgesprochen, daß der Warenartenvergleich seine Grenze dort findet, wo ein für die Beurteilung maßgebliches Merkmal einseitig zum Vorteil der eigenen oder zum Nachteil der zum Vergleich herangezogenen Warenart unrichtig dargestellt wird, und daß ein Vergleich auch dann unrichtig ist, wenn er bei Erörterung eines maßgeblichen Merkmals einen in denselben Zusammenhang gehörenden wesentlichen Umstand verschweigt.“

¹⁰⁶¹ Siehe dazu oben S. 105 ff.

Ursprung in der langen Tradition des Irreführungstatbestandes im deutschen Lauterkeitsrecht und der damit bezweckten Durchsetzung eines allgemeinen Wahrheitsgebots.¹⁰⁶² Hier gilt der Grundsatz, dass der Verbraucher ebenso wie der Gewerbetreibende effektiv vor verfälschten Marktdarstellungen zu schützen ist, so dass der Konsument die ihm zukommende Schiedsrichterfunktion getreu den Grundsätzen des Leistungswettbewerbs ausüben kann. Zugunsten eines funktionierenden Wettbewerbs wurde dabei die Kontrolle von nachweisbaren Tatsachen auf die Überprüfung von tatsachenbezogenen Werturteilen ausgeweitet, da diese ebenfalls geeignet sind, den Verbraucher durch Fehlvorstellungen in die Irre zu führen.¹⁰⁶³ Dieser Rechtsgedanke soll erst recht dann gelten, wenn die Verzerrung der Realität dazu dient den Konkurrenten zu beleidigen. Stellt sich in einem solchen Fall nach einem Vergleich der wahren mit der vom Mitbewerber beschriebenen Wirtschaftssituation die Unrichtigkeit der wertenden Aussage heraus, kann nicht nur von einer Irreführung, sondern gerade auch der unsachlichen Herabsetzung der Konkurrenz nach §§ 6 II Nr. 5, 4 Nr. 7 UWG gesprochen werden.¹⁰⁶⁴ Auffällig ist dabei, dass trotz ähnlicher Lebenssachverhalte im Delikts- und Wettbewerbsrecht das zugrundegelegte Bild vom Durchschnittsbürger- bzw. Verbraucher erheblich variiert. Während bei sachbezogenen Werturteilen außerhalb des Wettbewerbsverhältnisses aus der lebhaften Diskussion heraus auf eine gesunde Einschätzung der reputationsschädigenden Äußerungen durch den Bürger vertraut wird, scheinen Verbraucher und Mitbewerber nach lauterkeitsrechtsrechtlichen Maßstäben stärker vor herabwürdigenden Werturteilen über die Konkurrenz zu schützen zu sein.¹⁰⁶⁵

2) Die Herabsetzung nach §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG durch unangemessen abfällige und abwertende Bezugnahmen auf die (unbenannte) Konkurrenz

Soweit die kritische, werbende Stellungnahme einen Begründungsansatz aufweist und die Aussage unter Beachtung des nachprüfbaren Tatsachenkerns nicht irreführend ist, muss in einem weiteren Schritt geprüft werden, ob der Äußernde sich bei der verbalen Auseinandersetzung möglicherweise „im Ton vergriffen“ hat.

a) Der rein subjektive Bewertungsmaßstab und die divergierenden Auslegungstendenzen

Nach der Idealvorstellung eines Leistungswettbewerbs haben sich Konkurrenten prinzipiell zu respektieren, ohne dass verbale Seitenhiebe auf die Kaufentscheidung des Verbrauchers Einfluss nehmen sollen.¹⁰⁶⁶ Denn eigentlich soll jeder Konkurrent ausschließlich durch die eigene Leistungsstärke Kunden am Markt gewinnen.¹⁰⁶⁷ Es muss demnach die Frage beantwortet werden, ob durch die Art und Weise der werblichen Darstellung die Grenze des für den Mitbewerber tolerierbaren derart überschritten ist, dass eher von einer unseriösen Beleidigung als von einem der Allgemeinheit dienenden Beitrag zur Markttransparenz gesprochen werden kann. Über die immanente Abwertung durch die Bezugnahme an sich müssen reputationsschädigende Umstän-

¹⁰⁶² So kannte bereits das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 27.5.1896 einen Schutz gegen irreführende Werbung in § 1 S. 1 (RGBl. 145), ebenso so wie das UWG a.F. von 1909.

¹⁰⁶³ Beater, Unlauterer Wettbewerb § 15 Rn. 101; v.Gamm, Wettbewerbsrecht (5. Auflage 1987) Kap. 36, Rn. 17.

¹⁰⁶⁴ Vgl. exemplarisch zur Einschlägigkeit von § 5 I UWG und § 4 Nr. 7 UWG LG Heilbronn WRP 2008, 1390 f.- Gewürzmischung.

¹⁰⁶⁵ Dazu noch später S. 158 ff.

¹⁰⁶⁶ Vgl. Baumbach/Hefermehl UWG (18. Auflage 1995) Einl UWG Rn. 96 ff.

¹⁰⁶⁷ OLG München GRUR-RR 2004, 309, 311- billiges Plagiat.

de des Einzelfalls nachgewiesen werden, um einen Anspruch des Betroffenen zu begründen.¹⁰⁶⁸ Als Indiz für eine unlautere Herabsetzung kann herangezogen werden, ob nach einer Gesamtschau der Einzelfallumstände nicht die Vorteile der eigenen Leistungen, sondern die Minderwertigkeit des bzw. der Mitbewerber(s) im Vordergrund der Unternehmensäußerung stehen.¹⁰⁶⁹ Maßgeblich soll dabei auf die Verkehrsauffassung eines durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers abzustellen sein.¹⁰⁷⁰ Subsumiert wird alles in allem unter der Frage:

Stellt die wertende Werbeaussage im Hinblick auf den/die angesprochene(n) Konkurrenten(kreise) eine unangemessen abfällige und abwertende Meinungsäußerung dar?¹⁰⁷¹

Davon geht das OLG Frankfurt im Urteil vom 10.03.2005 richtigerweise aus, wenn der Konkurrent mit der Werbebotschaft: „Na...auch T-Aktionär?“ seine Freude über den misslungenen Börsenstart der Telekom zum Ausdruck bringt und daraus offenbar am Markt der Mobiltelefonie Profit schlagen will.¹⁰⁷² Denn hier wird der Mitbewerber jenseits jeglicher Sachlichkeit gezielt der Lächerlichkeit preisgegeben. Zutreffenderweise steht wohl auch dann überwiegend die Minderwertigkeit des Konkurrenten im Fokus der Werbung, wenn es heißt: „Die beste Werbung für S. sind die Angebote der Konkurrenz“¹⁰⁷³

Doch zumeist bereitet die Herausarbeitung der interpretationsbedürftigen Erheblichkeitsschwelle den Gerichten große Probleme, da die Bestimmung des konkreten Diffamierungsgrades in erster Linie von rein subjektiven Kriterien abhängig ist und ein eindeutiger gesellschaftlicher Wertkonsens im Hinblick auf das Vorliegen von unseriösen Verunglimpfungen nicht existiert.¹⁰⁷⁴ Kommen die Gerichte dabei zu dem Schluss, dass im konkreten Einzelfall insgesamt von einer übertriebenen Abwertung oder Abfälligkeit auszugehen ist, begründen sie ihre Entscheidung primär damit, dass der durchschnittliche Verbraucher als maßgeblicher Verkehrskreis die zur Disposition stehende Werbeaussage ebenso versteht.¹⁰⁷⁵ Dies können die Richter auch ohne repräsentative Umfragen¹⁰⁷⁶ potentieller Konsumenten ausreichend beurteilen, da sie sich als dieser Gesellschaftsschicht zugehörig erklärt haben:

¹⁰⁶⁸ MK UWG-Menke § 6 UWG Rn. 279.

¹⁰⁶⁹ BGH GRUR 1998, 824, 828 - Testpreis-Angebot; OLG München NJWE-WettbR 2000, 177, 178.

¹⁰⁷⁰ Siehe etwa BGH GRUR 2002, 982, 984 - Die „Steinzeit“ ist vorbei!; BGH GRUR 2005, 609, 610; BGH GRUR 2002, 828, 829 - Lottoschein; LG Ingolstadt GRUR 2006, 109 - Originalteile.

¹⁰⁷¹ Exemplarisch OLG Frankfurt GRUR-RR 2001, 221 - Überstunden; BGH GRUR 2002, 75, 77 - Sooo...Billig ?!; OLG München GRUR 2003, 189,190 - Dogge; BGH GRUR 2008, 443, 444 - Saugeinlagen.

¹⁰⁷² OLG Frankfurt GRUR-RR 2005, 355 ff.-, „Na...auch T-Aktionär?“

¹⁰⁷³ KG WRP 1999, 339 ff.

¹⁰⁷⁴ Vgl. dazu auch schon oben S. 84 ff.

¹⁰⁷⁵ Vgl. OLG München GRUR 2003, 189, 190 - Dogge; BGH GRUR 2005, 609, 610 - Sparberaterin II; OLG Hamburg GRUR-RR 2003, 50, 51 - Tiefpreisgarantie; LG Ingolstadt GRUR-RR 2006, 109, 110 - Originalteile.

¹⁰⁷⁶ Die prinzipiell aber ein geeignetes Mittel zur Erfassung der realen Verkehrsauffassung darstellen, vgl. EuGH WRP 1999, 307, 311- Sektkellerei Kessler.

*„Nachzutragen ist nur noch, dass der Senat diese Feststellungen aus eigener Sachkunde und der Lebenserfahrung seiner Mitglieder treffen kann, denn diese gehören zu den von der Werbung angesprochenen Verbraucherkreisen.“*¹⁰⁷⁷

Mit diesem Argumentationsmuster schaffen die Zivilgerichte die Grundlage dafür, dass die Beurteilung, ob mit der kritischen Werbeaussage die Grenze zur unseriösen Geschäftsehrverletzung überschritten ist, ausschließlich anhand individueller Moral- und Marktvorstellungen durchgeführt wird. Unausweichlich sind hier unterschiedliche Anschauungen und Kritik an Einzelfallentscheidungen vorprogrammiert, weil es - von einleuchtenden, extremen Sonderfällen abgesehen - quer durch alle Gesellschaftsschichten verschiedene Anschauungen darüber gibt, wo bezogen auf den Wirtschaftsmarkt etwa die genaue Grenze zwischen zumutbaren, satirischen Seitenhieben und ungehörigen Bloßstellungen der Konkurrenz verläuft. Gerade aufgrund des fehlenden allgemeinen Wertkonsenses ist hier vieles vertretbar. Als zusätzlicher Unsicherheitsfaktor tritt hinzu, dass gerade satirische Werbebotschaften, die mit dem Gegensatz von Wortlaut und einer tieferen Bedeutungssphäre spielen, häufig mehrdeutigen Auslegungen hinsichtlich der Aussageabsicht zugänglich sind.

Exemplarisch mag die Entscheidung des OLG Jena vom 28.8.2002¹⁰⁷⁸ herangezogen werden, die in der Literatur kontrovers diskutiert und fast einhellig als Fehlentscheidung bewertet wurde.¹⁰⁷⁹ Der Senat deutete die Werbeaussage eines Anbieters von Unterhaltungselektronik „Fremdgehen kann teuer werden“ unter konkretem Vergleich des eigenen TV-Verkaufspreises mit dem diesbezüglichen Angebot der Konkurrenz als unlautere Herabsetzung. Das Wort „fremdgehen“ behalte trotz sich verändernder Moralvorstellung einen „negativen Beigeschmack“ und stelle den Mitbewerber als jemanden dar, der sich mit Fremdgängern einließe.¹⁰⁸⁰ Ein hervorragendes Beispiel dafür, dass was die einen als eine zum Schmunzeln anregende Ironie¹⁰⁸¹ empfinden, durch andere als ungehörige Beleidigung interpretiert wird, ohne dass sachliche Argumente zwischen diesen Positionen vermitteln könnten. Ganz Ähnliches gilt für eine Fallkonstellation, in der Leitungswasser als Trinkwasser mit dem Slogan beworben wurde: „Hängen Sie noch an der Flasche?“¹⁰⁸² Die Werbung wurde mit der Begründung als Herabsetzung eingestuft, dass der Wortlaut des Slogans trotz des zugestandenen ironisch-plakativen Wortspiels auf den Problemkreis der Alkoholabhängigkeit anspiele und die damit in Verbindung gebrachten Mineralwasserunternehmen herabwürdige. Auch hier hätte im Hinblick auf die offensichtliche Tatsache, dass vom lebensnotwendigen Wasserkonsum keine Suchtgefahr ausgeht ohne weiteres eine liberalere Auslegung vertreten werden können.

¹⁰⁷⁷ OLG Hamburg GRUR-RR 2003, 249, 251; vgl. auch OLG Hamburg GRUR-RR 2003, 50, 51-Tiefpreisgarantie; OLG Jena GRUR-RR 2003, 254, 255 - Fremdgehen; OLG Frankfurt GRUR-RR 2001, 221 - Überstunden.

¹⁰⁷⁸ OLG Jena GRUR-RR 2003, 254 ff.

¹⁰⁷⁹ Vgl. etwa Fezer UWG-Nordemann § 4 Nr. 7 Rn. 70; MK UWG-Menke § 6 Rn. 289; Koos WRP 2005, 1096, 1099: „grotesk strenge“ Anwendung des Herabsetzungsgebots.

¹⁰⁸⁰ OLG Jena GRUR 2003, 254 f. - Fremdgehen.

¹⁰⁸¹ Siehe dazu auch unten S. 170 ff.

¹⁰⁸² OLG München NJWE-WettbR 2000, 177 ff.

Ähnliches gilt auch für das Urteil des LG Saarbrücken vom 27.03.2007. Hier hatte das beklagte Möbelhaus auf die Werbekampagne der unmittelbaren Konkurrenz, dem selbsttitulierten „fröhlichen m.“ mit folgender Werbeanzeige in einer überregionalen Tageszeitung reagiert:

„Jetzt auf zum fröhlichen Preisvergleich!...kaufen ohne Risiko -unser M [=Möbelhaus] macht doppelt froh.“¹⁰⁸³

Darauf folgte der Abdruck einzelner Artikel zu günstigeren Preisen als bei der unmittelbaren Konkurrenz. Daneben stand jeweils: „... € gespart.“ Eine Herabsetzung i.S.v. § 6 II Nr. 5 UWG wurde vor allem unter dem Hinweis bejaht, dass einem nicht unerheblichen Teil der Leserschaft aufgrund des Vergleichs und der Betonung der Risikofreiheit suggeriert werde, dass der Kauf bei der Konkurrenz risikobehaftet sei.¹⁰⁸⁴ Dies habe mit Humor und Ironie nichts zu tun. Dies sei schlicht und ergreifend eine Herabsetzung des Konkurrenten. Hier hätte man den Sinngehalt der Werbeaussage im Hinblick auf den aufgeklärten Durchschnittsbetrachter zweifelsfrei auch anders interpretieren können: Das reimende Wortspiel Risiko - froh unterstreicht die humoristische Anspielung auf die Konkurrenz und ist nicht wörtlich zu verstehen. Vielmehr bringt das Wort Risiko zum Ausdruck, dass der Werbende neben der Fröhlichkeit auch die günstigeren Angebote auf seiner Seite hat und daher ein vollkommen unbeschwerter Einkauf am ehesten bei ihm möglich ist. Damit wäre hier unter Verweis auf die humoristische Anspielung auf die Werbung der Konkurrenz wohl auch eine Ablehnung der Herabsetzung i.S.v. § 6 II Nr. 5 UWG vertretbar gewesen. Für anderweitige Auslegungen des Wortes Risiko zum Beispiel i.S.v. drohenden Lieferungsverzögerung oder etwa Zahlungsschwierigkeiten der Konkurrenz fehlt es an Ansatzpunkten. Das Wort steht eindeutig mit der beworbenen Preisersparnis in Zusammenhang.

Diese allgemeine Rechtsunsicherheit aufgrund des rein subjektiven Bewertungsmaßstabes wird im Bereich der wertenden Konkurrenzkritik zusätzlich dadurch verstärkt, dass durch die jüngste Einflussnahme des Bundesverfassungsgerichts im Hinblick auf die Meinungsfreiheit aus Art. 5 I GG¹⁰⁸⁵, den europäischen Liberalisierungsbestrebungen im Bereich der vergleichenden Werbung als auch Modifikationen des zugrundezulegenden Verbraucherleitbildes eine Zeit des Umbruchs und der Veränderung im Lauterkeitsrecht einzugewahrt hat. Dabei scheinen die Zivilgerichte unsicher zu sein, inwiefern diese zum Teil sehr abstrakten Modifikationen der Rechtslage sich unter Beachtung subjektiver Bewertungsmaßstäbe im Einzelfall auszuwirken haben.

Trotz der Flexibilität, die die richterliche Rechtsfortbildung zu § 1 UWG a.F. geboten hat, erweisen sich die dazu entwickelten Dogmatiken als tief verwurzelte, richterliche Denkmuster, die sich nur schwerlich und zu meist zeitversetzt aufbrechen lassen.¹⁰⁸⁶ Das soll heißen, dass das ursprüngliche Verbot konkreter Bezugnahmen unter Verweis auf das unbeeinflusste „Nebeneinander“ im Leistungswettbewerb dadurch fortwirkt, dass die Zivilgerichte den ihnen eingeräumten Beurteilungsspielraum teilweise zu Lasten des sich äußernden Mitbewerbers auslegen.

¹⁰⁸³ LG Saarbrücken WRP 2008, 529 ff.

¹⁰⁸⁴ LG Saarbrücken WRP 2008, 529, 531.

¹⁰⁸⁵ Siehe dazu bereits schon S. 63 ff.

¹⁰⁸⁶ Vgl. dazu etwa Schricker GRURInt. 1996, 473, 474: „Es zeichnet sich, einmal verfestigt, durch außerordentliches Beharrungsvermögen aus.“

Neben den bereits aufgeführten Beispielen lässt sich hier insbesondere das Urteil des *OLG Frankfurt* vom 25.11.2004 anführen: Danach ist eine unlautere Herabsetzung der Konkurrenz anzunehmen, wenn unter dem Slogan:

„Fühlen sich manche feuchten Toilettenpapiere nicht ein bisschen steif (bzw. hart) an?“

die mittelbar erkennbare Konkurrenz mit einem Stachelschwein in Verbindung gebracht wird. Dem Verbraucher werde hier trotz der ironischen Bezugspunkte im Ergebnis vermittelt, dass der Gebrauch der Konkurrenzprodukte unangenehm sein könnte.¹⁰⁸⁷ Auch in dieser Entscheidung muss als Streitbar angesehen werden, ob der Durchschnittsverbraucher in der Darstellungsweise nicht nur einen lustigen Aufhänger für die Aussage sieht, dass das eigene Produkt besonders komfortabel ist. Dass der Konkurrent hier in erster Linie herabgewürdigt werden soll, ist mehr als fragwürdig. Denn das beleidigende Element tritt hier eindeutig hinter dem Bestreben in Form von offensichtlicher Ironie die Aufmerksamkeit der Zuschauer zu erregen, zurück.

Im Gegensatz dazu stehen einzelne wettbewerbsrechtliche Urteile, die auf eine eher restriktive Auslegung des Tatbestandsmerkmals des Herabsetzens schließen lassen. So hat der BGH im Urteil vom 20.09.2007 die Behauptung eines Mitbewerbers, dass ein anderes Fleischverpackungssystem die Ware kontaminiere unter Verweis auf die sachliche Argumentationsweise nicht als gezielte Herabsetzung aufgefasst.¹⁰⁸⁸ Zu ähnlichem Ergebnis gelangte der BGH im Urteil vom 17.01.2002. Hier wurde die Werbebotschaft der Zeitschrift *Wirtschaftswoche*

„Um Geld zu verdienen empfehlen wir ein anderes Papier“

in Verbindung mit dem Abbild eines Lottoscheins als mit dem Lauterkeitsrecht vereinbar angesehen. Obwohl auch hier eindeutig abfällige Elemente im Mittelpunkt der Äußerung standen, betonte der BGH in diesem Einzelfall ganz besonders das Verständnis des Durchschnittsverbrauchers bei offensichtlich ironisch gemeinten Anspielungen.¹⁰⁸⁹ Gleiches wäre auch in den zuvor aufgeführten Fallkonstellationen angebracht gewesen. Für eine eher restriktive Auslegung des Tatbestandsmerkmals spricht ferner die Erkenntnis, dass der Durchschnittsverbraucher sich in einem gewissen Maße an deutliche und zum Teil aggressive Werbung gewöhnt hat¹⁰⁹⁰ und demzufolge nicht vorschnell von unlauteren konkurrenzspezifischen Werturteilen gesprochen werden sollte.

Ein vollkommen einheitlicher Gebrauch der richterlichen Wertungsspielräume kann wegen der Bedeutung der konkreten Einzelfallumstände freilich auch nicht erwartet werden. Letztlich sollte die Rechtsprechung allerdings eine einheitlichere Tendenz bezüglich des Tatbestandsmerkmals der Herabsetzung erkennen lassen.

¹⁰⁸⁷ OLG Frankfurt GRUR-RR 2005, 137, 138 - Vergleich mit Stachelschwein.

¹⁰⁸⁸ BGH GRUR 2008, 443, 445 - Saugeinlage.

¹⁰⁸⁹ BGH GRUR 2002, 828, 829 - Lottoschein.

b) Die Erforderlichkeit der kritischen Darstellungsweise zur Zweckerreichung

Nicht abschließend durch die Literatur und Rechtsprechung geklärt ist die Frage, ob es bei der Konkretisierung der die Unlauterkeit begründenden Herabsetzung weiterhin auf die Erforderlichkeit der gewählten Aussageform ankommt und demzufolge das Vorliegen von milderem Mitteln zur Zweckerreichung zu prüfen ist.

Nach der alten Rechtslage unter § 1 UWG a.F. konnte eine Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot vergleichender Werbung nur dann in Betracht kommen, wenn die Art und Weise der kritischen Stellungnahme sich als schonendstes Mittel der Informationsübertragung entpuppte.¹⁰⁹¹ So war es etwa nicht „sachlich notwendig“¹⁰⁹² und damit als Verstoß gegen das Gebot des mildesten Mittels anzusehen, wenn ein pharmazeutischer Generikahersteller in der Konkurrenzwerbung als bloß nachplappernder Papagei abqualifiziert wurde um auf diese Art und Weise auf den Wert der forschenden Arzneimittelindustrie aufmerksam zu machen.

Teilweise nehmen die Zivilgerichte als auch die Literatur¹⁰⁹³ unter den veränderten rechtlichen Gegebenheiten Abstand von dem Kriterium der Erforderlichkeit, da es zu sehr dazu verleite sich an die veraltete Rechtsprechung zu § 1 UWG a.F. anzunähern. Denn das Gebot des mildesten Mittels stellt zugunsten des betroffenen Konkurrenten strenge Anforderungen an die Präsentation der wertenden Konkurrenzkritik. So bliebe unter strikter Anwendung des Kriteriums der Erforderlichkeit etwa kein Raum für ironische Bezugnahmen oder veranschaulichende Hinweise auf tatsächlich existierende Qualitäts- oder Preisunterschiede. Zur Übermittlung der eigentlichen Werbebotschaft (zumeist: unser Produkt/Unternehmen ist besser!) stünden nämlich regelmäßig alternative Ausdrucksformen zur Verfügung, die die Reputation der betroffenen Konkurrenz in nur geringerem Ausmaß tangieren würden. Derartige Interpretationen des Tatbestandsmerkmals stehen aber eindeutig im Widerspruch zu dem Bestreben vergleichende Werbung und abstrakte Bezugnahmen grundsätzlich rechtlich zuzulassen und zugunsten der Markttransparenz immanente Reputationsbeeinträchtigungen in Kauf zu nehmen. Dem folgend heißt es im Urteil des BGH vom 12.07.2001:

*„Die Rüge der Revision, das BerGer. habe zu Unrecht die Erforderlichkeit der Art der Darstellung des Preisvergleichs nicht geprüft, geht ebenfalls fehl. Entgegen der Auffassung der Revision kommt diesem Merkmal nicht mehr dieselbe selbstständige Bedeutung zu, wie dies vor der durch die Richtlinie 97/55/EG vom 6. 10. 1997 geänderten Rechtslage der Fall war.“*¹⁰⁹⁴

Auch das OLG Frankfurt stellt in seinem Urteil vom 10.03.2005 klar, dass für § 6 II Nr. 5 UWG und die Beurteilung der Intensität einer Herabsetzung von Mitbewerbern nicht das mildeste Mittel als Maßstab der Abwägung herangezogen werden kann.¹⁰⁹⁵

Vehement vertreten dagegen Teile der Literatur die Ansicht, dass am ursprünglichen Gebot des mildesten Mit-

¹⁰⁹⁰ OLG Hamburg GRUR-RR 2003, 50, 51 - Tiefpreisgarantie; jurisPK UWG-Müller-Bidinger § 4 Nr. 7 Rn. 32.

¹⁰⁹¹ BGH GRUR 1962, 45, 48 - Betonzusatzmittel; BGH GRUR 1996, 502, 506 - Energiekosten-Preisvergleich; KG Berlin NJW-RR 1992, 435, 436 - Pseudo Bio Produkte.

¹⁰⁹² OLG Stuttgart NJW-RR 1993, 1516.

¹⁰⁹³ Vgl. etwa MK UWG-Menke § 6 Rn. 285; MK UWG-Jänich § 4 Nr. 7 Rn. 39.

¹⁰⁹⁴ BGH GRUR 2002, 72, 74 - Preisgegenüberstellung im Schaufenster.

¹⁰⁹⁵ OLG Frankfurt GRUR-RR 2005, 355, 356 -, „Na...auch T-Aktionär?“, vgl. auch OLG Jena GRUR-RR 2003, 254 - Fremdgehen.

tels festzuhalten sei.¹⁰⁹⁶ Aber auch Einzelurteile lassen derweil Argumentationsmuster erkennen, die auf die faktische Durchführung einer Erforderlichkeitsprüfung schließen lassen: So formuliert das OLG München im Urteil vom 09.03.2006 zur Unterstützung der Argumente für das Bestehen einer unlauteren Herabsetzung im konkreten Fall,

„dass eine Herabwürdigung der Kl. zur Beförderung des (unterstellt) angestrebten Zwecks, das Patentwesen von geschützten Scheinerfindungen freizuhalten, auch nicht erforderlich ist;[...].“¹⁰⁹⁷

Ähnlich argumentiert das OLG Hamm im Urteil vom 23.10.2007, indem es feststellt, dass ein geschäftsschädigendes Werturteil eines Mitbewerbers nur dann lauter sein kann wenn es sich *„nach Art und Maß i.R.d. Erforderlichen und sachlich Gebotenen hält“*.¹⁰⁹⁸

Damit bleibt im Ergebnis unklar, ob die Erforderlichkeitsprüfung bei der Bestimmung des Diffamierungsgrades von Konkurrenzkritik keine Anwendung mehr findet oder zumindest als ergänzendes Abwägungskriterium heranzuziehen ist.

c) Der Einfluss von Sprachwitz, Satire und Ironie auf die rechtliche Würdigung wertender Konkurrenzkritik
Moderne Werbung lebt zu einem großen Teil von Humor und Ironie.¹⁰⁹⁹ Denn eine humoristische Präsentation der eigenen Unternehmensleistungen bringt Sympathiepunkte beim Verbraucher ein und steigert die eigene Unternehmensreputation. Diese längst erkannte Methode des Marketings ist zusätzlich auch herausragend effizient, da der Durchschnittsverbraucher sich nicht mit ungewollten Informationen belästigt, sondern - ganz im Gegenteil - gut unterhalten fühlt und trotz des alltäglichen Überangebots an Werbebotschaften überdurchschnittlich aufnahmebereit und interessiert ist.¹¹⁰⁰ Auch die Lauterkeitsrichter haben erkannt, dass der Durchschnittsverbraucher sich an humorvolle Werbebotschaften gewöhnt hat und leise Formen der Ironie als solche zu verstehen imstande ist.¹¹⁰¹ Er empfindet sie zunehmend als Ausdruck des Bestehens eines lebhaften Wettbewerbs,¹¹⁰² selbst wenn die Deutschen allgemein nicht für Ihren ausgeprägten Humor¹¹⁰³ bekannt sind und es sich bei der Anerkennung von Ironie im Äußerungsrecht um einen langsamen Prozess handelt, der erst im Jahre 2001 mit dem Urteil des BGH vom 12. 7. 2001 einen richtungsweisenden Impuls erfahren hat.¹¹⁰⁴

¹⁰⁹⁶ Köhler/Bornkamm UWG-Köhler § 4 Rn. 7.21; Fezer UWG-Nordemann § 4 Nr. 7 Rn. 68; Gloy Wettbewerbsrecht-Hasselblatt § 54 Rn. 41; Sack WRP 2001, 327, 346; jurisPK UWG-Müller-Bidinger § 4 Nr. 7 Rn. 36; tendenziell auch Ohly/Sosnitzka UWG-Ohly § 4 Rn. 7/18.

¹⁰⁹⁷ OLG München GRUR 2006, 268, 277 - Trivialpatente.

¹⁰⁹⁸ OLG Hamm MMR 2008, 757 ff.

¹⁰⁹⁹ Vgl. Eck/Ikas, WRP 1999, 251, 269; BGH GRUR 2002, 72, 74 - Preisgegenüberstellung im Schaufenster; Harte/Henning UWG-Sack § 6 Rn. 220 f.

¹¹⁰⁰ Vgl. zur Erregung von Aufmerksamkeit OLG Hamburg GRUR- RR 2003, 249, 251 - „orgelndes“ Auto.

¹¹⁰¹ Vgl. BGH GRUR 2002, 982, 984 - Die „Steinzeit“ ist vorbei!; vgl. auch Gloy Wettbewerbsrecht-Hasselblatt § 60 Rn. 74; Born GRUR 2006, 192, 194.

¹¹⁰² BGH GRUR 2010, 161, 164 - Gib mal Zeitung.

¹¹⁰³ Vollkommen zu Recht zitiert Ohly GRUR 2010, 166, 167 in diesem Zusammenhang Sigismund von Raddecki: „Deutscher Humor ist, wenn man trotzdem nicht lacht.“

¹¹⁰⁴ BGH GRUR 2002, 72, 74 - Preisgegenüberstellung im Schaufenster; zuvor schon die Literatur etwa Tilmann GRUR 1997, 790, 797; Eck/Ikas WRP 1999, 251, 269 f.

Humor, Ironie und satirische Äußerungselemente spielen mit der Doppeldeutigkeit der getätigten Aussage, so dass ein Sprachwitz sich gerade aus dem Gegensatz zweier Auslegungsebenen ergibt: Zum einen der wörtlichen Botschaft und zum anderen einer eigentlich intendierten, tieferen Sinnebene, die sich dem Rezipienten erst durch intellektuelle Transferleistung erschließt. Verständnisgrundlage bildet dabei u.a. die allgemeine Lebenserfahrung, auf die sich auch die höchstrichterliche Auslegung der Äußerung maßgeblich stützt, um das Verständnis der Werbebotschaft durch den aufmerksamen Durchschnittsverbraucher zu erarbeiten.¹¹⁰⁵

Im Falle der ironischen Bezugnahme auf die Konkurrenz in der Reklame ist der rein sachlich-wörtlichen Ebene zumeist eine abwertende Kritik der Mitbewerber zu entnehmen, die aber durch die Kenntlichmachung als Witz und Satire überlagert werden soll. Häufig spielen deutlich erkennbare Überspitzungen oder latente Seitenhiebe eine Rolle. So etwa wenn die Getreideriegel der Konkurrenz als so staubig und trocken dargestellt werden, dass deren Genuss nur im Freien und nicht in Bürogebäuden empfohlen werden kann.¹¹⁰⁶ Ein weiteres Beispiel ist das Gegenüberstellen von Formel eins Motorgeräuschen mit nicht zündenden, stark orgelnden Autoantrieben um auf die unterschiedlichen Leistungsspektren von Krankenkassen aufmerksam zu machen.¹¹⁰⁷

Humoristische Bezugnahmen sind nicht pauschal unzulässig¹¹⁰⁸, obwohl ihnen zweifelsfrei immer ein herabsetzendes Element innewohnt. Denn der Spaß geht regelmäßig auf Kosten der Konkurrenz, selbst wenn beim Rezipienten nur ein Schmunzeln erzeugt wird, dass dem Werbenden zu mehr Verbraucheraufmerksamkeit verhelfen soll.¹¹⁰⁹ Vielmehr trägt das offensichtliche „nicht ernst Meinen“ der sachlich-nüchtern betrachteten Abwertung dazu bei, die Lauterkeitsgrenze im Einzelfall zugunsten des Aussagenden zu verschieben. So wurde etwa der Werbeslogan eines Holzbau-Unternehmens: „Die „Steinzeit“ ist vorbei!“¹¹¹⁰ wegen des humorvollen Wortspiels nicht für herabsetzend gehalten, während die ernstgemeinte, humorlose Feststellung eines Echtschmuckherstellers: „Die Zeit des Modeschmucks ist vorbei!“¹¹¹¹ als zielgerichtete unlautere Abwertung eingestuft wurde.

Ausschlaggebend für den eingeschränkten Unternehmensschutz soll sprechen, dass der Durchschnittsverbraucher bei Satire realisiert, dass die zynische Auseinandersetzung mit der Konkurrenz als bloße Nickeligkeit unter Mitbewerbern zu verstehen ist, die nur als Aufhänger zur Hervorhebung der eigenen Leistungsstärke fungieren soll. Erlaubter Spaß findet jedoch seine Grenze in der eindeutigen Herabsetzung. Auch hier gilt es unter Einbeziehung des Verständnisses von Humor eines Durchschnittsverbrauchers zu fragen:

Steht die Minderwertigkeit der Konkurrenz (-Produkte) im Fokus der Werbeaussage?

¹¹⁰⁵ BGH GRUR 2010, 161, 164 - Gib mal Zeitung: „Die Annahme des BerGer., der Betrachter des Werbespots gewinne den Eindruck, die gesamte Leserschaft [...] widerspricht nicht nur der Lebenserfahrung, sondern auch...“

¹¹⁰⁶ OLG Hamburg GRUR-RR 2003, 251 ff. - Müsli-Riegel.

¹¹⁰⁷ OLG Hamburg GRUR-RR 2003, 249 ff. - „orgelndes“ Auto.

¹¹⁰⁸ Fezer UWG-Koos § 6 Rn. 247; MK UWG-Jänich § 4 Nr. 7 Rn. 37; vgl. OLG Frankfurt GRUR-RR 2005, 137, 138 - Vergleich mit Stachelschwein: „Dabei schließen die an einen zulässigen Werbevergleich zu stellenden Anforderungen Humor in der Werbung keineswegs aus.“

¹¹⁰⁹ Zu streng OLG Jena GRUR-RR 2003, 254, 255: „Gerade auch die von der Bekl. zugestandene, beim Betrachter der Werbung provozierte Reaktion des „Schmunzelns“ unterstreicht, dass der Verkehr mit dem Wortspiel noch etwas Negatives assoziiert.“

¹¹¹⁰ BGH GRUR 2002, 982 ff. - Die „Steinzeit“ ist vorbei!.

¹¹¹¹ OLG Hamm WRP 2000, 1316 ff.

Ist die lustige Darstellung, die leise Ironie bloß ein strategischer Versuch der Kontaktaufnahme zum Kunden oder eine unseriöse Methode den Mitbewerber absichtlich der Lächerlichkeit preiszugeben?¹¹¹²

Letztlich handelt es sich auch hier überwiegend um eine subjektive Einschätzung der zuständigen Richter¹¹¹³ im Einzelfall.¹¹¹⁴ Denn wo Aussagen aufhören „nur“ lustig/ hinnehmbar satirisch zu sein, kann nicht verobjektiviert werden. Hinter der Analyse, wie der aufmerksame, verständige Durchschnittsverbraucher die Werbebotschaft verstehen darf, verbirgt sich nichts anderes als die Einzelfallauffassung des entscheidenden Gerichts. Eklatante Wertungsdifferenzen bezüglich dieses Kerngehalts der Werbebotschaften bieten dann die Grundlage für unterschiedliche Subsumptionsergebnisse der zivilgerichtlichen Instanzen hinsichtlich der Überschreitung der Schwelle von leiser Ironie zu pauschaler Herabsetzung:

So hat das Berufungsgericht den Werbespott der Tageszeitung TAZ, bei der ein aus schlichten, sozialen Schichten stammender Bürger am Kiosk mit der TAZ statt der gewünschten Bildzeitung konfrontiert wird und diesen das Studium der TAZ sichtlich überfordert und verärgert,¹¹¹⁵ als pauschalisierte Kritik an dem Intellekt aller Bildzeitungsleser verstanden. Gezeichnet würde hier ein Bild des typischen Bildzeitungslesers als primitiven Proleten.¹¹¹⁶ Der Schluss auf eine Herabsetzung der Bildzeitung lag damit im Ergebnis nahe. Demgegenüber bewertete der BGH den Spot unter der Grundprämisse, dass der Durchschnittsrezipient wisse, dass Bildzeitungsleser in allen gesellschaftlichen Schichten angesiedelt seien und daher erkennbar bloß ein überspitztes Bild des Bildzeitungskonsumenten gezeichnet werde.¹¹¹⁷

Derart unterschiedliche Deutungsansätze führen zwangsweise zu unterschiedlichen Gewichtungen, ob zulässige Satire im Rahmen der Kommunikationsfreiheiten des Äußernden vorliegt oder aber von überwiegend herabsetzenden Elementen auszugehen ist. Der BGH kam im vorliegenden Fall folgerichtig zu dem Ergebnis, dass unter Berücksichtigung des Webeslogans „TAZ ist nicht für jeden. Das ist OK so.“ nicht die Herabsetzung der Konkurrenz, sondern vornehmlich auf humorvolle Weise auf die Exklusivität des eigenen Produkts hingewiesen werden sollte.¹¹¹⁸ Trotz der drastischen Darstellung eines stumpfen, niveaulosen Bildzeitungslesers, war die Klage des Verlags auf Unterlassen mithin erfolglos.

Klar von einer Herabsetzung muss dagegen ausgegangen werden, wenn das witzige Element in schwarzen Humor ausartet und damit also - für den Durchschnittskonsumenten ersichtlich - Gehässigkeiten und Schadenfreude übermittelt wird. Davon ist wohl mit dem Urteil des OLG Frankfurt a.M. vom 10.03.2005 dann auszugehen, wenn der Seitenhieb thematisch gar nicht mit dem angestellten Preis oder Produktvergleich im Zusam-

¹¹¹² Zur Abgrenzung leise Ironie - nicht hinnehmbare Herabsetzung etwa BGH GRUR 2002, 72, 74 - Preisgegenüberstellung im Schaufenster; OLG München NJWE-WettBR 2000, 177, 178; OLG Frankfurt GRUR-RR 2005, 137, 138 - Vergleich mit Stachelschwein.

¹¹¹³ Siehe dazu schon oben S. 164 ff.

¹¹¹⁴ Vgl. Tilmann GRUR 1997, 790, 797; Eck/Ikas WRP 1999, 251, 269; Köhler WRP 2010, 571, 572.

¹¹¹⁵ Vgl. im Internet: <http://www.youtube.com/watch?v=M0kmwrXprQM>.

¹¹¹⁶ So auch Römermann/Günther BB 2010, 137, 139.; ähnlich Ohly/Sosnitzky UWG-Ohly § 6 Rn. 66.

¹¹¹⁷ So auch Köhler WRP 2010, 571, 572: „Die Bildzeitung liegt gratis in der 1. Klasse des ICE aus und wird dort gern und nicht nur heimlich von Herren in feinem Tuch gelesen.“

¹¹¹⁸ BGH GRUR 2010, 161, 164 - Gib mal Zeitung.

menhang steht.¹¹¹⁹ Der Aktienkurs der Telekom hat mit den hier verglichenen Telefontarifen im Prepaid-Bereich nichts zu tun. Das deutet nach dem Gesamteindruck auf ein zur Schaustellen des Misserfolgs der Konkurrenz hin, der zur eigenen Profitsteigerung ausgenutzt werden soll. Von einer bloßen, leisen ironischen Bezugnahme zur Erregung von Aufmerksamkeit kann dann nicht mehr gesprochen werden. Die Grenze zur Herabsetzung nach § 6 II Nr. 5 UWG ist überschritten.

Richtigerweise ist aber dann von zulässigem Wortwitz auszugehen, wenn die wertende, kritische Aussage ganz eindeutig als leichte Unterhaltung, als „Schmunzler“ ohne sonderliche inhaltliche Substanz anzusehen ist. Das hat das OLG Frankfurt a.M. offenbar im Urteil vom 22.02.2001 übersehen. Das Bild von kreisenden Flugzeugen in der Warteschleife über dem Frankfurter Flughafen gepaart mit der Botschaft:

„Deutsche Manager machen zu viele Überstunden“¹¹²⁰

ist für den Durchschnittsrezipienten nicht wörtlich zu verstehen. Dass die werbende Deutsche Bahn nicht auf die eigene Unpünktlichkeit im Personenverkehr hinweist, kann hier nicht zur Bejahung einer unsachlichen Herabsetzung nach § 1 UWG a.F. führen. Die Richter beziehen - offen zugehend¹¹²¹ - den ironischen Sinngehalt der Werbebotschaft nicht in die rechtliche Erwägung mit ein. Dabei steht im Kern der werblichen Bezugnahme für den Durchschnittsverbraucher erkennbar der Gegensatz zwischen tatsächlich abgeleiteten und im Flieger unnütz verbrachten Überstunden. Verantwortlich dafür ist nach der Darstellung jedoch nicht einmal die Fluggesellschaft selbst, sondern die offensichtliche Überlastung des Zielflughafens. Der Kern der Werbeaussage ist also der in Wortwitz verpackte Hinweis: Wir sind eine Alternative, bei uns sparen Sie Reise- und Personalkosten! Aufgrund der ironischen Art der Inszenierung wird der Durchschnittsverbraucher hierin nicht die unterschwellige, ernstliche Aussage verstehen: Wir sind immer pünktlich und generell schneller! Der klar zu erkennende humoristische Bezug nimmt der Werbebotschaft aus Sicht der Rezipienten also das hohe Maß an inhaltlicher Verbindlichkeit.

Umstritten sind weiterhin die Grenzfälle, bei denen eine humoristische Doppeldeutigkeit für den Durchschnittsverbraucher klar erkennbar ist und gleichzeitig auf wörtlicher Auslegungsebene nicht unerhebliche, abwertende Bilder oder Bezeichnungen verwendet werden. So etwa bei der Darstellung des feuchten Toilettenpapiers der Konkurrenz als Stachelschwein.¹¹²² Hier neigt die Rechtsprechung tendenziell zu einer zu extensiven Auslegung der Tatbestandsmerkmale „herabsetzen“ und „verunglimpfen“ nach §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG.¹¹²³

Einhergehend hat der BGH jedoch die Kriterien, um zwischen zulässiger Ironie und Herabsetzung abzugrenzen, seit 2001 weiterentwickelt: Unter Hinweis auf den zunehmend aufgeklärten Durchschnittsverbraucher, der

¹¹¹⁹ OLG Frankfurt a.M. GRUR-RR 05, 355 ff.-, „Na...-auch T-Aktionär?“.

¹¹²⁰ OLG Frankfurt a.M. GRUR-RR 2001, 221 f.

¹¹²¹ OLG Frankfurt GRUR-RR 2001, 221, 222: „Schließlich ist für die rechtliche Beurteilung auch unmaßgeblich, dass die Werbeaussage humorvoll-ironische Züge trägt.“

¹¹²² OLG Frankfurt GRUR-RR 2005, 137 f. - Vergleich mit Stachelschwein.

¹¹²³ Siehe dazu auch S. 189 ff.; zu den Urteilen OLG Jena GRUR-RR 2003, 254ff - Fremdgehen und OLG München NJWE-WettBR 2000, 177 f.

mit Humor im Leistungswettbewerb umzugehen weiß, wurden immer intensivere, verbale Eingriffe in die angegriffene Unternehmenssphäre für lauterkeitsrechtlich zulässig erachtet. So ging es am Anfang der höchst-richterlichen Beurteilung von satirischen Doppeldeutigkeiten in der Kritik am Mitbewerber darum „*leise bzw. leichte Ironie*“ von nicht hinnehmbaren Herabsetzungen abzugrenzen.¹¹²⁴ Nunmehr geht der BGH mit dem „Gib mal Zeitung“- Urteil dazu über satirische Werbevergleiche auch dann zuzulassen, wenn die Äußerung sich nicht nur auf feinen Humor und leise Ironie beschränkt.¹¹²⁵ Damit können auch offensive, aggressive Werbeaussagen zulässig sein, sofern der Durchschnittsrezipient diese als humoristische Darstellungsweise zu deuten imstande ist. Ob diese, die Wertigkeit der Kommunikationsgrundrechte betonende Tendenz auch in Zukunft Bestand hat, bleibt abzuwarten.

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass satirische Elemente der konkurrenzbezogenen Äußerung eines Mitbewerbers, die vom Durchschnittsrezipienten erkannt werden, grundsätzlich geeignet sind eine restriktive Auslegung der Tatbestandsmerkmale „Herabsetzen“ und „Verunglimpfen“ herbeizuführen. Tendenziell ist in jüngerer Vergangenheit mehr Toleranz hinsichtlich humoristischer Andeutungen zu verzeichnen. Eine durchweg einheitliche Linie ist aufgrund einiger, konträrer Entscheidungen sowie abweichenden Beurteilungen in den Erst- und Berufungsinstanzen nicht zu erkennen. Dies ist aber womöglich der Tatsache gezollt, dass die Herausarbeitung/Einzelfallanalyse der satirischen Werbebotschaft gerade wegen der Mehrdeutigkeit von humoristischen Überspitzungen nicht unerhebliche Probleme bereitet.

d) Die Herabsetzung nach §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG und die Meinungsfreiheit aus Art. 5 I GG

Obwohl das Bundesverfassungsgericht im Rahmen von Urteilsverfassungsbeschwerden bereits mehrfach - auch konkret im Bezug auf § 2 II Nr. 5 UWG a.F. (= § 6 II Nr. 5 UWG n.F.) - festgestellt hat, dass bei der Auslegung des Rechtsbegriffs „Herabsetzung“ die grundrechtlich abgesicherte Äußerungsfreiheit zu berücksichtigen ist, kann in den lauterkeitsrechtlichen Urteilsbegründungen nur teilweise eine Prüfung von Art. 5 I GG festgestellt werden.¹¹²⁶ Dies verwundert, da auch der Gesetzgeber in der Begründung des Gesetzesentwurfs zum UWG n.F. zu § 4 Nr. 7 UWG klarstellte:

„Erfasst hiervon sind in Abgrenzung zu Nummer 8 Meinungsäußerungen, so dass bei der Beurteilung einer kritischen Äußerung das Grundrecht der Meinungsfreiheit (Artikel 5 Abs. 1 des Grundgesetzes) zu beachten ist.“¹¹²⁷

¹¹²⁴ Vgl. BGH GRUR 2002, 72, 74 - Preisgegenüberstellung im Schaufenster; OLG Frankfurt GRUR 2005, 137, 138 - Vergleich mit Stachelschwein; BGH NJW 2002, 2781, 2783 - Lottoschein: „mit ironischen Anklängen“.

¹¹²⁵ BGH GRUR 2010, 161, 164: „Ein humorvoller oder ironischer Werbevergleich kann daher auch dann zulässig sein, wenn er sich nicht auf feinen Humor und leise Ironie beschränkt.“

¹¹²⁶ So etwa bei OLG München NJW-RR 1997, 105, 106 - Scheiß des Monats; OLG Hamburg AfP 2008, 387, 390 f. - Gib mal TAZ; KG Berlin AfP 2010, 480 ff.; OLG Köln K+R 2010, 50, 52; BGH GRUR 2012, 74 ff. - Coaching-Newsletter.

¹¹²⁷ RegBegr. BT-Drucks. 15/1487 S. 18.

Sofern die Ausstrahlungswirkung der Äußerungsfreiheit jedoch wegen der ausdrücklichen prozessualen Geltendmachung durch den Beklagten/Antragsgegner¹¹²⁸ einbezogen wird, greifen die Zivilgerichte regelmäßig auf folgendes Prüfungsschema mit zumeist identischem Subsumtionsergebnis zurück:

Beispielhaft stellt das OLG Hamburg unter Verweis auf die Grundsatzurteile „Benetton“ sowie „therapeutische Äquivalenz“ fest, dass zugunsten des kritisierenden Mitbewerbers der Schutzbereich der Meinungs- bzw. Pressefreiheit nach Art. 5 I GG eröffnet sei, da auch Werturteile in kommerzieller Äußerungsabsicht/reine Wirtschaftswerbung von dem Schutzbereich erfasst seien. Daher müsse Art. 5 GG wegen der Drittwirkung der Grundrechte immer in die Interessenabwägung bei § 4 Nr. 7 UWG bzw. § 6 II Nr. 5 UWG einbezogen werden.¹¹²⁹ In einem weiteren Schritt wird auf Ebene der Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs herausgearbeitet, dass zur Einschränkung der Meinungsfreiheit durch das Lauterkeitsrecht eine konkrete Gefährdung des Leistungswettbewerbs erforderlich sei und damit eine Interessenabwägung zwischen der Äußerungsfreiheit des beklagten Mitbewerbers auf der einen sowie den Belangen des ordnungsgemäßen Leistungswettbewerbs/Schutz des Konkurrenzunternehmens auf der anderen Seite vorzunehmen sei. Liegt eine Schmähkritik vor, erübrigt sich ein weiterer Abwägungsvorgang, da eine Beschimpfung und Abwertung ohne jeglichen sachlichen Anknüpfungspunkt nicht schützenswert sein könne.¹¹³⁰ Dazu ist der Mitbewerber nach der Vorstellung des grundsätzlichen „Nebeneinanders“ der unterschiedlichen Anbieter am Markt nicht befugt. Streng richten über die Unternehmensleistung soll schließlich der Konsument durch seine Kaufentscheidung.¹¹³¹

In allen übrigen Fällen ist eine Interessenabwägung durchzuführen, wobei es im Hinblick auf die herabsetzende Bezugnahme maßgeblich darauf ankommt, ob für den Kritisierenden die Vermutung für die freie Rede greift und damit der Vorwurf einer Herabsetzung entkräftet werden kann. Davon ist unter Bezugnahme auf die Lüth-Rspr. des Bundesverfassungsgerichts immer auszugehen, wenn es thematisch um eine die Öffentlichkeit wesentlich berührende Frage geht, der im Einzelfall ein Allgemeininteresse zu attestieren ist.¹¹³² Dies liegt nach der überwiegenden Rechtsprechung nicht vor, sofern der Kommunikator mit der Äußerung überwiegend eigennützige Ziele - also wirtschaftliche Interessen - verfolgt. Dann soll der Meinungsfreiheit geringeres Gewicht zufallen.¹¹³³ Zumeist stellen die Zivilgerichte in diesem Zusammenhang ebenfalls fest, dass das werbende Anliegen des Kommunikators im Einzelfall keiner die Öffentlichkeit berührenden Frage zugeordnet werden

¹¹²⁸ Vgl. OLG Hamburg NJW 1996, 1002, 1003: „Dem steht nicht der von den Ag. hervorgehobene Umstand entgegen, daß die angegriffene Verlautbarung eine Meinungsäußerung ist.“; ähnlicher Wortlaut auch bei OLG München GRUR 2006, 268, 274 - Trivial-Patente; OLG München NJWE-WettbR 2000, 177, 178.; OLG Köln K&R 2010, 50, 51.

¹¹²⁹ OLG Hamburg AfP 2008, 387, 391: „Demnach müssen die Fachgerichte, soweit sie auf die bereits entwickelten Fallgruppen zurückgreifen oder neue bilden, prüfen, ob die Indizwirkung auch angesichts der sich daran anschließenden Rechtsfolge, der Einschränkung der Meinungsfreiheit, gerechtfertigt ist.“

¹¹³⁰ Vgl. BVerfG GRUR 2008, 81, 83 - Pharmakartell.

¹¹³¹ Zum Prinzip des Leistungswettbewerbs siehe oben S. 76 ff.

¹¹³² BVerfGE 7, 198, 212 - Lüth; BVerfGE 61, 1, 11 - NPD Europas; BVerfGE 54, 129, 137 - Kunstkritik; BVerfGE 94, 266, 294 - Soldaten sind Mörder; so auch OLG Hamburg GRUR-RR 2004, 309, 310; OLG Köln K&R 2010, 50, 52; BGH GRUR 2012, 74, 78 - Coaching-Newsletter.

¹¹³³ So auch Harte/Henning UWG § 4 Nr. 7 Rn. 13. Dreier GG-Schulze Fielitz Art. 5 I, II Rn. 162.

kann.¹¹³⁴ So heißt es etwa im Urteil des OLG München vom 11.12.2003:

*„Eine wie auch immer geartete Bedeutung für das demokratisch verfasste Gemeinwesen kann dem Streit zwischen der Ast. und der Ag. zu 1 darüber, wie sie die Titelblätter ihrer Frauenzeitschriften - in denen ihrerseits regelmäßig keine die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Fragen erörtert werden - gestalten dürfen, nicht beigemessen werden.“*¹¹³⁵

Auch die für potentielle Kunden aufgearbeitete Gegenüberstellung von Krankenkassenversicherungstarifen und die Wertung eines Angebots durch einen Versicherungsmakler als übersteuert, soll inhaltlich keine die Öffentlichkeit wesentlich berührende Frage beinhalten.¹¹³⁶ Denn die Argumentation sei als substanzarm für die Aufklärung der Verbraucher nicht förderlich. Ähnlich argumentiert das OLG Hamburg als Berufungsinstanz in der äußerungsrechtlichen Streitigkeit um den TAZ- Werbespott:

*„Ein relevantes - grundrechtlich überwiegend schutzwürdiges - Informations- bzw. Kommunikationsinteresse über die intellektuellen Fähigkeiten von Bild-Zeitungs-Lesern vermag der Senat nicht zu erkennen.“*¹¹³⁷

Im Ergebnis tun sich die Zivilgerichte also schwer, der Wirtschaftswerbung eine etwa der politischen Diskussion¹¹³⁸, der Stellungnahme zu aktuellen, juristischen Fragestellungen¹¹³⁹ oder aber auch der Marktberichterstattung durch Nichtmitbewerber¹¹⁴⁰ vergleichbare Bedeutung für die öffentliche Diskussion am Markt der Meinungen zuzusprechen und damit eine die Grundrechtswirkung verstärkende Vermutung für die freie Rede des kritisierenden Mitbewerbers anzunehmen. Dies findet auch in der Literatur durchaus Zustimmung.¹¹⁴¹

Kann das Interesse der Allgemeinheit an dem angesprochenen Themenkreis einmal nicht von der Hand gewiesen werden, so wird der Einfluss der Meinungsfreiheit auf die Interessenabwägung damit entkräftet, dass die Aussage des Mitbewerbers primär die Absicht verfolge, die eigenen wirtschaftlichen Interessen voranzutreiben. So heißt es im Urteil des OLG München vom 16.09.1999:

¹¹³⁴ Etwa auch OLG München NJW-RR 1997, 105, 106 - Scheiß des Monats; LG Darmstadt, Urteil v. 29.09.2006, 18 O 506/06, juris-Rn. 46.

¹¹³⁵ OLG München GRUR-RR 2004, 309, 310.

¹¹³⁶ OLG Köln GRUR-RR 2001, 186, 188 f.

¹¹³⁷ OLG Hamburg AfP 2008, 387, 391.

¹¹³⁸ LG Nürnberg-Fürth GRUR 2010, 384, 387.

¹¹³⁹ BGH GRUR 1997, 916, 919: So hatte der BGH ein Aufklärungsinteresse der Öffentlichkeit trotz des Handelns in Wettbewerbsabsicht bejaht, weil es bei dem Thema „nicht nur um die Schutzwürdigkeit der materiellen und ideellen Interessen ausländischer Künstler ging, sondern auch darum, ob diesen angesichts der Vorschriften des EG-Vertrages durch den Gesetzgeber und die deutschen Gerichte ausreichend Rechnung getragen werde.“

¹¹⁴⁰ In diesem Zusammenhang verweisen die Zivilgerichte regelmäßig auf das Verbraucherinteresse an unabhängiger Marktaufklärung; vgl. exemplarisch LG Bonn NJW-RR 2006, 486, 487 f.; OLG Karlsruhe NJW 2000, 3421, 3422 - Babycaust; BGH NJW 2008, 2110, 2115 - Gen Milch; BVerfG DVBl. 2005, 106, 108.

¹¹⁴¹ Ahrens JZ 2004, 763, 766; Köhler/Bornkamm UWG-Köhler § 4 Rn. 7.18; Lindacher, FS Brandner, S. 399, 402.

„Es trifft zwar zu, dass die Versorgung der Bevölkerung mit Trinkwasser der Daseinsvorsorge zuzurechnen ist, dies entbindet die Bekl. aber nicht von der Einhaltung der Regeln des lautereren Wettbewerbs, wenn sie, wie vorliegend, zu Werbezwecken tätig wird, denn Werbeaktionen gehören sicherlich nicht zur Daseinsvorsorge.“¹¹⁴²

Diese verfestigte Abwägungspraxis der Zivilgerichte sollte wegen des Pharmakartellbeschlusses des BVerfG vom 12.07.2007 überdacht werden. Darin stellt das oberste Gericht nämlich ausdrücklich fest, dass eine kritische, wertende Äußerung in Wettbewerbsabsicht nicht die Annahme einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage ausschließt. Die Formel aus der Lüth-Rspr.¹¹⁴³ ist damit zumindest als relativiert anzusehen: Auch an wirtschaftlichen Fragen kann ein Informationsinteresse der Allgemeinheit, bestehen, eben auch dann, wenn der Kommunikator selbst Konkurrent des tangierten Unternehmens und nicht unbeteiligter Dritter ist. Dies wird in Zukunft - wie auch der Einfluss der Meinungsfreiheit auf die Interessenabwägung i.S.v. §§ 4 Nr. 7; 6 II Nr. 5 UWG überhaupt - intensiver zu berücksichtigen sein.¹¹⁴⁴ Als vorbildlich ist in diesem Zusammenhang der Beschluss des KG vom 18.09.2009 zu nennen, der unter Verweis auf die Ausstrahlungswirkung der Meinungsfreiheit im Äußerungsdeliktsrecht auch im Rahmen der Prüfung einer Herabsetzung i.S.v. § 4 Nr. 7 UWG Art. 5 I GG als maßgebliches Abwägungskriterium mitberücksichtigt.¹¹⁴⁵ Der angesprochene, gesundheitspolitische Themenkomplex (Rabattverträge nach § 130a IIX SGB V zwischen Pharmaunternehmen und Krankenkassen) legte hier den Schluss auf ein besonderes Interesse der Allgemeinheit, das zur Vermutung für die freie Rede trotz Handeln in Wettbewerbsabsicht führte, allerdings auch nahe.

e) Die Herabsetzung nach §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG und die Kunstfreiheit nach Art. 5 III GG

Noch seltener als bei der Meinungsfreiheit aus Art. 5 I GG hatte die Rechtsprechung die Möglichkeit sich mit der Drittwirkung der Kunstfreiheit im Zusammenhang mit §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG auseinanderzusetzen. Ebenso fehlt es im Moment noch an Wertungsvorgaben des Bundesverfassungsgerichts. Interessant ist dabei insbesondere die Frage, ob das gegenüber der Meinungsfreiheit eigentlich vorrangige¹¹⁴⁶ Grundrecht im Hinblick auf die lediglich verfassungsimmanenten Schranken eine noch höhere Drittwirkungsintensität aufweist und im Abwägungsprozess auch dementsprechend gewichtet wird.

Zwar ist die Zivilrechtsprechung sich weitestgehend einig, dass für den Vertrieb von bunt gestalteten T-Shirts¹¹⁴⁷, Postkarten¹¹⁴⁸ und die Entwicklung/ Sendung von Werbekurzfilmen¹¹⁴⁹ der Schutzbereich von Art. 5

¹¹⁴² OLG München NJWE-WettbR 2000, 177 f.; ähnlich hierzu auch BGH GRUR 1997, 916, 919 - Kaffeebohne: „Gleichwohl sind öffentliche Angriffe gegen das Geschäftsgebaren eines Unternehmens grundsätzlich nicht Sache eines unmittelbaren Wettbewerbers, und zwar auch dann nicht, wenn dieser dabei nicht nur eigene Interessen wahrnimmt [...]“

¹¹⁴³ BVerfGE 7, 198, 212- Lüth : “Der Schutz des privaten Rechtsguts kann und muß um so mehr zurücktreten, je mehr es sich nicht um eine unmittelbar gegen dieses Rechtsgut gerichtete Äußerung im privaten, namentlich im wirtschaftlichen Verkehr und in Verfolgung eigennütziger Ziele, sondern um einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage durch einen dazu Legitimierten handelt; hier spricht die Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede.“

¹¹⁴⁴ Vgl. dazu noch S. 183 ff.

¹¹⁴⁵ KG AfP 2010, 480 ff.

¹¹⁴⁶ BVerfGE 30, 173, 200; 75, 369, 377.

¹¹⁴⁷ OLG Hamburg GRUR-RR 2006, 231, 232.

III 1. Alt. GG eröffnet ist, doch fallen die künstlerischen Darstellungen, die herabsetzende Wirkungen haben können, oft in den Anwendungsbereich der spezielleren §§ 14 II Nr. 1 und Nr. 3, V; 15 II, III, IV MarkenG.¹¹⁵⁰ Denn oft ist gerade das Kennzeichen eines Produktes oder einer Dienstleistung Anknüpfungspunkt für satirische Kritik am Mitbewerber. Sofern dem Verbraucher die Ironie der beziehenden Darstellungsweise auf ein geschütztes Kennzeichen nicht verborgen bleibt, wurde ein Unterlassungs- bzw. Schadensersatzanspruch bis dato mit Verweis auf die Kunstfreiheit abgelehnt.¹¹⁵¹ So etwa in der Entscheidung des BGH vom 03.02.2005 bei der der Beklagte unter dem Satz:

„Über allen Wipfeln ist Ruh, irgendwo blökt eine Kuh. Muh! Rainer Maria Milka“

eine Postkarte mit lila Hintergrund vermarktete.¹¹⁵² Die im Wettbewerbsrecht entwickelte, eigene Fallgruppe der ironischen, satirischen Unternehmenskritik¹¹⁵³ geht also im Anwendungsbereich der markenrechtlichen Spezialansprüche rund um die Kunstfreiheit auf. Sollte das Markenrecht nicht anwendbar sein,¹¹⁵⁴ so beziehen sich die Zivilgerichte in der Interessenabwägung bei §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG zunächst auf die Meinungsfreiheit des Beklagten ohne der einschlägigen Kunstfreiheit Vorrang zu gewähren.¹¹⁵⁵ Der Hinweis auf die Eröffnung des Schutzbereiches von Art. 5 III GG dient nur dazu, das unter Berücksichtigung des Kommunikationsgrundrechts gefundene Abwägungsergebnis zu bestätigen. Auf diese Weise gelingt es den Zivilgerichten sich auf gewohnten Pfaden zu bewegen, die durch die Argumentationsmuster des Bundesgerichtshofs/ Bundesverfassungsgerichts vorgegeben sind.¹¹⁵⁶ So heißt in einem Fall, in dem keine Vermutung für die freie Rede angenommen wurde:

„Dies gilt auch, soweit sich die Beklagte auf das Grundrecht der Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG beruft. Zwar kann sie sich möglicherweise ebenfalls auf einen Grundrechtsschutz berufen, obwohl sie nicht Schöpferin des Filmwerks ist (BGH GRUR 05, 583, 584 - Lila Postkarte). Die vorstehenden Abwägungsentscheidungen gelten aber insoweit gleichermaßen. Insbesondere dann, wenn mit dem Werk - wie hier - ausschließlich kommerzielle Interessen verfolgt werden, [...]“¹¹⁵⁷

Das LG Nürnberg-Fürth nahm in einem anderen Fall unter gleichzeitiger Feststellung, dass das bedruckte T-Shirt einen Beitrag zur öffentlichkeitsrelevanten Diskussion zum Rechtsradikalismus darstelle, auch einen Schutz des Slogans durch die Kunstfreiheit an.¹¹⁵⁸ Als zusätzliches Argument für die Zulässigkeit lieferten die

¹¹⁴⁸ BGH GRUR 2005, 583ff. - lila Postkarte.

¹¹⁴⁹ OLG Hamburg AfP 2008, 387 ff.

¹¹⁵⁰ OLG Hamburg GRUR-RR 2006, 231ff.; BGH GRUR 2005, 583ff. - lila Postkarte.

¹¹⁵¹ BGH GRUR 2005, 583, 585 - lila Postkarte; LG Nürnberg Fürth GRUR 2010, 384, 387f.

¹¹⁵² BGH GRUR 2005, 583ff.-lila Postkarte; ähnlich OLG Hamburg GRUR-RR 2006, 231, 232.

¹¹⁵³ Vgl. dazu oben S. 170 ff.

¹¹⁵⁴ OLG Hamburg AfP 2008, 387ff.; LG Nürnberg-Fürth GRUR-RR 2010, 384, 385 f.

¹¹⁵⁵ Zu dieser Art der „engagierten Kunst“ mit Absicht einer Meinungsäußerung vgl. Kübler, FS Mahrenholz, S. 303 ff.

¹¹⁵⁶ Vgl. etwa BVerfG GRUR 2008, 81ff. - Pharmakartell.

¹¹⁵⁷ OLG Hamburg AfP 2008, 387, 391.

¹¹⁵⁸ LG Nürnberg-Fürth GRUR-RR 2010, 384, 387 f.

Richter im Rahmen von Art. 5 III GG den für den Durchschnittsleser erkennbaren ironischen Unterton und verwiesen auf die oben zitierte Entscheidung „lila Postkarte“.

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass die Lauterkeitsrichter keine Differenzierung in der Drittwirkungsintensität der Kunstfreiheit und Meinungsfreiheit vornehmen. Entgegen der verfassungsrechtlichen Vorgaben¹¹⁵⁹ wird der eigentliche Abwägungsvorgang vorrangig auf das Kommunikationsgrundrecht nach Art. 5 I GG verlagert. Denn in jeder künstlerisch verpackten Kritik am Unternehmen steckt ein Werturteil, das auch von der Meinungsfreiheit erfasst ist. Diesbezüglich existieren bekannte Argumentationsmuster, auf die zurückgegriffen werden kann. Auch die Literatur beschränkt sich auf den Hinweis, dass bei der Interessenabwägung zwischen Geschäftslehre/ Schutz des Leistungswettbewerbs und dem Interesse an der Verbraucheraufklärung die Kunstfreiheit nach Art. 5 III GG zu berücksichtigen sein kann.¹¹⁶⁰

f) Unterschiedliche Abwägungskriterien bei § 4 Nr. 7 UWG und § 6 II Nr. 5 UWG

Die Eröffnung des Anwendungsbereichs von § 4 Nr. 7 UWG bzw. des § 6 II Nr. 5 UWG hängt maßgeblich davon ab, ob der Mitbewerber mit dem kritisierenden Werturteil ein spezifisches Unternehmen erkennbar macht oder nicht. Ist dies der Fall, so ist § 6 II Nr. 5 UWG als *lex specialis* zu § 4 Nr. 7 UWG zu verstehen.¹¹⁶¹ Auch nur die mittelbare Erkennbarkeit etwa durch Anknüpfung an einen bekannten Werbeslogan der Konkurrenz kann zur Anwendbarkeit des § 6 II Nr. 5 UWG führen, soweit der Durchschnittsverbraucher dies als konkrete, vergleichende Gegenüberstellung auffasst.¹¹⁶²

§ 4 Nr. 7 UWG ist dagegen anwendbar, sofern die gesamte (unbenannte) Konkurrenz pauschal herabgewürdigt wird, die Identität des Mitbewerbers durch die Äußerung in Wettbewerbsabsicht nicht offengelegt wird oder es trotz direkter Bezugnahme an einer Gegenüberstellung mit dem eigenen Unternehmen bzw. Produkten mangelt.¹¹⁶³

Darüber hinaus bleibt in Literatur und Rechtsprechung ungeklärt, ob die kritische Bezugnahme auf ein spezifisches Unternehmen bei der Interessenabwägung i.S.v. § 6 II Nr. 5 UWG zu einer strengeren Beurteilung der Werbeaussage führt als bei § 4 Nr. 7 UWG. Denn eigentlich könnte man tendenziell davon ausgehen, dass etwa eine Werbeaussage wie „Die beste Werbung für uns sind die Angebote der Konkurrenz“¹¹⁶⁴ ein niedrigeres Beeinträchtigungspotential für Mitbewerber innewohnt als etwa die Bemerkung: „Die beste Werbung für uns sind die Angebote von Konkurrent XY: [...]“¹¹⁶⁵

Die Rechtsprechung lässt derartige Differenzierung zwischen den Tatbeständen jedoch nicht erkennen. Sie ist vielmehr bemüht die für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Herabsetzen“ entwickelten Kriterien auf die

¹¹⁵⁹ Zum Vorrang der Kunstfreiheit vor der Meinungsfreiheit auch BeckOK GG-Schemmer Art. 5 Rn. 96; MKS GG-Starck Art. 5 III Rn. 311.

¹¹⁶⁰ So etwa Ohly/Sosnitza UWG-Ohly § 4 Rn. 7/16; Köhler/Bornkamm UWG- Köhler § 4 Rn. 7.18.

¹¹⁶¹ Ohly/Sosnitza UWG-Ohly § 4 Rn. 7/6; Köhler/Bornkamm UWG-Köhler § 6 Rn. 165.

¹¹⁶² Vgl. BGH GRUR 2002, 982, 983 - Die Steinzeit ist vorbei; OLG Hamburg GRUR-RR 2003, 251- Stachel-schwein; BGH WRP 2008, 666, 667- Saugeinlagen; OLG Hamburg GRUR-RR 2003, 50 - Tiefpreisgarantie; Nordmann GRUR Int. 2002, 297, 299.

¹¹⁶³ Vgl. BGH GRUR 2002, 75, 77- So.....billig?!

¹¹⁶⁴ KG WRP 1999, 339ff. - Sixt.

jeweils andere Norm zu übertragen und damit die Grundlage für eine einheitliche Rechtsprechungspraxis zu schaffen. Auf eine vergleichsweise höhere Gefährdung des Leistungswettbewerbs durch die direkte, kritische Bezugnahme sind die Gerichte noch nicht eingegangen.

So haben die Zivilgerichte die Standardformel zur Herabsetzung („in unangemessener Weise abfällig, abwertend oder unsachlich“) schnell auf § 4 Nr. 7 UWG wie auch § 6 II Nr. 5 UWG angewendet.¹¹⁶⁶ Ebenso ist das Stilmittel der Ironie zur Relativierung der herabsetzenden Wirkung einer Kritik am Wettbewerber für die Anwendungsbereiche beider Normen anerkannt.¹¹⁶⁷ Ferner gelten identische Maßstäbe sofern ausnahmsweise die Drittwirkung der Meinungsfreiheit in die Interessenabwägung der äußerungsrechtlichen Tatbestände einbezogen wird.¹¹⁶⁸

g) Differenzierung nach Produkttypen und Marktstärke des betroffenen Unternehmens

Köhler hat vorgeschlagen bei dem Gesamtabwägungsprozess zur Herabsetzung des Mitbewerbers i.S.v. §§ 4 Nr. 7; 6 II Nr. 5 UWG auch die Art der Produkte bzw. den Branchenbezug einzubeziehen. Einige Produkte wie etwa Luxusartikel und Arzneimittel seien im Vergleich zu billigen Massenprodukten hinsichtlich ihrer Markt-reputation sensibler. In anderen Branchen - wie etwa der Telekommunikations- oder Autovermieterbranche - sei traditionell mit einem rauerem Umgangston zu rechnen, so dass der äußerungsrechtliche Unternehmensschutz an diese Umstände anzupassen sei.¹¹⁶⁹

Es ist unbestritten, dass gewisse Produkte, die aus Sicht des Verbrauchers eine besondere Qualität haben müssen und mit deren Kauf ein gewisser Vertrauensbeweis verbunden ist (Beispiel: Kindernahrung oder Arzneimittel), gegenüber herabsetzender Wettbewerberkritik anfälliger sind. Auch haben sich in bestimmten Branchen zweifelsfrei aggressivere Werbemethoden durchgesetzt. Hier kann beispielhaft auf die Werbespots von großen Baumärkten oder aber Elektronikfachgeschäften verwiesen werden. Ob dies allerdings eine unterschiedliche juristische Handhabung im Rahmen von §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG nach sich ziehen sollte, ist fraglich. Zuallererst ist die Praktikabilität der vorgeschlagenen Kriterien zu hinterfragen. Wo fängt ein Produkt an sensibel zu sein? Wie lässt sich das beweisen? Wie ist im Abwägungsvorgang darauf konkret zu reagieren?

Die Anreicherung der Interessenabwägung mit diesen ungenauen Instrumentarien würde die Rechtsunsicherheit rund um die wertausfülligen Begriffe der Ironie, des Deutungsverständnisses des Durchschnittsverbrauchers, der Abwertung/Abfälligkeit in unangemessener Weise im Lichte der Meinungsfreiheit noch weiter erhöhen. Schon der bisherige Kriterienkatalog und dessen souveräne, einheitliche juristische Handhabung bereitet der Rechtsprechung - wie gezeigt -¹¹⁷⁰ erhebliche Mühe. Von einer weiteren Verkomplizierung der Güterabwägung ist demzufolge abzusehen.

¹¹⁶⁵ So auch Henning-Bodewig GRUR Int. 1999, 385, 393; Dilly, Irreführungsverbot, S. 175; MK UWG-Menke § 6 Rn. 292.

¹¹⁶⁶ Vgl. für § 6 II Nr. 5 UWG etwa BGH WRP 2008, 666, 667 - Saugelagen; BGH GRUR 2002, 72, 73 - Preisgegenüberstellung im Schaufenster; für § 4 Nr. 7 UWG vgl. LG Nürnberg-Fürth GRUR-RR 2010, 384, 386 - Storch Heinar; OLG Hamm MMR 2010, 330, 331.

¹¹⁶⁷ BGH GRUR 2010, 161, 164 - Gib mal Zeitung; MK UWG-Jänich § 4 Nr. 7 Rn. 37.

¹¹⁶⁸ Vgl. OLG Hamm MMR 2008, 756, 757; OLG Hamburg GRUR-RR 2004, 309, 310 - billiges Plagiat.

¹¹⁶⁹ So Köhler WRP 2010, 571, 575 f.

¹¹⁷⁰ Siehe dazu oben S. 164 ff.

Im übrigen finden derartige Kriterien weder einen Anhaltspunkt im Gesetzestext, noch in der Gesetzesbegründung zum UWG n.F.. Auch wird gerade bei den von *Köhler* herausgearbeiteten sensiblen Gütern aufgrund der Bedeutsamkeit für den Konsumenten oft von einem Aufklärungsinteresse der Allgemeinheit ausgegangen werden können, so dass der Meinungsfreiheit des Mitbewerbers besonderes Gewicht zukommt. Denn wie der Pharmakartell-Beschluss des BVerfG zeigt, schließen ein Handeln in Wettbewerbsabsicht und das Vorliegen einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage einander nicht aus. Dies dürfte mit der geforderten besonderen Berücksichtigung sensibler Güter schwer zu vereinbaren sein.

Im übrigen bleibt festzuhalten, dass derjenige, der am Markt Produkte anbietet und somit in die Öffentlichkeit tritt mit Unternehmenskritik - auch seitens der Mitbewerber - rechnen und sich dieser stellen muss.¹¹⁷¹ Die Zivilgerichtsbarkeit würde verheerend in den Grundsatz der freien Marktwirtschaft und der unternehmerischen Chancengleichheit eingreifen, wenn neben den bisherigen Kriterien zur Bejahung einer Herabsetzung die Größe des betroffenen Unternehmens oder Marktmächtigkeit/Sensibilität des Produkts Berücksichtigung finden würde. Es ist dem Anbieter derartiger Produkte vielmehr - wie jedem anderen Mitbewerber auch - zuzumuten sich nach den bisherigen Kriterien lauterer Unternehmenskritik zu stellen, darauf ggf. intensiver vorzubereiten und am Markt der Meinungen durch Gegendarstellungen zu partizipieren. Das erhöhte Unternehmensrisiko wegen der Sensibilität der angebotenen Produkte bzw. die vergleichsweise geringeren finanziellen Ressourcen ist der Risikosphäre des kritisierten Gewerbebetriebs zuzurechnen.

Ob der rauere Umgangston in bestimmten Branchen eine Relativierung zugunsten des Kommunikators nach sich ziehen sollte, ist davon abhängig, ob dieser Ansatz möglicherweise im Rahmen der bisher entwickelten Abwägungskriterien berücksichtigt werden kann. So mag es nach den Umständen des Einzelfalls sein, dass der verständige Durchschnittsverbraucher der raue Umgangston in der jeweiligen Branche bekannt ist und dieser die Aussage dementsprechend nicht wörtlich nimmt. Hier könnte also zu prüfen sein, ob unter Hinweis auf den ironischen Unterton von einer restriktiven Anwendung der §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG auszugehen ist.¹¹⁷²

h) Abwehrvergleich / Vorverhalten des kritisierten Mitbewerbers

Vor der Liberalisierung des Lauterkeitsrechts und der Verankerung der vergleichenden Werbung in § 2 UWG a.F. war eine öffentliche, direkte und kritische Bezugnahme auf den Konkurrenten nur dann unter dem Stichwort „Abwehrvergleich“¹¹⁷³ ausnahmsweise lauter, sofern für die Äußerung ein hinreichender Anlass bestand, sie inhaltlich notwendig war und darüber hinaus das Sachlichkeitsgebot strikt eingehalten wurde.¹¹⁷⁴ Als Anknüpfungspunkt für die Ausnahme kam regelmäßig die kritische bzw. irreführende Information des Mitbewer-

¹¹⁷¹ Prinz/Peters Medienrecht Rn. 202; BGHZ 138, 311, 320; BGH GRUR 1995, 270, 274; LG Bonn NJW-RR 2006, 486, 488; LG Nürnberg-Fürth GRUR-RR 2010, 384, 387; BGH NJW 1966, 2010, 2011 - Teppichkehrmaschine.

¹¹⁷² Vergleiche dazu oben S. 170 ff.

¹¹⁷³ Baumbach/Hefermehl, Unlauterer Wettbewerb, 21. Auflage 1999 § 1 UWG Rn. 369 ff.; Ekey, Wettbewerbsrecht-Platz § 1 Rn. 534.

¹¹⁷⁴ BGH GRUR 1962, 45, 48 - Betonzusatzmittel; BGH GRUR 1954, 337, 341 - Radschutz; BGH GRUR 1968, 382, 385 - Favorit II; BGH GRUR 1967, 308, 310 - Backhilfsmittel.

bers der Konkurrenz in Betracht, wegen der sich der Kommunikator herausgefordert fühlen durfte.¹¹⁷⁵ Damit weist die Fallgestaltung Parallelen zu dem im deliktsrechtlichen Äußerungsrecht anerkannten Grundsatz des Rechts zum Gegenschlag auf.¹¹⁷⁶

Nach der Liberalisierung des Wettbewerbsrechts und der Verankerung des Tatbestandsmerkmals der Herabsetzung in §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG ist in Literatur als auch der Rechtsprechung umstritten, inwiefern ein möglicher Anlass, den der kritisierte Konkurrent zur Äußerung gegeben hat, zu berücksichtigen sein kann. Der Anwendungsbereich dieses weiteren Abwägungskriteriums dürfte dabei relativ gering sein, da die Marketingabteilungen dazu neigen, öffentlichkeitswirksamen Wortgefechten mit der Konkurrenz aus dem Weg zu gehen. Auch wenn die Rechtsprechung in jüngerer Vergangenheit daher noch keine Gelegenheit hatte, abschließend zu dem Kriterium Stellung zu beziehen, verdichten sich die Hinweise, dass die Rechtsprechung durchaus geneigt ist ein (rechtswidriges) Vorverhalten des Mitbewerbers in den Abwägungsvorgang einzubeziehen. So heißt es im Urteil des OLG Hamburg vom 11.07.2007 für den fiktiven Fall einer Pressefehde:

„Allenfalls dann, wenn die BILD-Zeitung bzw. die Klägerin auch in wettbewerbsrechtlichen Auseinandersetzungen ihrerseits [...] zu unangemessener Schärfe greift, könnte darüber nachgedacht werden, ob dies Auswirkungen auf das Verhalten der Beklagten haben kann.“¹¹⁷⁷

In anderen Urteilen zu §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG nähert man sich dem Abwägungsprozess mit der Formel:

„Bei der Würdigung sind die Umstände des Einzelfalls, insbesondere Inhalt und Form der Äußerung, der Anlass und der gesamte Sachzusammenhang sowie die Verständnismöglichkeiten der angesprochenen Verkehrskreise zu berücksichtigen.“¹¹⁷⁸

Weitere Voraussetzung für eine Berücksichtigung ist dann jedoch, dass die Kritik als Reaktion einen inneren Bezug zu dem herausfordernden Vorverhalten hat.¹¹⁷⁹ Der ordnungsgemäße, wenn auch erfolglose Gang des Konkurrenten vor Gericht z.B.: mit einer patentrechtlichen Klage, kann als herausforderndes Vorverhalten nicht in Betracht kommen. Denn die Anrufung der Gerichte sieht das Gesetz ausdrücklich vor und ist damit als legales Verhalten einzustufen.¹¹⁸⁰

Eine andere Ansicht bekundet das OLG Hamburg in der Entscheidung vom 11.12.2003. Danach kann ein hinreichender Anlass zwar nach dem UWG a.F. zu einer legalen Kritik am Mitbewerber führen, bei grundsätzlicher Zulässigkeit der vergleichenden Werbung sei aber jede einzelne Aussage anhand der bekannten Kriterien

¹¹⁷⁵ Vgl. etwa BGH GRUR 1968, 262 ff. - Fälschung; danach durfte die konkurrierende Boulevardpresse eine Berichterstattung als eine Fälschung betiteln, soweit diese den irreführenden Anschein erweckte tatsächlich von der Witwe des ermordeten Präsidenten J.F. Kennedy zu stammen. Dies war tatsächlich aber nicht der Fall.

¹¹⁷⁶ Siehe dazu bereits oben S. 122 ff.

¹¹⁷⁷ OLG Hamburg AfP 2008, 387, 392.

¹¹⁷⁸ BGH GRUR 2005, 609, 610 - Sparberaterin II; LG Nürnberg-Fürth GRUR-RR 2010, 384, 386; OLG Hamm MMR 2008, 750.

¹¹⁷⁹ OLG Hamburg NJW 1996, 1002, 1004.

¹¹⁸⁰ OLG München GRUR 2006, 268, 277 - Trivial-Patente.

zu überprüfen.¹¹⁸¹ Auch Teile der Literatur vertreten diese Auffassung.¹¹⁸² Begründet wird dies insbesondere damit, dass die Rechtsprechung mit Anerkennung des Abwägungskriteriums immer extremer werdende Marketingschlachten jenseits des Aufklärungsinteresses des Verbrauchers schüren würde und der entwickelte Kriterienkatalog rund um die Ironie, Vereinbarkeit mit der Meinungsfreiheit sowie das Verständnis des Durchschnittsverbrauchers/ Grad der Verbraucheraufklärung abschließend sei.

Entgegen der wohl herrschenden Ansicht, die eine Berücksichtigung des Vorverhaltens auf Abwägungs-¹¹⁸³ oder aber Rechtfertigungsebene¹¹⁸⁴ bejaht, ist dieser Einschätzung zuzustimmen. Denn jedes einzelne, in Wettbewerbsabsicht geäußerte, kritische Werturteil muss sich an dem gleichen Kriterienkatalog messen lassen. Das schafft Transparenz und Vergleichbarkeit der unterschiedlichen Sachverhalte und verringert die im Rahmen von §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG bestehende Rechtsunsicherheit.

3) Kritik an der Rechtsprechungspraxis zu §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG

a) Wertungsdifferenzen zwischen wettbewerbsrechtlichem und deliktsrechtlichem Unternehmensschutz vor herabsetzenden Werturteilen

Wie sich aus den bisherigen Ausführungen ergibt, besteht bei den Interessenabwägungen nach §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG und § 823 I BGB hinsichtlich der Rechtmäßigkeit herabsetzender Werturteile über Gewerbebetriebe und deren Produkte ein erhebliches Wertungsgefälle:¹¹⁸⁵ Während ein Dritter im Lichte der Drittwirkung der Meinungs- und Pressefreiheit grundsätzlich bis zur Grenze der Schmähkritik¹¹⁸⁶ herabsetzende Werturteile über ein Unternehmen bzw. Produkt äußern darf, muss der kritisierende Wettbewerber schon bei vergleichsweise milden Bezugnahmen mit einer erfolgsversprechenden Unterlassungs- bzw. Schadensersatzklage des betroffenen Konkurrenten rechnen. Einige Fallbeispiele sollen hier zur Veranschaulichung der unterschiedlichen Gewichtung der Abwägungskriterien beitragen. So subsumiert etwa das OLG Hamm im Urteil vom 23.10.2007 die Aussage des Mitbewerbers:

„LÜGE. Anders kann man diese Texte der Firma [...] nicht begreifen.“

unter der entwickelten Formel der unangemessenen Abfälligkeit, Abwertung oder Unsachlichkeit und kommt zu dem Ergebnis, dass eine derartige Wortwahl im Rahmen einer Wettbewerbshandlung in keinem Fall zulässig sein könne.¹¹⁸⁷ Demgegenüber sind derartig scharfe Werturteile im deliktsrechtlichen Äußerungsrecht im Lichte der Meinungsfreiheit regelmäßig rechtmäßig, sofern ein Erklärungsansatz durch den Kommunikator geliefert wird. So ist es beispielsweise im Urteil des Bundesgerichtshofs vom 05.02.1980, in dem die Richter die Aussage

¹¹⁸¹ OLG Hamburg GRUR 2003, 309, 310 - billiges Plagiat.

¹¹⁸² Fezer UWG-Koos § 6 Rn. 244; Plaß WRP 1999, 766, 770; Nordmann GRUR Int. 2002, 297, 302.

¹¹⁸³ Ohly/Sosnitza UWG-Ohly § 4 Rn. 7/18; MK UWG-Menke § 6 Rn. 294; Eck/Ikas WRP 1999, 251, 270; Henning-Bodewig GRUR Int. 1999, 385, 393.

¹¹⁸⁴ Köhler/Bornkamm UWG-Köhler § 4 Rn. 7.22; Köhler WRP 2010, 571, 576.

¹¹⁸⁵ So auch Schrickler AcP 172, 202, 204 u. 210; BaRo BGB-Spindler § 823 Rn. 129; Larenz/Canaris S 2/II § 81 III 1a; Ahrens JZ 2004, 763, 765; Kübler, FS Ulmen, S. 907, 920; Schaub JZ 2007, 548, 551; OLG Köln K&R 2010, 50, 51; BGHZ 36, 77, 80.

¹¹⁸⁶ Vgl. dazu oben S. 105 ff.

¹¹⁸⁷ OLG Hamm MMR 2008, 757, 758.

„Jedes Mittel war Ihr recht! Geschäftemacherei geht solchen Leuten vor volkswirtschaftliche Vernunft.“

einer nicht in Wettbewerbsabsicht handelnden Gewerkschaft zu beurteilen hatte. In der Urteilsbegründung wurde auf die gleichzeitige Lieferung von sachlichen Argumenten und Art. 5 I GG verwiesen und festgestellt, dass in der wirtschaftspolitischen Auseinandersetzung eine schärfere Sprache als im Wettbewerbsverhältnis zulässig sei, da dieses auf eine Auseinandersetzung mit Leistungen und nicht mit Argumenten zugeschnitten ist.¹¹⁸⁸

Diese intensive Berücksichtigung des Idealbilds des Leistungswettbewerbs in der Interessenabwägung nach §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG wirkt trotz der tiefgreifenden Reform des Lauterkeitsrechts weiter fort.¹¹⁸⁹ Ebenso veranschaulicht kann eine Entscheidung des OLG Köln aus dem Jahre 2009 herangezogen werden, bei der ein Mitbewerber die eigene Branche kritisch beäugte und auf zwei Presseartikel von Dritten verwies, die Kritik an explizit aufgeführten Konkurrenten übten. Der Newsletter wurde unter anderem anhand folgender Argumentation für mit § 4 Nr. 7 UWG unvereinbar befunden:

„Ein Wettbewerber kann sich daher Äußerungen eines Dritten auch dann nicht ohne weiteres zu Eigen machen, wenn diese im Lichte des Art. 5 I GG zulässig sind.“ [...] „Denn es gelten innerhalb eines Wettbewerbsverhältnisses andere Maßstäbe als dies für Äußerungen eines Dritten der Fall ist.“¹¹⁹⁰

Auch kennt das deliktsrechtliche Äußerungsrecht die bei §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG durch die Gerichte durchgeführte Richtigkeitskontrolle¹¹⁹¹ des herabsetzenden Werturteils nicht. Vielmehr bleibt es dort unter Beachtung des durch Art. 5 I GG gewährleisteten freien Marktes der Meinungen dem individuellen Rezipienten überlassen, ob er den Vortrag nach einer Reflektion für sich als zutreffend beurteilt oder nicht. Weiterreichende Anforderungen an die Rechtmäßigkeit der Produkt- und Unternehmenskritik durch Dritte werden ausnahmsweise nur dann gestellt, wenn der Kommunikator in den Augen der Rezipienten einen ganz besonderen Reputationsvorteil - wie etwa bei Waren- und Produkttests - genießt.¹¹⁹²

Gerade aufgrund dieses Wertungsgefälles zwischen dem lauterkeits- und deliktsrechtlichen Unternehmensschutz kommt der Bejahung der Wettbewerbsabsicht des Kommunikators nach § 2 I UWG eine weichenstellende Bedeutung zu. Vielfach wird es dem Kläger nämlich darauf ankommen, den Nachweis der Wettbewerbsabsicht zu erbringen, da dann der vorrangige Anwendungsbereich der §§ 4 Nr. 7; 6 II Nr. 5 UWG eröffnet ist und die Chancen einer erfolgreichen Klage auf Unterlassen oder Schadensersatz gegen den kritischen Kommunikator erheblich steigen.¹¹⁹³

¹¹⁸⁸ BGH DB 1980, 2508, 2509.

¹¹⁸⁹ Vgl. dazu oben S. 76 ff.

¹¹⁹⁰ OLG Köln K&R 2010, 50, 52.

¹¹⁹¹ Vgl. dazu oben S. 164 ff.

¹¹⁹² Vgl. dazu bereits S. 134 ff.

¹¹⁹³ So steht in den Urteilsbegründungen oft die Argumentation zu der Voraussetzung der Wettbewerbsabsicht nach § 2 UWG im Vordergrund; siehe dazu BGH AfP 1996, 398ff; BGH AfP 1995, 404, 405f. - dubiose Geschäftsgebahren; OLG Frankfurt a. M. ZUM 1992, 649, 650.

b) Überwindung der Wertungsdifferenzen/Eigener Lösungsansatz

Ob diese unterschiedlichen Abwägungsergebnisse im Delikts- und Lauterkeitsrecht im Lichte der Meinungsfreiheit und der weitreichenden Reformierung des Wettbewerbsrechts noch angemessen sind, darf ernsthaft bezweifelt werden. Vielmehr sollte der intensive lauterkeitsrechtliche Äußerungsschutz nach §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG schrittweise an das liberale Schutzniveau im Deliktsrecht zugunsten des Kommunikators angepasst werden, so dass das Lauterkeitsrecht zumindest in dieser Hinsicht den Status als strengeres „Sonderdeliktsrecht“¹¹⁹⁴ einbüßen müsste. Zur Absicherung eines Mindestschutzes des betroffenen Unternehmens sollte dabei neben der Rechtswidrigkeit von Schmähkritik das Augenmerk auf mögliche Ansprüche aus § 4 Nr. 8 UWG und damit unwahre Tatsachenbehauptungen gerichtet sein. Dafür ist es notwendig, auch bei der regelmäßigen Vermengung von Fakten und Wertungen strikt zwischen den dem Beweis zugänglichen Anknüpfungstatsachen und den anschließenden Meinungsäußerungen zu trennen.¹¹⁹⁵ Nach dieser Konzeption wären beispielsweise folgende Aussagen entgegen der höchstrichterlichen Rechtsprechungspraxis als lauter einzustufen:

- „Vorsicht bei Matratzen-Schnäppchen zum halben Preis“ und Warnung vor den „schwarzen Schafen“¹¹⁹⁶ der Branche: Ob die angegebenen, tatsächlichen Erklärungsansätze der Wahrheit entsprechen, ist bei Vorliegen einer Wettbewerbsabsicht ausschließlich nach § 4 Nr. 8 UWG und § 5 UWG zu beurteilen. Eine Schmähkritik kann bei gleichzeitiger Begründung des Werturteils nicht angenommen werden.

- Behauptung eines Mitbewerbers, dass bei der Fleischverarbeitung der Konkurrenz standardmäßig vorgefertigte „Würzmischungen“ und ein „Chemiecocktail“ eingesetzt würden.¹¹⁹⁷ Auch hier ist die Unrichtigkeit der das Werturteil begründenden Fakten ggf. unter §§ 4 Nr. 8, 5 UWG zu subsumieren. Das Wort „Chemiecocktail“ ist zwar negativ besetzt, nichts desto trotz lässt der einhergehend gelieferte Erklärungsansatz eine Bejahung von Schmähkritik nicht zu.

- „Fremdgehen kann teuer werden“ unter Abdruck des höheren Preises für ein spezifisches TV-Gerät bei der Konkurrenz.¹¹⁹⁸ Hier ist schon fraglich, ob die Vokabel „fremdgehen“ im Auge des Durchschnittsverbrauchers wörtlich verstanden wird und demzufolge eine Herabsetzung gegeben ist. Jedenfalls kann der Vergleich der Preise zumindest als ausreichender Erklärungsansatz begriffen werden. Eine Schmähkritik liegt somit nicht vor.

- Ein Rechtsanwalt sei „einfach nur zu sehr mit illustren Mandanten [...] beschäftigt, um sich noch eingehender mit dem Fall zu befassen.“¹¹⁹⁹: Auch hier handelt es sich um ein Werturteil, das den Anwalt in seinen wirtschaftlichen Interessen zu schädigen imstande ist. Ob der in diesem Zusammenhang gelieferte Begründungsansatz plausibel ist, muss dem Urteil der Rezipienten überlassen bleiben. Eine Schmähkritik liegt nicht vor.

¹¹⁹⁴ So titulierte Reichhold AcP 193, 205, 216 ff.; vgl. auch Beater, Unlauterer Wettbewerb § 10 Rn. 6.

¹¹⁹⁵ Vgl. dazu auch S. 194 ff.

¹¹⁹⁶ OLG Hamm MMR 2010, 330 f.

¹¹⁹⁷ LG Heilbronn WRP 2008, 1390, 1391.

¹¹⁹⁸ OLG Jena GRUR- RR 2003, 254, 255 - Fremdgehen.

¹¹⁹⁹ KG Berlin AfP 2010, 271, 273.

- Ebenso verbirgt sich hinter der Aussage „*kaufen ohne Risiko, unser m(öbelhaus) macht doppelt froh*“ keine Schmähkritik an dem Konkurrenzunternehmen.¹²⁰⁰ Die durchschnittlichen Verbraucher werden hier hinsichtlich des Reims und der ironischen Bezugnahme schon gar kein diffamierendes Element erblicken.

Für eine derartige Anpassung der lauterkeitsrechtlichen Rechtsprechung an die Höllenfeuer-Doktrin sprechen insbesondere auch folgende Argumente:

(i) *Unzureichende Berücksichtigung der Drittwirkung der Meinungsfreiheit bei §§ 4 Nr. 7; 6 II Nr. 5 UWG*

Für Wettbewerber am Wirtschaftsmarkt ergibt sich in Bezug auf das Recht auf freie Kommunikation folgende, missliche Lage: Zu Recht muss der Wettbewerber die Kritik Dritter an seinem Gewerbebetrieb/Produkten bzw. Dienstleistungen bis zum Rande der Schmähkritik/unwahre Tatsachenbehauptungen juristisch hinnehmen, weil ihm als wirtschaftlichen Profiteur des Vertriebs eine Gegendarstellung und damit eine Partizipation am Markt der Meinungen zugemutet werden kann. Hier gilt für den Kritikübenden zumeist die Vermutung für die freie Rede, weil die Zivilgerichte gerade Dritten - insbesondere der Fachpresse - die Aufgabe der Marktaufklärung über gewerbliche Leistungen im Interesse des Verbrauchers zudedacht haben.¹²⁰¹

Einer aktiven Beteiligung des Unternehmers an der Aufklärungsarbeit, die über die Diskussion der eigenen Unternehmensleistungen hinausgeht, ist zwar nach der Richtlinie 97/55/EG bzw. § 6 II UWG grundsätzlich zulässig, kommt aber nach der Auffassung der Lauterkeits- und Verfassungsrichter in der Güterabwägung zwischen der Meinungsfreiheit nach Art. 5 I GG¹²⁰² und den Grundsätzen des Leistungswettbewerbs tendenziell geringeres Gewicht zu. Denn ein Vortrag in Wettbewerbsabsicht zielt auf die Erreichung eigennütziger Ziele ab, so dass die Meinungsfreiheit schwächer gewichtet wird.¹²⁰³ Dies geht zurück auf die Lüth-Rspr. des Bundesverfassungsgerichts und ist auch in den Köpfen der Lauterkeitsrichter durchaus präsent.¹²⁰⁴

Nach dieser Rechtslage ist es mit der gängigen Rechtsprechungspraxis daher denkbar, dass die identische, dem Verbraucher dienende, kritische Information abhängig von der Intention des jeweiligen Kommunikators im Abwägungsvorgang unterschiedlich stark gewichtet wird. Es ist davon auszugehen, dass bei der wertenden Gegenüberstellung von Krankenkassentarifen durch einen Dritten und nicht einen Versicherungsmakler ein

¹²⁰⁰ LG Saarbrücken WRP 2008, 529, 531.

¹²⁰¹ RGRK BGB-Steffen § 823 Rn. 53; Tilmann NJW 1975, 758, 761; Brinkmann NJW 1987, 2721, 2723; Deutsch, FS Klingmüller, 49, 57; vgl. zur spezifischen Kontrollfunktion der Presse BVerfGE 54, 208, 220; BVerfGE 66, 116, 137.

¹²⁰² Ebenfalls kritisch in diesem Zusammenhang: Schmitt Glaeser AöR 113, 52, 54ff; Friauf/Höfling AfP 1985, 249, 250 f.; Degenhart, FS Lukes 287, 291 u. 296.

¹²⁰³ BVerfGE 7, 198, 212 - Lüth: "Der Schutz des privaten Rechtsguts kann und muß um so mehr zurücktreten, je mehr es sich nicht um eine unmittelbar gegen dieses Rechtsgut gerichtete Äußerung im privaten, namentlich im wirtschaftlichen Verkehr und in Verfolgung eigennütziger Ziele, sondern um einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage durch einen dazu Legitimierten handelt; hier spricht die Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede." Dem folgend etwa BVerfGE 60, 230, 244; ähnlich BVerfGE 65, 325, 331; vgl. auch Sack WRP 2004, 1195, 1205 f.

¹²⁰⁴ Beater, Unlauterer Wettbewerb § 9 Rn. 23; Lindacher, FS Tilmann, 197, 200; Ullmann GRUR 1995, 948, 951; Ahrens JZ 2004, 763, 766; OLG Köln K&R 2010, 50, 53; OLG München NJWE-WettBR 2000, 177 f.

besonderes Aufklärungsinteresse der Öffentlichkeit bejaht worden wäre.¹²⁰⁵ Gleiches gilt etwa für den Hinweis auf alternative Methoden der Trinkwasserbeschaffung, der sich ein Unternehmen angenommen hat.¹²⁰⁶

Dieses reine Abstellen auf den Motivationsansatz des Kommunikators wird dem Verbraucherinteresse an Marktaufklärung als objektivem Maßstab für die Gewichtung der Meinungsfreiheit nicht gerecht. Denn ein Marktaufklärungsinteresse ist von der Motivationsgrundlage des sich Äußernden vollkommen unabhängig. Der Verweis auf die Eigennützigkeit des Kommunikationsziels beschränkt die Meinungsfreiheit des kritisierenden Mitbewerbers unsachgemäß und nimmt dem Rezipienten die Möglichkeit die zusätzlichen Marktinformationen selbst zu hinterfragen. Dem durchschnittlichen, aufgeklärten und verständigen Verbraucher, auf den im Wettbewerbsrecht abzustellen ist, kann zugetraut werden die Intention des Mitbewerbers selbstständig zu beleuchten und bei der Bildung der eigenen Meinung zu berücksichtigen.¹²⁰⁷ Im übrigen können eben auch Presseunternehmen mit der Veröffentlichung von Warentests oder Produktkritiken eigennützige Ziele am Vertrieb ihrer Zeitschriften nicht abgesprochen werden, so dass die Argumentation auch aus diesem Grunde nicht schlüssig ist. Demzufolge ist dem Pharmakartell-Beschluss des BVerfG, in dem erstmalig mit der „Zwei-Welten Theorie“ gebrochen und eine Vermutung für die freie Rede trotz der Wettbewerbsabsicht bejaht wurde, nur zuzustimmen.¹²⁰⁸

Darüber hinaus scheidet die Annahme der Vermutung für eine freie Rede in Wettbewerbsabsicht oft daran, dass die Zivilgerichte dem durch den Wettbewerbsrichter angesprochenen Thema keinen mit der politischen Diskussion vergleichbaren Bedeutungshorizont beimessen, sondern im Einzelfall feststellen, dass das Interesse der Allgemeinheit nicht sonderlich tangiert ist.¹²⁰⁹ Äußerungen in Wettbewerbsabsicht fallen daher zumeist nicht in den Kernbereich der Meinungsfreiheit nach Art. 5 I GG und müssen demzufolge im Abwägungsprozess zugunsten des Schutzes der Reputation des Mitbewerbers zurücktreten.

Dies steht zum einen im Widerspruch zum deliktsrechtlichen Äußerungsrecht, bei dem durch die Beschränkung des Unternehmensschutzes auf Schmähkritik regelmäßig von einem erheblichen Marktaufklärungsinteresse bei angesprochenen, wirtschaftlichen Themenbereichen ausgegangen wird. Zum anderen handelt es sich bei der Beschränkung der Annahme eines öffentlichen Interesses auf politische Fragestellungen,¹²¹⁰ juristische Fachfragen oder konsumrelevante Gefährdungsgütern¹²¹¹ um ein verfassungsrechtliches Konstrukt, das an der Lebensrealität der meisten Durchschnittsbürger vorbeigeht. Denn der übliche Bundesbürger ist zu erheblichen Teilen seines Privatlebens Konsument und potentieller Vertragspartner von Wirtschaftsunternehmen auf deren

¹²⁰⁵ OLG Köln GRUR-RR 2001, 186, 188 f.

¹²⁰⁶ OLG München NJWE-WettbR 2000, 177 f.

¹²⁰⁷ Kloepfer/Michael GRUR 1991, 171, 175: „Weder eine altruistische Intention noch Objektivität sind notwendige Bestandteile der Meinungsäußerung. Die Bewertung obliegt prinzipiell dem Publikum.“

¹²⁰⁸ BVerfG GRUR 2008, 81, 83 - Pharmakartell; vgl. auch KG Berlin AfP 2010, 480, 483 f.

¹²⁰⁹ OLG Hamburg GRUR 2004, 309, 310 - billiges Plagiat; OLG Hamburg AfP 2008, 387, 391.

¹²¹⁰ BVerfG 7, 198, 212 - Lüth; BVerfG 12, 113, 124 - Schmidt-Spiegel; BVerfG 24, 278, 282 f. - Tonjäger.

¹²¹¹ OLG Frankfurt AfP 1989, 553, 555 f. (Krebsgefahr durch Dioxin); BGH AfP 1990, 135, 136 (Gesundheitsgefährdung durch ein Reinigungsmittel); BGH NJW 1984, 1956, 1957 (Gesundheitsgefahr durchs Rauchen); BGH NJW- RR 2002, 1695, 1696 (Gesundheitsgefahr durch falsche Nahrungsergänzungsmittel).

gewerbliche Leistungen er elementar angewiesen ist und die seine Lebensqualität je nach finanziellen Möglichkeiten außerordentlich beeinflussen.¹²¹²

Auch wenn der gut ausgebildete Verfassungs- oder Lauterkeitsrichter zwischen Gewicht und intellektueller Tragweite einer Aussage im politischen Meinungskampf oder etwa dem Streit zweier Frauenzeitschriften über Kopien und Storyplagiate¹²¹³ differenziert: Der Durchschnittsbürger tut dies nicht unbedingt.

Überragendes, öffentliches Interesse und Anspruch eines Themas bzw. die Auswirkung für das staatsrechtliche Gemeinwesen sind voneinander zu unterscheiden. So mag es beispielsweise sein, dass Millionen Konsumenten aufhorchen, wenn ein Möbelhaus die Konkurrenz harsch kritisiert, weil sie bereits Verträge mit einem der Mitbewerber abgeschlossen haben. Ein Marktaufklärungsinteresse der Allgemeinheit kann dann nicht von der Hand gewiesen werden, unabhängig davon, ob dies der traditionellen, politisch- demokratischen Komponente¹²¹⁴ der Kommunikationsfreiheiten entspricht oder nicht. Daher ist die Annahme eines öffentlichen Interesses auf werbende Kritik am Konkurrenten auszuweiten und damit ein „mehr“ an Meinungsfreiheit zu wagen.¹²¹⁵

Denn dort wo dem Rezipienten ein selbstverantwortlicher Umgang mit den kritischen Werturteilen zugetraut werden kann, hat sich der Staat auch in Form des Zivilgerichtes aus der Beurteilung der Äußerung weitestgehend zurückzuziehen um einen freien Meinungsmarkt gewährleisten zu können.¹²¹⁶

(ii) Liberalisiertes Verbraucherleitbild und der Rezipient als Schadensmittler

Dieser Machtverlust der Zivilgerichte, denen nach dieser Konzeption das Urteil über den gesellschaftlichen Wert einer kritischen, werbenden Stellungnahme weitestgehend entzogen würde, lässt sich auch über die europäische Entwicklung zu einem selbstbewussten und aufgeklärten Verbraucherleitbild¹²¹⁷ plausibilisieren. Denn der Schutzzweck der §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG ist die Verhinderung der Beeinträchtigungen des tangierten Unternehmens in seinen wirtschaftlichen Interessen.¹²¹⁸ Eine unternehmerische Beeinträchtigung ist ausschließlich dann zu befürchten, wenn der potenzielle Vertragspartner die harsche Kritik für sich als verbindlich erachtet und sein Verhalten am Wirtschaftsmarkt danach ausrichtet.¹²¹⁹

Es ist also über die herabsetzende Äußerung hinaus ein gewissermaßen fehlgeleiteter Reflektionsprozess des interessierten Rezipienten zum Schadenseintritt erforderlich. Eben dies wird aber unter Zugrundelegung eines aufgeklärten, liberalisierten Durchschnittsverbrauchers nur selten der Fall sein, so dass ein vergleichsweise intensiver äußerungsrechtlicher Unternehmensschutz ins Leere geht.

¹²¹² Vgl. dazu auch Brinkmann NJW 1987, 2721, 2723; v. Koller, Meinungsfreiheit und unternehmensschädigende Äußerungen, S. 117 ff.; Tillmann NJW 1975, 758, 760.

¹²¹³ Vgl. OLG Hamburg GRUR-RR 2004, 309, 310 - billiges Plagiat.

¹²¹⁴ Vgl. aber Dreier GG-Schulze Fielitz Art. 5 I, II Rn. 162.

¹²¹⁵ von Köller, Meinungsfreiheit und unternehmensschädigende Äußerung, S. 144; Arndt NJW 1964, 1310, 1313.

¹²¹⁶ A.A.: Ahrens JZ 2004, 763, 766; Köhler/Bornkamm UWG -Köhler § 4 Rn. 7.18; Lindacher, FS Brandner, S. 399, 402.

¹²¹⁷ Vgl. dazu bereits oben S. 76 ff.

¹²¹⁸ RegBegr.BT.-Drucks 15/1487 S. 18; Ohly/Sosnitza UWG-Ohly § 4 Rn. 7/1; Harte/Henning UWG-Omsels § 4 Nr. 7 Rn. 1.

¹²¹⁹ Daher wird der Durchschnittsverbraucher auch immer wieder als maßgeblicher Verkehrskreis zur Inhaltsdeutung einer Werbeaussage herangezogen; so beispielhaft BGH GRUR 2002, 982, 984 - Die „Steinzeit“ ist vorbei; BGH GRUR 2005, 609, 610 - Sparberaterin II.

Denn der durchschnittliche Konsument ist in der Lage die Wettbewerbsabsicht des Kommunikators zu erkennen und die Argumentation als Verkaufstaktik zur Erhöhung des eigenen Absatzes zu entlarven. Er wird der herabsetzenden Aussage eines Mitbewerbers daher auch tendenziell weniger Verbindlichkeit beimessen als etwa dem Werturteil eines am Markt unbeteiligten Dritten oder gar eines unabhängigen Produkttesters¹²²⁰. Im Hinblick auf den fehlenden Vertrauensvorsprung stellt sich dann die Frage, warum gerade nach §§ 4 Nr. 7; 6 II Nr. 5 UWG der im Vergleich zum Deliktsrecht intensivere, äußerungsrechtliche Unternehmensschutz gewährleistet wird, da sich die Gefährdung des Leistungswettbewerbs als gering erweist.

Ferner spricht gegen die Notwendigkeit eines hohen Schutzniveaus der Mitbewerber vor kritischen Werturteilen, dass unsachliche, abwertende, aber zulässige Kritik durch den deutschen Durchschnittsverbraucher oft als unseriös empfunden wird und mit hoher Wahrscheinlichkeit nur der Marktreputation des Kommunikators schadet.¹²²¹ Dies dürfte ein Beweis dafür sein, dass das Denkmodell des Leistungswettbewerbs auch in den Köpfen der Verbraucher präsent ist. Eben diese Angst der Marketingabteilungen ist auch der Grund dafür, dass trotz der allgemeinen Zulässigkeit von vergleichender Werbung seit 2000 in Deutschland nur äußerst zurückhaltend von diesem Kommunikationsinstrument Gebrauch gemacht wird.¹²²²

(iii) Höherer Grad an Rechtssicherheit

Zahlreiche lauterkeitsrechtliche Einzelurteile haben gezeigt, dass die Bestimmung der Herabsetzung nach §§ 4 Nr. 7; 6 II Nr. 5 UWG im Hinblick auf die Formel „auf unangemessene Weise abwertend, abfällig und unsachlich“¹²²³ immer wieder zu erheblichen Problemen führt. Auch die zuvor notwendige Deutung des Aussagekerns nach dem Verständnis der angesprochenen Verbraucherkreise oder die einheitliche Handhabung des Kriteriums der ironischen, satirischen Bezugnahme bereitet im Rahmen der §§ 6 II Nr. 5; 4 Nr. 7 UWG große Probleme. Oft sind Rechtsstreitigkeiten mit völlig unvorhersehbarem Ausgang die Folge. Der Hauptgrund dafür liegt darin, dass sich keines der oben genannten Kriterien verobjektivieren lässt und die Interessenabwägung im Einzelfall maßgeblich von der subjektiven Auffassung der zuständigen Lauterkeitsrichter geprägt ist. Auch die zunehmende Anzahl an Einzelurteilen kann angesichts der Individualität der Kommunikationsumstände nur selten zu einer zunehmenden Anwendungssicherheit bei §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG führen.

Im klaren Gegensatz dazu würde das Kriterium der Schmähkritik mit der Beschränkung der Beurteilung auf die Prüfungspunkte ob

- eine Diffamierung des betroffenen Unternehmens vorliegt, und
- ein Erklärungsansatz vorhanden ist¹²²⁴

¹²²⁰ Siehe zum Vertrauensvorsprung des Produkt- und Dienstleistungstests S. 132 ff.

¹²²¹ Ähnlich argumentierte schon Vesting zum postmortalen Ehrenschaft in: AöR 122, 337, 370.

¹²²² Zu Chancen und Risiken vgl. Plankert, Marktführerschaft und vergleichende Werbung, 2008, S. 95 ff.

¹²²³ Exemplarisch OLG Frankfurt GRUR-RR 2001, 221- Überstunden; BGH GRUR 2002, 75, 77- Sooo...Billig ?!; OLG München GRUR 2003, 189,190 - Dogge; BGH GRUR 2008, 443, 444 - Saugelinge; Eichholz, Herabsetzung durch vergleichende Werbung, S. 72.

¹²²⁴ Vgl. dazu schon oben S. 118 ff.

eine vergleichsweise klare und universal übertragbare Prüfungsgrundlage bieten, bei der auf Jahre lange Rechtsprechungspraxis aus dem deliktsrechtlichen Äußerungsschutz zurückgegriffen werden könnte. Diese restriktive Auslegung der Herabsetzung nach §§ 4 Nr. 7; 6 II Nr. 5 UWG entspricht auch der gesetzgeberischen Konzeption. So heißt es in der Gesetzesbegründung zum UWG n.F. Stand 2004 zu § 4 Nr. 7 UWG:

„Der Tatbestand der Nummer 7 betrifft die Fälle der Geschäftsehrverletzungen. Erfasst hiervon sind in Abgrenzung zu Nummer 8 Meinungsäußerungen, so dass bei der Beurteilung einer kritischen Äußerung das Grundrecht der Meinungsfreiheit (Artikel 5 Abs. 1 des Grundgesetzes) zu beachten ist. Vom Anwendungsbereich erfasst sein werden daher vor allem Fälle der Schmähkritik, in denen der Mitbewerber pauschal und ohne erkennbaren sachlichen Bezug abgewertet wird.“¹²²⁵

(iv) Entwicklungstendenzen des Lauterkeitsrechts in Bezug auf herabsetzende Werturteile

Darüber hinaus stützen die liberalen Entwicklungstendenzen sowohl des Bundesgesetzgebers als auch des Bundesverfassungsgerichts und der Lauterkeitsgerichte die vorgestellte Alternativkonzeption. In diesem Zusammenhang ist die Schaffung von § 2 UWG a.F. bzw. § 6 UWG n.F. ebenso zu nennen wie die Anerkennung des Einflusses der Kommunikationsgrundrechte auch bei Äußerungen in Wettbewerbsabsicht. Ferner ist das jüngste Abstellen auf einen intelligenten Durchschnittsverbraucher, als auch die nunmehr etablierte Fallgruppe der satirischen Bezugnahmen zu berücksichtigen. Auch eine strikte Erforderlichkeitsklausel bezüglich kritischer Äußerungen ist als abgeschafft anzusehen.

Jeder dieser liberalen Impulse von Judikative und Legislative verdeutlicht, wie stark sich das Wettbewerbsrecht in den letzten Jahrzehnten von dem Grundkonzept des strikten Leistungswettbewerbs¹²²⁶ entfernt hat. War noch vor 20 Jahren mit der Untersagung fast jeder kritischer Bezugnahme auf den Mitbewerber zu rechnen, ist heute -gerade bei humorvoller Ausgestaltung - eine weitreichende, kritische Auseinandersetzung mit der Konkurrenz möglich. Darauf aufbauend könnte die Anpassung der Rechtsprechung im Wettbewerbsrecht an das Äußerungsdeliktsrecht der nächste konsequente Schritt sein.

(v) Ökonomische Gefahr realitätsverzerrender Marketingschlachten

Von den Befürwortern eines extensiven Unternehmensschutzes vor kritischen Bezugnahmen durch die Mitbewerber wird angeführt, dass bei dem Vorliegen eines Eigeninteresses an der kritischen Aussage die Gefahr der Verfälschung der kundgetanen Marktdaten naheliege.¹²²⁷ Daneben sei nach dem Denkmodell des Leistungswettbewerbs von einer unzulässigen Marktbehinderung der Konkurrenz auszugehen.¹²²⁸ Langfristig laufe der Markt Gefahr sich von einem auf innovative Produkte und Dienstleistungen fokussierten Wettbewerb zu einer unkontrollierbaren Marketingschlacht zu entwickeln. Dabei würden die Hauptfunktionen des Leistungswett-

¹²²⁵ RegBegr. UWG n.F. Bt-Drucks. 15/1487 S. 18.

¹²²⁶ Siehe dazu bereits oben S. 76 ff.

¹²²⁷ Ahrens JZ 2004, 763, 766: „Die Verfälschungsgefahr ist bei einem Handeln im Wettbewerb stärker gegeben als bei einem wettbewerbsneutralen Verhalten.“

¹²²⁸ Vgl. dazu Lindacher, FS Brandtner, 399, 403.

bewerbs¹²²⁹ wie etwa Bestenauslese, technologische Weiterentwicklung und gerechte Einkommensverteilung auf der Strecke bleiben.

Dem kann entgegengehalten werden, dass tatsächlich kritische, wertende Bezugnahmen jenseits der Schmähkritik vom Durchschnittsverbraucher selbst in Frage gestellt werden und mithin nicht jedes Werturteil denklogisch einen Reputationsschaden des Unternehmens nach sich zieht. Ferner bleibt dem betroffenen Unternehmen die Möglichkeit selbst verbal zu reagieren und die kritischen Aussagen für die Verbraucher als falsch zu entlarven. Zusätzlich würde das betroffene Unternehmen und damit auch die Transparenz am Wirtschaftsmarkt durch § 4 Nr. 8 UWG und das Verbot von Schmähkritik via §§ 4 Nr. 7; 6 II Nr. 5 UWG geschützt.

2. Absatz Herabsetzende, wahre Tatsachenbehauptungen und § 4 Nr. 7 UWG

Obwohl der Bundesgesetzgeber weder nach altem Lauterkeitsrecht noch nach dem UWG n.F. einen speziellen Tatbestand verankert hat, nach dem wahre, kritische Tatsachenbehauptungen im Wettbewerbsverhältnis untersagt werden könnten, subsumierten die Zivilgerichte derartige Äußerungen schon früh unter der Fallgruppe „die persönliche Herabsetzung des Mitbewerbers“ nach § 1 UWG a.F.¹²³⁰ und jüngst unter § 4 Nr. 7 UWG.¹²³¹

Dagegen kann eingewendet werden, dass aus den Anspruchsgrundlagen des § 14 UWG a.F. bzw. § 4 Nr. 8 UWG im Umkehrschluss gedeutet werden könnte, dass nach dem Willen des Gesetzgebers wahre Tatsachenbehauptungen über Mitbewerber stets lauter sein sollen.¹²³² Dem entgegnete die Zivilgerichtsbarkeit schon früh, dass § 14 UWG a.F. im Verhältnis zur großen Generalklausel nach § 1 UWG a.F. keine abschließende Teilregelung sei, so dass eine Erfassung auch von wahren Herabsetzungen im Rahmen der richterlichen Fallgruppenbildung möglich ist.¹²³³ Dem ist auch nach heutiger Rechtslage zuzustimmen, da das Wort „Herabsetzung“ aus §§ 4 Nr. 7, 6 II Nr. 5 UWG keinesfalls Rückschlüsse auf eine gewollte Begrenzung des Tatbestandes ausschließlich auf Meinungsäußerungen zulässt.¹²³⁴

Zu beachten ist bei der Subsumtion unter § 4 Nr. 7 UWG jedoch, dass die wahre Tatsachenbehauptung als Grundlage eines Meinungsbildungsprozesses gerade auch bei Themen mit Wirtschaftsbezug in den Kernbereich der Äußerungsfreiheiten aus Art. 5 I GG gehört und demzufolge ein Verbot der Äußerung lediglich in Ausnahmefällen in Betracht kommen kann.¹²³⁵ Denn nachprüfbar Fakten sind die notwendige Quelle, von deren Vorhandensein die Wirk- und Überzeugungskraft einer individuellen Meinungsäußerung stets ab-

¹²²⁹ Siehe dazu S. 76 ff.

¹²³⁰ BGH GRUR 1962, 45, 48 - Betonzusatzmittel; OLG Koblenz ZIP 1987, 1413, 1415; BGH NJW-RR 1990, 1184 f.-Pressehaftung; BGH GRUR 1968, 262, 265 - Fälschung.

¹²³¹ Mangels eines Vergleichs scheidet § 6 II Nr.5 UWG oft aus; LG Göttingen MedR 2010, 327, 328; OLG Hamm MMR 2008, 750 f.; LG Düsseldorf v. 25.07.2007, 12 O 428/06 juris Rn. 22 und 29.

¹²³² Vgl. dazu schon oben S. 89 ff.

¹²³³ BGH GRUR 1962, 45, 48 - Betonzusatzmittel; ebenso MK UWG-Jänich § 4 Nr. 7 Rn. 38; zustimmend auch GK UWG-Brandtner/Bergmann § 1 A Rn. 89 f. Dagegen erwähnte der Gesetzgeber die tatbestandliche Erfassung kritischer, wahrer Tatsachenbehauptungen in den Erwägungsgründen nicht, vgl. RegBegr. Bt-Drucks 15/1487 S. 18

¹²³⁴ Vgl. dazu schon oben S. 95 ff.

¹²³⁵ Kießling/Kling WRP 2002, 615, 627.

hängt.¹²³⁶ Andererseits darf bei der Interessenabwägung nicht unberücksichtigt bleiben, dass Fakten aufgrund ihrer Abstraktheit weitestgehend unreflektiert vom Rezipienten übernommen werden und daher ein besonderes Gefährdungspotenzial für den tangierten Mitbewerber besteht.

Die ältere Rechtsprechung hat bei der Beurteilung der Lauterkeit kritischer, wahrer Tatsachenbehauptungen konsequent die gleichen Maßstäbe wie bei Werturteilen angelegt und die Äußerung in Wettbewerbsabsicht nur für rechtmäßig gehalten, sofern ein sachliches Informationsinteresse und ein hinreichender Anlass vorlag, sowie die Präsentation sich nach Art und Maß als erforderlich erwies.¹²³⁷ Diese Formel wurde nach der Einführung des neuen UWG unverändert übernommen.¹²³⁸ Das Hauptaugenmerk liegt dabei eindeutig bei der ersten Voraussetzung, mit der sichergestellt werden soll, dass nur die (negativen) Fakten über den Mitbewerber an den Verbraucher weitergeleitet werden, die für die Nachfrageentscheidung relevant sind.

Dabei kann es sich etwa um Informationen zur finanziellen Lage des Mitbewerbers handeln, wie zum Beispiel die Aufklärung über den (zum Teil verschwiegenen) Konkursverfall¹²³⁹ bzw. erhebliche Zahlungsschwierigkeiten¹²⁴⁰. Hier wird zutreffend angenommen, dass sich das sachliche Informationsinteresse des Verbrauchers aus dem mit den Liquiditätsschwierigkeiten verbundenen Zweifel an der ordnungsgemäßen Erfüllung der Vertragspflichten ergibt.¹²⁴¹

Ferner wurde ein öffentliches Interesse dort bejaht, wo der Bericht in einem konkurrierenden Wochenmagazin tatsächlich gar nicht von dem angegebenen Prominenten stammte¹²⁴² oder ein Warenhaus gefälschte Jeanshosen einer bekannten Marke verkauft hatte.¹²⁴³ Ebenso muss es einem Arbeitgeber möglich sein negative, wahre Tatsachenbehauptungen über einen Wettbewerber zu verbreiten um seine Mitarbeiter über die Vorzüge des eigenen Unternehmens zu unterrichten.¹²⁴⁴ Der Rechtsgedanke der Beschränkung der Äußerung auf marktrelevante Fakten ist letztlich auch aus § 6 II Nr. 2 UWG n.F. zu entnehmen, der für vergleichende Werbung eine objektive Bezugnahme auf die veräußerungsrelevanten Eigenschaften festschreibt.¹²⁴⁵

Dagegen ist es mangels Aufklärungsinteresse als wettbewerbswidrig anzusehen, die „persönlichen Verhältnisse seines Mitbewerbers in den Wettbewerbskampf hereinzuziehen“. ¹²⁴⁶ Hier müssen strengere Maßstäbe für den Kommunikator gelten, weil es hier nicht um die Öffentlichkeitssphäre des Unternehmens, sondern die Privat-

¹²³⁶ Vgl. siehe BVerfGE 61, 1, 8 f.; 85, 1, 15; BVerfG NJW 2000, 199, 200; BK GG-Degenhart Art. 5 I u. II Rn. 103; Jarass/Pieroth GG-Jarass, Art. 5 Rn. 6; Stern, Staatsrecht IV/1, § 108 II 3 β) (S. 1393).

¹²³⁷ BGH NJW-RR 1990, 1184, 1185; BGH GRUR 1962, 45, 48 - Betonzusatzmittel; BGH GRUR 1968, 262, 265 - Fälschung; OLG München WRP 1971, 280; OLG Koblenz ZIP 1987, 1413, 1415.

¹²³⁸ LG Göttingen MedR 2010, 327, 329; OLG Hamm MMR 2008, 757; LG Düsseldorf v. 25.07.2007; 12 O 428/06, juris Rn. 29.

¹²³⁹ OLG Koblenz ZIP 1987, 1413, 1415.

¹²⁴⁰ OLG Schleswig, Urteil v. 31.01. 2008; 5U 96/07, juris Rn.28: nachgewiesen durch einen erwirkten Zahlungstitel auf den nicht geleistet wurde.

¹²⁴¹ OLG Koblenz ZIP 1987, 1412, 1415: „Im Hinblick auf etwaige Reklamationen, Gewährleistungs- oder Schadensersatzansprüche, Kulanzleistungen, aber auch etwaige Nachbestellungen wäre die Kenntnis von der Konkurseröffnung für Kunden von wesentlicher Bedeutung gewesen.“

¹²⁴² BGH GRUR 1968, 262 ff. - Fälschung.

¹²⁴³ Vgl. BGH NJW-RR 1990, 1184 f.

¹²⁴⁴ OLG München WRP 1971, 280 f.

¹²⁴⁵ Ähnlich argumentiert Harte/Henning UWG-Omsels § 4 Nr. 7 Rn. 22.

¹²⁴⁶ BGH GRUR 1954, 333, 335; zustimmend auch Ohly/Sosnitza UWG-Ohly § 4 Rn. 7/19; Fezer UWG-Nordemann § 4 Nr. 7 Rn. 78.

bzw. Intimssphäre der Verantwortungsträger geht.¹²⁴⁷ In Anbetracht der durchschlagenden Wirkung von wahren Tatsachenbehauptungen bei den Rezipienten ist die Untersagung von kritischen Informationen über die Privatsphäre der Mitarbeiter und Verantwortlichen nachvollziehbar, weil ihr völlig der Wettbewerbsbezug fehlt. Hier können auch deliktsrechtliche Ansprüche des betroffenen Mitarbeiters bestehen.

Die weiteren Kriterien des hinreichenden Anlasses und der Erforderlichkeit im Einzelfall sind dagegen angesichts der Drittwirkung der Meinungsfreiheit, sowie der fortschreitenden Liberalisierung des wettbewerbsrechtlichen Äußerungsschutzes als überholt anzusehen.¹²⁴⁸ Ebenso wie bei der Beurteilung von herabsetzenden Werturteilen¹²⁴⁹ darf auch im Hinblick auf den aufgeklärten Durchschnittsverbraucher das denkbar mildeste Mittel nicht mehr Maß der Dinge sein, solange ein Aufklärungsinteresse potentieller Vertragspartner bejaht werden kann. Das muss erst recht für wahre Tatsachen gelten, die dem Verbraucher in jedem Fall dienlich sind, weil sie eine verlässliche Grundlage zur Bildung der eigenen Kaufentscheidung darstellen.¹²⁵⁰

So vermag etwa das Urteil des BGH vom 26.04.1990¹²⁵¹ nicht zu überzeugen: Darin wird die als wahr unterstellte Aussage, dass ein Warenhaus in einem bestimmten Zeitraum gefälschte Jeanshosen der Marke C. vertrieben hat, als unlauter beurteilt, weil wegen der zuvor abgegebenen Unterlassungsverfügung keine weitere Gefahr für den Verbraucher bestehe und die Reputationsschädigung des Klägers daher nicht geboten sei. Ebenso kritisch ist die Entscheidung des OLG Hamm vom 7.02.2008¹²⁵² zu bewerten, die sich mit der Weitergabe von nicht anonymisierten Urteilen¹²⁵³ auseinandersetzt. Dort wurde die Veröffentlichung zweier Urteile zur irreführenden Werbung eines Konkurrenzunternehmens als nicht notwendig eingestuft, da es sich grundsätzlich nicht um die Allgemeinheit interessierende Geschäftsmethoden handele und das Ausmaß der Täuschung nicht nach einer Aufklärung schreie. Die zugrundeliegenden Unterlassungsklagen betrafen dabei zum einen die fälschliche Angabe von einem Fachmagazin die „Testsiegerqualität“ bescheinigt bekommen zu haben, sowie die Werbung mit einer nicht bestehenden TÜV-Rheinland Konformitätsbescheinigung. Der Sinn und Zweck des § 5 UWG besteht nach Art. 1 der Irreführungsrichtlinie 2006/114/EG aber gerade auch in dem Schutz der Marktteilnehmer vor täuschenden, geschäftlichen Handlungen. Dabei müssen die Verbraucher über derartige Machenschaften auch aufgeklärt werden dürfen, so dass sie selbst entscheiden können, ob sie die geschäftlichen Entgleisungen für zukünftige Kaufentscheidungen als erheblich einstufen oder nicht. Mit der Publizierung dieser Wahrheiten muss das Unternehmen leben, sofern es sich freiwillig in die Öffentlichkeit begibt.¹²⁵⁴

¹²⁴⁷ Vgl. OLG Schleswig v. 31.01.2008, 5U 96/07, juris Rn. 30; BGH GRUR 1954, 333, 335.

¹²⁴⁸ So auch im Ergebnis Harte/Henning UWG-Omsels § 4 Rn. 22; MK UWG-Jänich § 4 Nr. 7 Rn. 39.

¹²⁴⁹ Vgl. dazu oben S. 169 ff.

¹²⁵⁰ Vgl. dazu auch Deutsch, FS Klingmüller S. 49, 56: „Insoweit sollte die wahre Behauptung zulässig sein, denn wenn sie persönlichkeitsbeeinträchtigend ist, so lastet der Tadel zu Recht auf dem Opfer.“

¹²⁵¹ BGH NJW-RR 1990, 1184, 1185.

¹²⁵² OLG Hamm MMR 2008, 750 f.

¹²⁵³ Ebenfalls um eine Urteilsweitergabe ging es bei OLG Schleswig v. 31.01.2008, 5U/07; OLG Koblenz ZIP 1987, 1413 ff.

¹²⁵⁴ Vgl. BGH GRUR 1966, 633, 635 - Teppichkehrmaschine; BGHZ 36, 77, 80 - Waffenhändler; vgl. BVerfGE 105, 252, 266 - Glykol.

3 Abschnitt Unwahre Tatsachenbehauptungen und § 4 Nr. 8 UWG - Die Anschwärzung in der Lauterkeitsrechtsprechung -

Wie bereits gezeigt¹²⁵⁵ unterscheidet sich die Normstruktur des § 4 Nr. 8 UWG ganz erheblich von den generalklauselartig formulierten §§ 4 Nr. 7; 6 II Nr. 5 UWG. Zumindest die bewusst unwahre Tatsachenbehauptung fällt aus dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit aus Art. 5 I GG¹²⁵⁶ heraus, auch kann zwischen den Dimensionen Wahrheit und Unwahrheit mittels klarer Abgrenzungsinstrumentarien im Einzelfall sicher differenziert werden. Von der unwahren, unternehmensschädigenden Tatsache geht wegen der Verfälschung der Grundlage der Verbraucherselektion eine ganz besonders hohe Gefahr für den betroffenen Gewerbebetrieb¹²⁵⁷ aus, so dass ganz ohne lauterkeitsrichterliche Einzelfallabwägung eine klare, abschließende gesetzliche Wertung möglich ist: Unwahre bzw. nicht erweislich wahre, schädigende Tatsachenbehauptungen des Mitbewerbers über die Konkurrenz lösen Unterlassungs- sowie verschuldensabhängige Schadensersatzansprüche aus. Das Vorliegen eines besonderen Interesses an der Äußerung in Kombination mit der Vertraulichkeit der Information kann lediglich Auswirkungen auf die Verteilung der Beweislast haben.

Auf einen Ausnahmetatbestand, der den Schadensersatzanspruch entfallen ließe, hat der Gesetzgeber im Lauterkeitsrecht ganz bewusst verzichtet.¹²⁵⁸ Damit hat der Gesetzgeber mit § 4 Nr. 8 UWG ein per se-Verbot geschaffen. Das betroffene Unternehmen ist gerade dann als schutzwürdig anzusehen, wenn die eigene, unternehmerische Grundrechtsbetätigung in Form der werbenden Gegendarstellung zur Wiederherstellung des ursprünglichen Geschäftsimages ungeeignet bzw. nicht zumutbar ist. Diese klare gesetzliche Wertung führt dazu, dass die Zivilgerichte ganz im Gegenteil zu der Interessenabwägung im Rahmen von §§ 4 Nr. 7; 6 II Nr. 5 UWG ausschließlich zur Subsumtion unter klar definierte Tatbestandsmerkmale ohne eigene Wertungsmöglichkeiten berufen sind.¹²⁵⁹ Dementsprechend seltener kommt es dazu, dass Verfahren den gesamten Instanzenzug durchlaufen. Frei nach dem Sprichwort von *Voltaire* „Die Verleumdung ist schnell und die Wahrheit langsam“ sind allerdings Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz besonders häufig festzustellen.¹²⁶⁰ Denn der Rezipient adaptiert Tatsachen aufgrund des Scheins von Verbindlichkeit und Objektivität sowie wegen der oft undurchsichtigen, tatsächlichen Faktenlage rasch, so dass neben unternehmenseigenen Gegendarstellungen das schnelle Stoppen der Wiederholung von Anschwärzungen Priorität hat.¹²⁶¹

Neben der Bejahung der Wettbewerbshandlung i.S.v. § 2 I Nr. 1 UWG ist zunächst eine Abgrenzung zwischen Tatsachenbehauptung und Meinungsäußerung und damit dem Anwendungsbereich von §§ 4 Nr. 7; 6 II Nr. 5

¹²⁵⁵ Siehe schon S. 91 ff.

¹²⁵⁶ BVerfGE 54, 208, 219; 90, 241, 249 ff.; 99, 185, 197.

¹²⁵⁷ Beater, Unlauterer Wettbewerb, § 20 Rn. 4; Soergel BGB-Beater § 824 Rn. 1; MK UWG-Brammsen/Doehner § 4 Nr. 8 Rn. 1.

¹²⁵⁸ Vgl. zur Rechtslage bei § 824 II BGB S. 161 ff. sowie S. 91 ff.

¹²⁵⁹ Siehe als Indiz die auffällig häufige Wiedergabe der Normtextes in den Urteilsgründen; OLG Hamburg WRP 2007, 443, 444; BGH GRUR 2009, 1186, 1187; OLG Düsseldorf v. 15.01.2008, I 20 U 134/07; LG Erfurt v. 08.05.2007, 1 HK O 28/07.

¹²⁶⁰ LG Hamburg, Urteil v. 21.11.2008, 312 O 511/08; LG Münster MMR 2008, 694 ff.; LG Erfurt, Urteil v. 08.05.2007, 1 HK O 28/07.

¹²⁶¹ Vgl. hierzu schon zum Perseveranz-Effekt S. 144 ff.

UWG durchzuführen. Dabei kommt dieser Tatbestandsdifferenzierung zutreffenderweise eine „weichenstellende Bedeutung“ zu.¹²⁶² In Literatur und Rechtsprechung wird in diesem Zusammenhang zumeist auf die ggf. abgeschwächte Drittwirkungsintensität der Kommunikationsfreiheiten im Rahmen von (unwahren) Tatsachenbehauptungen verwiesen.¹²⁶³ Doch sprechen aus Sicht der Klägers/Antragsstellers noch gewichtige weitere Argumente dafür den erstrebten Anspruch nach Möglichkeit aus § 4 Nr. 8 UWG herzuleiten. Denn das Fehlen einer durch den Lauterkeitsrichter durchzuführenden Einzelfallabwägung erhöht die Rechtssicherheit und minimiert damit das Prozessrisiko, insbesondere weil der Kommunikator in aller Regel auch die Beweislast für die Wahrheit seiner Aussage zu tragen hat. Daneben ist nach der hier vertretenen Ansicht¹²⁶⁴ gerade aufgrund der Drittwirkungsintensität der Meinungsfreiheit sowie dem souveränen Umgang des Durchschnittskonsumenten mit kritischen Werturteilen im Rahmen von §§ 4 Nr. 7; 6 II Nr. 5 UWG ein nur vergleichbar restriktives Schutzniveau angebracht.

Definiert werden Tatsachenbehauptungen als Vorgänge und Zustände, die dem Beweise zugänglich sind.¹²⁶⁵ Problematisch wird die Abgrenzung zum Werturteil, wenn sich beide Äußerungsformen miteinander verbinden. In diesem Fall nehmen die Zivilgerichte Bezug¹²⁶⁶ auf die Rechtsprechung des BVerfG. Dort heißt es:

*„Sofern eine Äußerung, in der Tatsachen und Meinungen sich vermengen, durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt sind, wird sie als Meinung von dem Grundrecht geschützt. Das gilt insbesondere dann, wenn eine Trennung der wertenden und der tatsächlichen Gehalte den Sinn der Äußerung aufhobe oder verfälschte.“*¹²⁶⁷

Daraus leitet die Rechtsprechung für die Abgrenzung den Grundsatz ab, dass bei einer Gesamtbetrachtung auf den Schwerpunkt des Aussagecharakters abzustellen sei.¹²⁶⁸ Hier ist jedoch davor zu warnen, dann vorschnell den Anwendungsbereich der §§ 4 Nr. 7; 6 II Nr. 5 UWG als eröffnet zu erachten, wenn logisch innerhalb einer Gesamtaussage zwischen unwahren Anknüpfungstatsachen und Wertungen differenziert werden kann.¹²⁶⁹ Vielmehr ist hinsichtlich der unwahren Anknüpfungstatsachen eine Subsumtion unter § 4 Nr. 8 UWG vorzu-

¹²⁶² OLG Hamm NJW-RR 2007, 1264, 1265; Ohly/Sosnitza UWG-Ohly § 4 Rn. 8/12.

¹²⁶³ Vgl. hierzu Harte/Henning UWG-Bruhn § 4 Nr. 8 Rn. 16; OLG Hamm NJW-RR 2007, 1264, 1265.

¹²⁶⁴ Vgl. dazu bereits S. 183 ff.

¹²⁶⁵ OLG Düsseldorf MMR 2010, 57 f.; OLG Hamm NJW-RR 2007, 1264, 1265; BGH GRUR 1978, 258, 259 - Schriftsachverständiger.

¹²⁶⁶ LG Münster MMR 2008, 694, 695; LG Düsseldorf, Urteil v. 22.04.2009, 12 O 23/09 juris-Rn. 32.

¹²⁶⁷ BVerfG NJW 1992, 1439, 1440; vgl. auch BGH NJW 2006, 830, 836 f. - Kirch/Breuer; Stern, Staatsrecht IV/1 § 108 II 3β (S. 1394).

¹²⁶⁸ LG Düsseldorf, Urteil v. 22.04.2009, 12 O 23/09 juris-Rn. 32: „Enthält eine Äußerung neben Tatsachenbehauptungen auch Werturteile kommt es entscheidend darauf an, worin der Schwerpunkt der konkreten Äußerung liegt. Geht es in erster Linie um eine persönliche Einschätzung, Abwägung oder Stellungnahme ohne deren tatsächliche Grundlagen im Einzelnen genannt werden, kann in aller Regel von einem Werturteil ausgegangen werden. Andererseits stellt es eine Tatsachenbehauptung dar, wenn zwar wertende Elemente in einer Äußerung enthalten sind, diese aber sich aus sonstigen konkret mitgeteilten Angaben ergibt.“ siehe auch BGH NJW 2009, 1872, 1873 - Fraport-Manila Skandal; BGH NJW 2002, 1192, 1193; Soergel BGB-Beater § 824 Rn. 18.

¹²⁶⁹ Ebenso auch Fezer UWG-Nordemann § 4 Nr. 8 Rn. 22; Ohly/Sosnitza UWG-Ohly § 4 Rn. 8/12; Köhler/Bornkamm UWG-Köhler § 4 Rn. 8.13.

nehmen. Denn ansonsten kommt die Rechtsprechung in die missliche Lage, die Unlauterkeit einer herabsetzenden Äußerung damit zu begründen, dass die insgesamt als Wertung einzustufende Kritik unzutreffend sei.¹²⁷⁰ Ein Vorgang, der hinsichtlich der Weite des Schutzbereiches der Kommunikationsfreiheiten¹²⁷¹ als auch der Fähigkeit des Durchschnittsrezipienten selbstständig Werturteile zu hinterfragen, abzulehnen ist.¹²⁷²

Ferner muss die behauptete oder verbreitete Tatsache nicht erweislich wahr sein. Schon aus dem Wortlaut der Norm ergibt sich folglich, dass der Gesetzgeber entgegen der allgemeinen Beweislastregel den Kommunikator als Antragsgegner/Beklagten mit dem Nachweis der Wahrheit der schädigenden Aussage belastet.¹²⁷³ Dabei sind in der Praxis Fälle zu unterscheiden, bei denen der Beweis der Unwahrheit der Aussage durch das betroffene Unternehmen leicht zu erbringen war¹²⁷⁴ oder aber der Nachweis der Wahrheit durch den Kommunikator misslingt bzw. ausbleibt¹²⁷⁵. Teilweise sind die Anschuldigungen vollständig aus der Luft gegriffen oder es handelt sich um Übertreibungen einer tatsächlichen Faktenlage. So etwa dann, wenn die wissenschaftliche Studie fehlerhaft ins Deutsche übersetzt bzw. ergänzt wurde¹²⁷⁶ oder aber die notwendige Mindestzahl an überprüften Testprodukten nicht erreicht wurde, um eine verbindliche Aussage über die Verletzung einer DIN-Vorschrift¹²⁷⁷ tätigen zu können.

Die Beweislast der Unwahrheit der Tatsache liegt nach § 4 Nr. 8 2. HS UWG jedoch beim betroffenen Unternehmen, sofern es sich um eine (durch den Kommunikator nachgewiesene) vertrauliche Mitteilung handelt und der Empfänger kumulativ ein berechtigtes Interesse an der Weitergabe der Information hat. Der Sinn und Zweck der Regelung ist in der geringeren Schutzwürdigkeit des betroffenen Mitbewerbers zu sehen, sofern eine wettbewerbsschädliche Verbreitung ausgeschlossen ist und darüber hinaus ein herausragendes Interesse an der Mitteilung bestand. Der Anwendungsbereich ist aus zwei Gründen denkbar gering und spielte in der Rechtsprechungspraxis fast keine Rolle: Zum einen kann ein berechtigtes Interesse an einer unwahren Tatsachenbehauptung im Wettbewerbsrecht nur äußerst selten angenommen werden.¹²⁷⁸ Insbesondere reicht das Absatzinteresse des Kommunikators nicht aus. Ein solches Interesse mag der Mitteilungsempfänger nur haben, wenn etwa von der Leistung des Konkurrenten ernsthafte Gefahren ausgehen,¹²⁷⁹ oder aber wenn ein beauftragtes Werbebüro entgegen der eigenen Angaben nicht nur vom Auftraggeber, sondern auch von Dritten eine Provision bezieht.¹²⁸⁰ Hier sind die Umstände des Einzelfalls entscheidend.

¹²⁷⁰ Vgl. dazu schon oben S. 164 ff.

¹²⁷¹ Ob eine Meinungsäußerung als „richtig“ oder „falsch“ einzustufen ist, hat auf die Erfassung vom Schutzbereich des Art. 5 I GG keine Auswirkung, vgl. BVerfGE 33, 1, 14; 61, 1, 7; 85, 1, 15.

¹²⁷² Vgl. hierzu bereits S. 164 ff.

¹²⁷³ LG Hamburg v. 02.09.2008, 312 O 426/08, juris-Rn. 40.

¹²⁷⁴ LG Erfurt v. 08.05.2007, 1 HK O 28/07, juris-Rn. 39: Behauptung, dass das betroffene Unternehmen nicht mehr existent sei; LG Stade v. 31.07.2008, 80 39/08, juris-Rn. 22 f.: Behauptung, dass die Verfügungsbeklagte ein Tochterunternehmen des Verfügungsklägers sei.

¹²⁷⁵ OLG Düsseldorf, Urteil v. 15.01.2008, I 20 U 134/07 juris-Rn. 31; LG Hamburg, Urteil v. 20.09.2008, 312 O 426/08, juris-Rn.42.

¹²⁷⁶ LG Hamburg, Urteil v. 21.11.2008, 312 O 511/08, juris-Rn. 32 f.

¹²⁷⁷ OLG Hamburg WRP 2007, 443, 445.

¹²⁷⁸ Vgl. LG Düsseldorf, Urteil v. 22.04.2009, 12 O 23/09, juris-Rn. 42.

¹²⁷⁹ Vgl. BGH GRUR 1971, 159, 160 zur Hochseetauglichkeit eines offerierten Motorbootes.

¹²⁸⁰ BGH GRUR 1960, 135, 136 - Druckaufträge.

Zum anderen muss kumulativ die Vertraulichkeit der Mitteilung gegeben sein. Davon geht die Rechtsprechung nur aus, wenn der Mitteilende nach den Einzelfallumständen zu Recht glaubt, dass die Information nicht an Dritte weitergeleitet wird.¹²⁸¹ Dies kann zumindest dann kategorisch ausgeschlossen werden, wenn die Information über die Gefahren des Konkurrenzproduktes aufzuklären imstande ist. Die beiden normativen Begriffe der Vertraulichkeit und des berechtigten Interesses dirigieren zwar die Verantwortung hinsichtlich der Beweislastverteilung in gewissem Umfang an die Einzelfallrechtsprechung, doch haben sich die Handlungsspielräume durch die kumulative Verknüpfung der Voraussetzungen als äußerst geringfügig erwiesen.

Darüber hinaus gilt es zu hinterfragen, ob die unwahre Tatsache abstrakt geeignet ist den Betrieb oder den Kredit des Unternehmens zu schädigen. Dabei ist angesichts der Desinformation über den Konkurrenten nicht von Belang, ob die Aussage sich als pauschal herabsetzend¹²⁸² oder kränkend entpuppt. Dass der unternehmerische Erfolg nach lebensnaher Auslegung gefährdet sein könnte, reicht demzufolge aus. Diese Voraussetzung wird in den meisten Anwendungsfällen des § 4 Nr. 8 UWG gegeben sein, da der Mitbewerber i.d.R. nur ein Kundgabeinteresse an denjenigen unwahren Tatsachenbehauptungen hat, die ihm selbst nützen und der Konkurrenz schaden. So hat die Rechtsprechung die Voraussetzung als gegeben angesehen, wenn der Mitbewerber behauptet, dass das Unternehmen des Antragstellers/ Klägers der Wahrheit zu wider nicht mehr existiere¹²⁸³ oder der Verkauf der vom Mitbewerber offerierten, gebrauchten Software der Genehmigung des Herstellers bedürfe.¹²⁸⁴ Gleiches gilt, wenn behauptet wird, dass das angebotene Kopflausmittel Insektizide oder Gifte¹²⁸⁵ enthalte oder das Unternehmen eine fehlerhafte Leistungsbilanz¹²⁸⁶ aufweise. Ebenso ist es geschäftsschädigend für den klagenden Kunstmesseveranstalter, wenn ein potentieller Aussteller behauptet, er habe ein Angebot zur unentgeltlichen Messeausstellung erhalten.¹²⁸⁷

¹²⁸¹ BGH GRUR 1969, 135, 136 - Druckaufträge.

¹²⁸² BGH GRUR 2002, 633, 635 - Hormonersatztherapie.

¹²⁸³ Vgl. OLG Hamm MMR 2010, 105; LG Erfurt, Urteil v. 08.05.2007, 1 HK O 28/07, juris-Rn. 39.

¹²⁸⁴ LG Düsseldorf, Urteil v. 22.04. 2009, 12 O 23/09, juris-Rn. 37.

¹²⁸⁵ LG Hamburg, Urteil v. 21.11.2008, 312 O 511/08, juris-Rn. 30.

¹²⁸⁶ LG Hamburg, Urteil v. 02.09.2008, 312 O 426/08, juris-Rn. 38.

¹²⁸⁷ OLG Köln, Urteil v. 23.08.2000, 6 U 181/99, juris-Rn. 37.

5. Teil Unternehmensschädigende Äußerungen des Staates: Die Produktwarnung - Ein cursorischer Überblick -

Auch der Staat kann - allerdings in seltenen Fällen - Kommunikator von herabsetzenden Wertungen und Tatsachenbehauptungen über Unternehmen und deren Leistungen sein. Diese Art der Kritik wird im öffentlichen Recht regelmäßig als sog. „Produktwarnung“¹²⁸⁸ bezeichnet. Von einer Produktwarnung ist zu sprechen, wenn eine öffentliche Stelle von der Verwendung eines spezifischen Gutes oder einer Dienstleistung unter Angabe von Gründen und mit Lenkungsabsicht abrät.¹²⁸⁹ So etwa dann, wenn ein Regierungspräsident die Teigwaren eines bestimmten Nudelherstellers als „mikrobiell verdorben“¹²⁹⁰ bezeichnet oder eine Liste von Genussmitteln veröffentlicht, die nach wissenschaftlichen Untersuchungen eine die Gesundheit gefährdende Chemikalie¹²⁹¹ beinhalten. Schon an diesen beiden Beispielen zeigt sich, dass der Schwerpunkt der kritischen, staatlichen Informationstätigkeit mit Wirtschaftsbezug in der Aufklärung über gesundheitsgefährdende Gebrauchsgegenstände¹²⁹², wie Lebens-¹²⁹³ oder Genussmitteln,¹²⁹⁴ liegt.

Ein bedeutsamer Unterschied der Produktwarnung staatlicher Organe zu sonstiger Unternehmenskritik ist grundsätzlich darin zu sehen, dass die Rechtmäßigkeit der Informationstätigkeit durch Behörden, mit der keine privatwirtschaftlichen Geschäftsinteressen verfolgt werden, ausschließlich nach öffentlichem Recht zu beurteilen ist. Dies hat enorme Auswirkung auf die Ausgestaltung der Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen bzw. die Herleitung eines Schadensersatz- oder Unterlassungsanspruchs des Kommunikators.

Hinsichtlich der Notwendigkeit einer Ermächtigungsgrundlage für staatliche Produktkritik ist zunächst von grundlegender Bedeutung, ob die Produktwarnung als Eingriff in die nach Art. 12 GG geschützte Wettbewerbsfreiheit des betroffenen Unternehmens einzustufen ist. In dem Glykol-Beschluss des BVerfG ging das höchste deutsche Gericht davon aus, dass schlicht-hoheitliche Informationstätigkeit des Staates grundsätzlich kein Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit darstelle, solange die staatlichen Angaben inhaltlich zutreffend und sachlich sowie mit angemessener Zurückhaltung formuliert seien.¹²⁹⁵ Denn gegen markterhebliche, wahre aber belastende Informationen könne sich das betroffene Unternehmen durch Werbung und Betonung der Qualität des Produkts wehren.¹²⁹⁶

Der weit überwiegende Teil der Literatur als auch Teile der Rechtsprechung sind der Ansicht, dass auch die schlicht hoheitliche Informationstätigkeit zur Verwirklichung des Gesundheitsschutzes einen Eingriff in Art. 12 GG darstelle, wenn die Beeinträchtigung der unternehmerischen Tätigkeit sichere Nebenfolge der Äußerung

¹²⁸⁸ Von der Produktwarnung abzugrenzende, staatliche Empfehlungen fehlt der herabsetzende Charakter, so dass diese bei der folgenden Darstellung keine Berücksichtigung finden; zur Abgrenzung vgl.

Tremml/Nolte NJW 1997, 2265, 2268 f.

¹²⁸⁹ Eine Legaldefinition der Produktwarnung ist im ProdSG n.F. nicht zu finden; vgl. aber Klindt GPSG § 8 Rn. 138; Kaß WuV 2002, 197, 198; Tremml/ Nolte 1997, 2265, 2266.

¹²⁹⁰ OLG Stuttgart NJW 1990, 2691 ff.

¹²⁹¹ BVerfGE 105, 252 ff. - Glykol.

¹²⁹² HessVGH GewArch 1995, 416f.

¹²⁹³ LG Wiesbaden NJW 2001, 2977 ff.; OLG Stuttgart NJW 1990, 2691ff.; LG Göttingen NVwZ 1992, 98 ff.

¹²⁹⁴ BVerfGE 105, 252 ff. - Glykol.

¹²⁹⁵ BVerfGE 105, 252, 272 - Glykol.

¹²⁹⁶ Vgl. BVerfGE 105, 252, 266 - Glykol.

sei.¹²⁹⁷ Dies sei bei konkretisierenden Produktwarnungen regelmäßig der Fall.¹²⁹⁸ Dem ist angesichts des finalen Charakters der Maßnahme und der nachhaltigen Beeinflussung der Wettbewerbsfähigkeit des betroffenen Unternehmens zuzustimmen. Die daran anknüpfende Diskussion, ob angesichts des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes eine Ermächtigungsgrundlage nötig sei oder aber auf die Zuständigkeitsvorschrift des Art. 65 S. 2 GG zurückgegriffen werden könne, wurde durch den Bundesgesetzgeber mit der Einführung des Produktsicherheitsgesetz (ProdSG) vom 22.07.1997 beendet. Die Nachfolgevorschrift, das Geräte- und Produktsicherheitsgesetz (GPSG) vom 01.04.2004, enthielt in § 8 IV S. 3 GPSG eine gesetzliche Grundlage für herabsetzende, staatliche Produktwarnungen¹²⁹⁹. In der seit dem 01.12.2011 in Kraft getretenden Nachfolgevorschrift zum GPSG, dem neuen Produktsicherheitsgesetz¹³⁰⁰ heißt es in § 26 II Nr. 9 ProdSG n.F.:

"Sie [die jeweils zuständige Marktüberwachungsbehörden] sind insbesondere befugt, anzuordnen, dass die Öffentlichkeit vor den Risiken gewarnt wird, die mit einem auf dem Markt bereitgestellten Produkt verbunden sind; die Marktüberwachungsbehörde kann selbst die Öffentlichkeit warnen, wenn der Wirtschaftsakteur nicht oder nicht rechtzeitig warnt oder eine andere ebenso wirksame Maßnahme nicht oder nicht rechtzeitig trifft."

In § 2 Nr. 18 und Nr. 23 ProdSG n.F. heißt es wörtlich:

"Im Sinne dieses Gesetzes ist Marktüberwachung jede von den zuständigen Behörden durchgeführte Tätigkeit und von ihnen getroffene Maßnahme, durch die sichergestellt werden soll, dass die Produkte mit den Anforderungen dieses Gesetzes übereinstimmen und die Sicherheit und Gesundheit von Personen oder andere im öffentlichen Interesse schützenswerte Bereiche nicht gefährden"

"Im Sinne dieses Gesetzes ist Risiko die Kombination aus der Eintrittswahrscheinlichkeit einer Gefahr und der Schwere des möglichen Schadens"

Somit ergeben sich für die staatliche Produktwarnung grundsätzlich folgende, materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen auf Tatbestandsebene:

Erstens: Es muss durch das Produkt eine Gefahr für die Sicherheit und Gesundheit von Personen oder für andere im öffentlichen Interesse schützenswerte Bereiche vorliegen. Dies ergibt sich, wenn man § 26 II Nr. 9 ProdSG n.F. zusammen mit den Begriffsbestimmungen aus § 2 Nr. 18 und 23 ProdSG n.F. liest.¹³⁰¹ Damit wird

¹²⁹⁷ KäB WuV 2002, 197, 205; Murswiek NVwZ 2003, 1, 5; Di Fabio JZ 1993, 689, 696; MKS GG-Manssen Art. 12 Rn. 82 f.; Haussühl, Produktwarnung, S. 77; HessVGH GewArch 1995, 416; BVerwGE 71, 183, 194 - Transparenzliste.

¹²⁹⁸ HessVGH GewArch 1995, 416: „Diese schlicht-hoheitlichen Maßnahmen wirken nachhaltig auf die Wettbewerbsposition der Ast'in ein und haben somit den Charakter einer Grundrechtsbeeinträchtigung.“; vgl. auch Tremml/Nolte NJW 1997, 2265, 2268; KäB WuV 2002, 197, 205.

¹²⁹⁹ Vgl. Kapoor/Klindt NVwZ 2012, 719 ff.

¹³⁰⁰ Das ProdSG n.F. gilt gem. § 1 III Nr. 3 ProdSG n.F. unter anderem nicht für Lebensmittel. Vergleiche hierzu aber die Regelung in § 40 II LFBG (Information der Öffentlichkeit).

¹³⁰¹ Vgl. auch Tremml/Luber NJW 2013, 262, 265.

verdeutlicht, dass es sich bei der staatlichen Produktwarnung um klassisches Gefahrenabwehrrecht¹³⁰² in Form der Nachmarktkontrolle handelt. Den Bestrebungen einzelner Stimmen in der Literatur, die kritische, wirtschaftsbezogene Informationstätigkeit des Staates im Dienste der allgemeinen Markttransparenz themenunabhängig zuzulassen¹³⁰³ ist damit eine klare Absage erteilt worden.¹³⁰⁴ Dem ist gerade auch aufgrund des einzigartigen Reputationsvorsprungs des Staates und dem damit verbundenen Eingriffspotential in die freien Mächte des Wettbewerbs, zuzustimmen. Überwiegende Teile in Literatur und Praxis gehen ferner davon aus, dass ein konkreter, aber unbeweisbarer Gefahrenverdacht zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals ausreichen kann, sofern auf die verbleibende Unsicherheit hingewiesen wird und der zu befürchtende Schaden besonders hoch ist.¹³⁰⁵ Gefahr im Verzug ist entgegen der alten Rechtslage nach § 8 S. 2 ProdSG a.F. und der teilweisen Ansicht der Rechtsprechung¹³⁰⁶ gemäß dem ProdSG n.F. nicht mehr zwingend erforderlich.

Zweitens: Ein milderer Mittel - insb. die Warnung durch den betroffenen Wirtschaftsakteur selbst - darf nicht bzw. nicht rechtzeitig verfügbar sein. Mit Normierung dieser Voraussetzung in § 26 II Nr. 9 ProdSG n.F. ist der Erforderlichkeitsgrundsatz vertatbestandlicht worden und der Anwendungsbereich für staatliche Produktwarnungen deutlich eingeschränkt. Denn der Wirtschaftsakteur, also der Hersteller, Bevollmächtigte, Einführer oder der Händler eines Produktes (vgl. § 2 Nr. 29 ProdSG n.F.), wird in den meisten Fallkonstellationen bereit sein auf Anordnung der jeweils zuständigen Marktüberwachungsbehörde eine eigenständige Produktwarnung und Rückrufaktion durchzuführen, so dass staatliche Produktwarnungen nur äußerst selten rechtmäßig sein werden. Als mildere Mittel zur Gefahrenabwehr ist daneben an die Untersagungsverfügung aus § 26 II Nr. 6 ProdSG n.F. sowie die Rücknahme- bzw. Rückrufverfügung nach § 26 II Nr. 7 ProdSG n.F. zu denken.

Bei Vorliegen dieser beiden strengen Tatbestandsvoraussetzungen verbleibt der zuständigen Marktüberwachungsbehörde ein gewisser Ermessensspielraum hinsichtlich der Art und Weise der Produktwarnung. Dies ergibt sich aus der Formulierung "kann" in § 26 II Nr. 9 ProdSG n.F. Zahlreiche Amtshaftungsprozesse nach Art. 39 GG i.V.m. § 839 BGB¹³⁰⁷ haben hier zu einer weiteren Konkretisierung der Anforderungen zur inhaltlichen Ausgestaltung der Produktwarnung geführt. So muss der staatlichen Informationstätigkeit eine lückenlose, sachliche Aufklärungsarbeit vorausgehen, um eine denkbar präzise und zutreffende Aussage gewährleisten zu können.¹³⁰⁸ Daneben ist das betroffene Produkt als auch der herstellende Unternehmer genauestens zu benennen um Verwechslungen oder Verknüpfungen mit anderen Unternehmen verhindern zu können.¹³⁰⁹ Auch hat die Behörde den Wissensstand des Durchschnittsrezipienten zu berücksichtigen, der sich mit der chemisch

¹³⁰² Zur alten Rechtslage: Tremml/Nolte 1997, 2265; Kaß WuV 2002, 197; Schieble VuR 2007, 401, 402.

¹³⁰³ Knitsch ZRP 2003, 113, 118.

¹³⁰⁴ Schieble VuR 2007, 401, 405.

¹³⁰⁵ LG Göttingen NVwZ 1992, 98, 99; BVerfGE 105, 252, 272 - Glykol; Schieble VuR 2007, 401, 405; Kaß WuV 2002, 197, 209; Leidinger DÖV 1993, 925, 932; a.A.: Klindt GPGS § 8 Rn. 133.

¹³⁰⁶ HessVGH GewArch 1995, 416, 417.

¹³⁰⁷ OLG Düsseldorf VersR 1994, 96 f.; LG Göttingen NVwZ 1992, 98 f.

¹³⁰⁸ So etwa durch die Verwendung anerkannter wissenschaftlicher Testverfahren wie den „ELISA“ Test zum Nachweis von Rinderproteinen, LG Wiesbaden NJW 2001, 2977, 2979; vgl. auch HessVGH GewArch 1995, 416, 417; LG Göttingen NVwZ 1992, 98, 99; BVerfGE 105, 252, 272 - Glykol; Tremml/ Lubert NJW 2005, 1745, 1746.

¹³⁰⁹ Schieble VuR 2007, 401, 407.

- biologischen Reaktion und Zusammensetzung von etwa Genussmitteln nicht auskennt und daher anfällig für Missverständnisse ist.¹³¹⁰ Ferner ist hinsichtlich der Formulierung und der Darstellungsweise der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten.¹³¹¹ Hier gilt das Sachlichkeitsgebot in ganz besonderem Maße.¹³¹²

Nach diesen Grundsätzen haben sich folgende, staatliche Produktkritiken als rechtmäßig erwiesen: Zunächst stellte sich die Warnung des hessischen Ministeriums für Arbeit und Soziales vor einem bestimmten Typ eines Bauaufzuges mit mangelhafter Kupplung als rechtmäßig heraus, mit der das Ministerium zum Ausdruck brachte, dass, der Hersteller der Bauaufzüge zur Kooperation mit der öffentlichen Hand nicht bereit war.¹³¹³ Ebenso rechtmäßig ist die Pressemitteilung eines Kreisdirektors, dass die „Förster Quellen“ wie wissenschaftlichen Untersuchungen ergaben, in geringen Mengen die krebserregende Chemikalie Dinitrobenzol enthielten.¹³¹⁴ Auch die Veröffentlichung einer Liste von Weinen samt deren Abfüllern, bei denen die Chemikalie Dihylen glykol nachgewiesen wurde, hat sich nach Ausschöpfung des Instanzenzuges als rechtmäßig erwiesen.¹³¹⁵ Ferner ist die zutreffende Pressemitteilung, dass die Teigwaren eines bestimmten Nudelherstellers nach Untersuchung durch eine qualifizierte Forschungseinrichtung als „mikrobiell verdorben“ zu qualifizieren ist, rechtmäßig, sofern die Verunreinigung zwingende Gesundheitsgefahren nach sich zieht und zu erwarten ist, dass der Durchschnittsrezipient die Information inhaltlich zutreffend einordnet.¹³¹⁶

Problematisch erweist sich im Hinblick auf den strengen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz allerdings die staatliche Bewertung der veröffentlichten Tatsachen, sofern Fakten schon zur Deckung des öffentlichen Informationsbedarfs ausreichen. So muss der betroffene Unternehmer, in dessen Fleischwurst zur Zeit des BSE-Skandals im Jahre 2000 trotz gegenteiliger Kennzeichnung ein zwei-prozentiger Anteil an Rindfleisch nachgewiesen wurde, nicht einer „groben Verbrauchertäuschung“¹³¹⁷ bezichtigt werden. Die Veröffentlichung des Testergebnisses zusammen mit der Benennung des Produkts unter der Kennzeichnung „Geänderte Rezeptur - Ausschließlich Schweinefleisch“¹³¹⁸ hätte das Informationsbedürfnis der Verbraucher ebenso befriedigt. Das zusätzliche Werturteil war daher in Ansehung der Gefahr der ungleich hohen Reputationsschädigung des Fleischwarenherstellers unverhältnismäßig.¹³¹⁹ Denn ein Zugewinn an neuen Informationen für den Verbraucher wurde damit nicht erreicht.

Nach Auswertung der bisherigen Rechtsprechung zu staatlichen Produktwarnungen ergeben sich somit im Vergleich zum zivilrechtlichen Schutz vor unternehmensschädigender Kritik deutliche Wertungsdifferenzen. Die Anforderungen an Produktwarnungen des Staates sind durch Eingrenzung der zulässigen Themenbereiche,

¹³¹⁰ So in OLG Stuttgart NJW 1990, 2690, 2692: „[...] konnte ein erheblicher Teil der Verbraucherschaft den Begriff „mikrobiell verdorben“ durchaus dahin verstehen, daß der Verzehr derart verdorbener Teigwaren zu einer Gesundheitsschädigung führen kann.“

¹³¹¹ Vgl. Tremml/Luber NJW 2013, 262, 265.

¹³¹² Tremml/Luber NJW 2005, 1745, 1748; Schieble VuR 2007, 401, 407.

¹³¹³ HessVGH GewArch 1995, 416 f.

¹³¹⁴ LG Göttingen NVwZ 1992, 98.

¹³¹⁵ Vgl. dazu BVerwGE 87, 37 ff.; BVerfGE 105, 252 ff. - Glykol.

¹³¹⁶ Anders dagegen im Fall des OLG Stuttgart NJW 1990, 2690, 2692 ff.

¹³¹⁷ LG Wiesbaden NJW 2001, 2977, 2979.

¹³¹⁸ LG Wiesbaden NJW 2001, 2977, 2978.

¹³¹⁹ A.A.: LG Wiesbaden NJW 2001, 2977, 2979.

sowie die Geltung des strengen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hinsichtlich des „Ob“ als auch des „Wie“ deutlich strikter. Insbesondere auch aufgrund der milderer Alternativen - etwa einer Untersagungsverfügung durch die Marktüberwachungsbehörde oder einer eigenen Warnung der Öffentlichkeit durch den Wirtschaftsakteur - wird die Produktwarnung des Staates als „ultima ratio“ verstanden.¹³²⁰ Dementsprechend selten wird von dieser Art staatlicher Informationstätigkeit in der Praxis Gebrauch gemacht.¹³²¹ Im Wettbewerbsrecht, in dem bei der Prüfung von Unternehmenskritik präziser zwischen Werturteilen und Tatsachenbehauptungen differenziert wird, ist ein vergleichsweise hohes Schutzniveau im Zuge der europäischen Liberalisierungsbestrebungen (zumindest teilweise) aufgegeben worden. Nach der alten Zulässigkeitsformel im Lauterkeitsrecht, nach der ein sachliches Informationsinteresse, hinreichender Anlass als auch der Erforderlichkeitsgrundsatz zur Zulässigkeit der Bezugnahme einzuhalten war,¹³²² wurden ebenfalls Anforderungen an den Anlass der Stellungnahme, die Sachlichkeit als auch das mildeste Mittel gestellt. Unter Heranziehung dieser Kriterien war die Produktkritik ebenfalls nur in Ausnahmefällen zulässig.¹³²³ Diese Kriterien sind aber insbesondere wegen der nunmehr grundsätzlichen Zulässigkeit vergleichender Werbung nach § 6 UWG als auch dem liberalisierten Verständnis vom Horizont des Durchschnittsverbrauchers weitestgehend¹³²⁴ aufgegeben worden. Der deliktsrechtliche Unternehmensschutz vor Kritik Dritter ist seit dem Lüth-Urteil des Bundesverfassungsgerichts in Ansehung der Meinungsfreiheit und der Bedeutung der Marktaufklärung ohnehin auf ein Minimum reduziert. Das gilt für Werturteile¹³²⁵ und wahre Tatsachenbehauptungen¹³²⁶ in gleichem Maße.

Demzufolge sehen Rechtsprechung und Gesetzgebung die wertende und wahre Kritik durch den Staat im Vergleich zu ähnlichen Äußerungen durch Private als intensiveren Unternehmenseingriff an. Übereinstimmende Grundsätze sind dagegen festzustellen, soweit sich die kommunizierte Tatsache als unwahr herausstellt. Hier gewährleisten § 824 BGB, § 4 Nr. 8 UWG sowie § 839 BGB i.V.m. Art. 39 GG¹³²⁷ dem Unternehmen unabhängig von der Identität des Kommunikators effektiven Schutz durch (normierte) Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche.

Fraglich ist, ob diese strengen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für die öffentliche Hand in einer Gesamtbeurteilung mit den Grundsätzen im Delikts- und Wettbewerbsrecht als juristisch angemessen anzusehen sind. Dabei kann vorweggenommen werden, dass eine alternative, liberalere Ausgestaltung der Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen zur staatlichen Produktkritik wohl ausgeschlossen sein dürfte.¹³²⁸ Denn die öffentliche Hand

¹³²⁰ Klindt GPSG § 8 Rn. 132; Wagner BB 1997, 2489, 2494; Kaß WuV 2002, 197, 209; Tremml/Luber NJW 2013, 262, 263.

¹³²¹ Klindt GPSG § 8 Rn. 132.

¹³²² BGH NJW-RR 1990, 1184, 1185; BGH GRUR 1962, 45, 48 - Betonzusatzmittel; BGH GRUR 1968, 262, 265 - Fälschung; OLG München WRP 1971, 280; OLG Koblenz ZIP 1987, 1413, 1415.

¹³²³ Vgl. dazu oben S. 153 ff.

¹³²⁴ Zur fehlerhaften Verwendung der Kriterien auch heute noch im Rahmen von wahren herabsetzenden Tatsachenbehauptungen im Wettbewerbsverhältnis vgl. S. 191 ff.

¹³²⁵ Vgl. S. 105 ff.

¹³²⁶ Vgl. hierzu S. 139 ff.

¹³²⁷ Zweifelsfrei stellt es eine Amtspflichtverletzung im Rahmen eines Amtshaftungsanspruchs dar, wenn die weitergegebenen Informationen nicht zutreffend sind; vgl. Streinz Lebensmittelrecht HdB-Schnall Rn. 207.

¹³²⁸ Insbesondere dann, wenn die Produktwarnung i.d.R. als Eingriff in die Berufsfreiheit einzustufen ist.

ist via Art. 1 III GG auch bei schlicht-hoheitlichen Tätigkeiten unmittelbar an die Grundrechte sowie das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 III GG und damit an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden.¹³²⁹ Zusätzlich zwingt das staatliche Sachlichkeitsgebot¹³³⁰ zur zurückhaltenden Darstellungsweise. Auch kann sich der Staat nicht selbst auf die Grundrechte, wie etwa die Meinungsfreiheit berufen.¹³³¹ Gerade wegen des einzigartigen Reputationsvorsprungs des Staates lassen sich diese strengen Rechtmäßigkeitskriterien aber auch im Vergleich zu den liberaleren Anforderungen im Wettbewerbs- und Deliktsrecht nachvollziehen:

Im Zivilrecht ist der Grad des Unternehmensschutzes vor kritischen Äußerungen maßgeblich davon abhängig, inwieweit die Tatsachenbehauptung/das Werturteil dem Durchschnittsrezipienten als ein Beitrag zum selbstverantwortlichen Meinungsbildungsprozess dient. Kann der Verbraucher die Verbindlichkeit der Aussage realistisch einschätzen, so ist ein nur moderater Unternehmensschutz - wie beispielhaft im Deliktsrecht - reduziert auf böswillige Schmähkritik angebracht. Ganz anders ist es aber, soweit beim Rezipienten die Reflektion der Kritik ausbleibt, weil er die Information ohne Zwischenschritt als für sich verbindlich erachtet. Dann ist die Gefahr für die Unternehmensreputation besonders hoch. Dies ist bei staatlichen Produktwarnungen gleich aus mehreren Gründen der Fall:

Zum einen gibt es keinen Kommunikator, der ein höheres Ansehen als der Staat genießt. Denn der Staat wird gerade bei Informationstätigkeit als verlässliche, neutrale Obrigkeit wahrgenommen, da er bei der Wissensermittlung über Ressourcen verfügt, die die Möglichkeiten der Bürger bei weitem übersteigen.¹³³² Darüber hinaus zwingen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Sachlichkeitsgebot den Staat die Warnung auf die Vermittlung von Tatsachenbehauptungen zu begrenzen. Hier neigt der Rezipient ohnehin schnell zur unreflektierten Adaption.¹³³³ Ferner ist die Formulierung in Form einer Warnung von der bezugnehmenden Werbung, Produktempfehlung bei Warentests oder aber unternehmensbezogenen Presseartikeln zu unterscheiden. Denn die Warnung zielt nicht nur auf die Beeinflussung der Meinungsbildung ab, sondern soll den Meinungsbildungsprozess letztlich vollständig ersetzen.¹³³⁴ Somit ist die staatliche Produktwarnung als der denkbar gefährlichste, äußerungsrechtliche Eingriff in die Unternehmenssphäre¹³³⁵ anzusehen. Vollkommen zu Recht werden daher in diesem Zusammenhang die vergleichsweise strengsten Rechtmäßigkeitsanforderungen gestellt.

¹³²⁹ Vgl. dazu OLG Düsseldorf VersR 1994, 96, 97: „Daraus folgt, daß jeden Amtsträger die Pflicht trifft, Eingriffe von hoheitlicher Hand in die Rechtsphäre von Privatpersonen in den Grenzen des zur Erreichung des erzielten Ziels unumgänglich Notwendigen zu halten und den Betroffenen nicht darüberhinaus zu benachteiligen.“

¹³³⁰ BVerfGE 57, 1, 8; 105, 252, 272 - Glykol; Streinz, Lebensmittelrecht HdB-Schall Rn. 207.

¹³³¹ Vgl. zum Konfusionsargument BVerfGE 61, 82, 101; 68, 193, 206; 75, 192, 196.

¹³³² Tremml/Nolte NJW 1997, 2265 f.; Ossenbühl ZHR (1991) 329, 342; BVerwGE 87, 37, 50 f.; vgl. auch Klindt GPSG § 8 Rn. 132; vgl. auch die Rechtsprechung zu § 824 BGB (OLG Dresden NJW 2004, 1181, 1183; OLG Karlsruhe NJW-RR 1993, 732, 733) und die herabgesetzten Anforderungen an die mediale Prüfungspflicht bei staatlichen Informationsquellen.

¹³³³ Vgl. dazu schon S. 25 ff.

¹³³⁴ “[...] sie lässt dem Adressaten faktisch keine vernünftige Handlungsalternative.” So Tremml/Luber NJW 2005, 1745, 1746; vgl. auch Murswiek NVwZ 2003, 1, 7; Ohler ZLR 2002, 631, 633; Haussühl, Produktwarnung, S. 21.

¹³³⁵ Vgl. Schieble VuR 2007, 401, 406; Knitsch ZRP 2003, 113, 116: „[...] bis zur Existenzgefährdung“.

6. Teil Zusammenfassung und Fazit

Der äußerungsrechtliche Unternehmensschutz vor herabsetzenden Werturteilen und (un-)wahren Tatsachenbehauptungen im Delikts- und Wettbewerbsrecht lässt sich im Wesentlichen nach zwei Abgrenzungskriterien systematisch darstellen:

Die erste Abgrenzung zwischen (unwahren) Tatsachenbehauptungen und Werturteilen führt von einem durch den Gesetzgeber weitestgehend klar strukturierten Regelungsgegenstand zu einem durch die Rechtsprechung dominierten Abwägungsergebnis der kollidierenden Rechtsgüter im Einzelfall. Die zweite Abgrenzung betrifft das Vorliegen einer Wettbewerbshandlung gemäß § 2 I Nr. 3 UWG und führt im Fall der Bejahung der Voraussetzungen in das für den Kommunikator strengere Sonderdeliktsrecht gemäß §§ 6 II Nr. 5; 4 Nr. 7 u. 8 UWG.

In Anerkennung dieser Grobstruktur des äußerungsrechtlichen Unternehmensschutzes gewährleistet der Gesetzgeber für die Art der Kritik, die dem Unternehmen und seiner Marktreputation am gefährlichsten werden kann, den effektivsten Rechtsschutz: unwahre Tatsachenbehauptungen. Die Behauptung und Verbreitung unwahrer Tatsachen erweckt beim Rezipienten den Anschein von Sachlichkeit und Objektivität. Die Tendenz der Zuhörer, die Kritik zu adaptieren, ist hoch.¹³³⁶ Die öffentliche Stellungnahme des betroffenen Unternehmens nötigt zum Beweis des Gegenteils. Mit einer klaren Konzeption hat der Gesetzgeber sich daher mit § 824 BGB und § 4 Nr. 8 UWG zugunsten des betroffenen Unternehmens für die Bereitstellung eines Unterlassungs- bzw. Schadensersatzanspruch entschieden. Unter Berücksichtigung der Aufgabe der Medien zur Marktaufklärung und Informationsbeschaffung kann zumindest im Deliktsrecht der Schadensersatzanspruch im Falle der Erfüllung individueller Sorgfalts- und Recherchepflichten nach § 824 II BGB entfallen.¹³³⁷ Diese Art der Auslegung des „berechtigten Interesses“ nach § 824 II BGB ist bereits mehrfach durch das Bundesverfassungsgericht bestätigt worden.¹³³⁸ Eine vergleichbare Ausnahmeregelung kennt das UWG nicht. Dem Mitbewerber fehlt es hierzu am schützenswerten Interesse.

Einen ähnlich intensiven Unternehmensschutz gewährleistet der Gesetzgeber im Bereich der staatlichen Produktkritik. Hier richten sich die Rechtmäßigkeitsanforderungen ausschließlich nach öffentlichem Recht, so dass das Sachlichkeitsgebot, der Gesetzesvorbehalt, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als auch die Berufsfreiheit nach Art. 12 I GG unmittelbar gelten. In Anbetracht des denkbar größten Vertrauensvorsprungs staatlicher Publikationen aus der Sicht des Rezipienten kann die Produktwarnung im Interesse des Unternehmensschutzes daher nur ultima ratio zum Schutz wichtigster Rechtsgüter sein.¹³³⁹

Als weniger einschneidende Form der Kritik ist das herabsetzende Werturteil über Unternehmen und deren Leistungsportfolio durch Dritte oder Mitbewerber anzusehen. Im Gegensatz zur Tatsachenbehauptung erfolgt

¹³³⁶ Siehe dazu bereits S. 25 ff.

¹³³⁷ Vgl. dazu bereits S. 145 ff.

¹³³⁸ BVerfG AfP 2004, 47, 48; BVerfG NJW-RR 2000, 1209, 1210.

¹³³⁹ Vgl. Tremml/Luber NJW 2013, 262, 265: "die den Warnungen eigene unkontrollierbare Breitenwirkung in der Öffentlichkeit." Siehe hierzu schon S. 198 ff.

vor der Adaption von (negativen) Werturteilen zumeist ein zwischengeschalteter Reflektionsprozess des Rezipienten, bei dem dieser selbst entscheidet, ob er die höchst subjektive Einschätzung des Kommunikators (teilweise) teilt oder aber verwirft.¹³⁴⁰ Die Adaption der Kritik hängt davon ab, ob die Aussage im Hinblick auf ihre Schlüssigkeit, Tatsachenuntermauerung und Präsentation am durch Art. 5 I GG gewährleisteten freien Markt der Meinungen bestehen kann. Die Konzeption des Gesetzgebers, der nur die vorsätzliche Schädigung durch kritische Werturteile Dritter im Rahmen von § 826 BGB als Anknüpfungspunkt zivilrechtlicher Ansprüche sah, ist äußerst liberal und äußerungsfreundlich.¹³⁴¹ Nichtsdestotrotz hat die Rechtsprechung einen Unternehmensschutz vor kritisch, herabsetzenden Werturteilen Dritter aus dem Recht am Unternehmen nach § 823 I BGB weiterentwickelt. Unter Anerkennung der Drittwirkungsintensität der Meinungsfreiheit im Lüth-Urteil des Bundesverfassungsgerichts legte man sich dabei auf einen restriktiven Unternehmensschutz fest, der einen Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch ausschließlich im Fall von Schmähkritik vorsieht. Denn jenseits der Diffamierung ohne Begründungsansatz besteht an der kritischen Stellungnahme Dritter ein überwiegendes, öffentliches Interesse mit dem Ziel der Marktaufklärung und Markttransparenz. Das trifft insbesondere auf die Medien zu, deren Informationstätigkeit nach der Auffassung des Bundesverfassungsgericht als „öffentliche Aufgabe“ einzustufen ist (vgl. Art. 5 I S. 2 GG).¹³⁴²

Der Ehrschutz des Gewerbebetriebs wird dadurch gewährleistet, dass das Unternehmen selbst am Markt der Meinungen partizipiert¹³⁴³ und auf die vernünftige geistige Auseinandersetzung der wertenden Stellungnahmen durch den Rezipienten vertrauen darf. Wer sich freiwillig in die Öffentlichkeit begibt, seine Produkte bewirbt und Gewinn in der freien Marktwirtschaft erzielen möchte, dem ist dies zumutbar.¹³⁴⁴ Lediglich in Konstellationen, in denen der selbstständige Reflektionsprozess des Rezipienten zu versagen droht, ist eine Anhebung des Schutzniveaus für den Unternehmensruf nach § 823 I BGB tunlich. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn Warentester bei ihrer kritischen Kommunikation angesichts des wissenschaftlichen Ansatzes, Sachlichkeit und Wahrnehmung in der Öffentlichkeit einen Vertrauensvorsprung genießen. Hier sind zusätzliche Anforderungen an den Ablauf des jeweiligen Produkt- und Dienstleistungstestverfahrens zu stellen.¹³⁴⁵ Damit haben es Gesetzgebung, das Bundesverfassungsgericht als auch die Zivilrechtsprechung in Kooperation geschafft ein durch viele gegenläufige Rechtsgüter geprägtes und wegen des Drittwirkungseinflusses der Grundrechte normatives Rechtsinstitut überzeugend zu systematisieren.¹³⁴⁶ Die frühzeitige Stellungnahme des Bundesverfassungsgerichts zur Durchführung des Abwägungsprozesses unter Berücksichtigung der Meinungsfreiheit, mag maßgeblich dazu beigetragen haben.¹³⁴⁷ Konträre Einzelfallentscheidungen der Instanz-

¹³⁴⁰ Vgl. dazu im Wesentlichen S. 105 ff.

¹³⁴¹ Vgl. die Ausführungen bei S. 87 ff.

¹³⁴² Siehe hierzu S. 57 ff.

¹³⁴³ Sehr veranschaulichend im Bezug auf ein Hotelbewertungsportal im Internet: Urteil des OLG Hamburg vom 18.01.2012, 5U 51/11, juris-Rn.73: „Hierbei wird von dem Senat auch berücksichtigt, dass die Klägerin unstreitig nicht schutzlos gestellt ist gegenüber objektiv negativen bzw. von ihr als negativ empfundenen Bewertungen. Vielmehr steht es ihr offen, auf der Plattform der Beklagten ihren Hotelbetrieb über einen sog. „Hotelzugang“ darzustellen und zu einzelnen Bewertungen ihre Sicht der Dinge darzustellen.“

¹³⁴⁴ Vgl. BGHZ 36, 77, 83 - Waffenhändler.

¹³⁴⁵ Vgl. hierzu S. 132 ff.

¹³⁴⁶ Auch wenn eine präzise Differenzierung zwischen der Meinungs- Medien- oder aber der Kunstfreiheit aus Art. 5 I und III GG nicht stattfindet; vgl. S. 122 ff. und S. 128 ff.

¹³⁴⁷ BVerfGE 7, 198 ff. - Lüth

gerichte oder aber die Entwicklung des Unternehmenspersönlichkeitsrechts schärfen den Blick auf die an sich klare Konzeption des äußerungsrechtlichen Unternehmensschutzes im Deliktsrecht, die durch das Höllenfeuer-Urteil des BGH vom 21.06.1966 begründet wurde.

Der im Lauterkeitsrecht gewährleistete Schutz vor unternehmensschädigenden Werturteilen durch Mitbewerber ist dagegen vergleichsweise extensiv ausgestaltet. Schon der Gesetzgeber hat mit der Schaffung der kleinen Generalklauseln nach §§ 6 II Nr. 5; 4 Nr. 7 UWG verdeutlicht, dass die kritische Kommunikation über Mitbewerber ihre Grenze in der Herabsetzung und Verunglimpfung findet. Die richterliche Auslegung dieser normativen Tatbestandsmerkmale führt zu einem mit der Rechtslage im Deliktsrecht vergleichbaren Abwägungsprozess der gegenläufigen Rechtsgüter im Einzelfall. Konkret subsumiert wird unter einer Formel, nach der eine unlautere Äußerung vorliegt, wenn die Aussage sich als unangemessen abfällig, abwertend oder unsachlich erweist.¹³⁴⁸ Damit geht der Schutz des Unternehmens im Lauterkeitsrecht weit über die Grenzen der Schmähkritik hinaus. Dies hängt maßgeblich damit zusammen, dass das originäre Vorstellungsbild des Leistungswettbewerbs nur in begrenztem Maße die (kritische) Auseinandersetzung mit der Konkurrenz vorsieht (vgl. § 6 UWG). Marktaufklärung und Kritik soll primär durch die Verbraucher und Medien betrieben werden. Trotz unterschiedlichster Liberalisierungsbestrebungen im Wettbewerbsrecht bleibt dieser Grundgedanke zum Teil sehr tief in den Köpfen der juristischen Entscheidungsträger verankert. Welche Äußerungen dabei jenseits der Schmähkritik als unlauter zu gelten haben, ist in erster Linie von der subjektiven Einschätzung der zuständigen Zivilrichter abhängig. Denn die zuvor angeführte Formel ist weitestgehend unbestimmt. Darüber hinaus führen vielschichtige Entwicklungsprozesse im Lauterkeitsrecht zu weiteren Unsicherheiten rund um die Auslegung des Wortes „Herabsetzung“ aus §§ 6 II Nr. 5; 4 Nr. 7 UWG. So etwa die Reform des Lauterkeitsrechts unter Einführung der grundsätzlichen Zulässigkeit vergleichender Werbung, die Weiterentwicklung des Verbraucherleitbildes oder das höchstrichterliche Zugeständnis, dass auch im Lauterkeitsrecht eine hohe Drittwirkungsintensität der Kommunikationsfreiheit aus Art. 5 I GG zu beachten ist.¹³⁴⁹ Darüber hinaus führt die Erkenntnis, dass Ironie zugunsten der Kommunikators im Abwägungsprozess Berücksichtigung finden kann, zu weiteren Einordnungsproblemen.¹³⁵⁰

Nach alledem ist die Formel der Rechtsprechung „unangemessen abfällig, abwertend oder unsachlich“ abzulehnen und ein restriktiver Unternehmensschutz vor kritischen Werturteilen durch Mitbewerber anzuraten und damit eine Angleichung an die Rechtslage im deliktsrechtlichen Äußerungsschutz vorzunehmen. Dies ist neben dem Argument der Rechtsunsicherheit mit der Drittwirkungsintensität der Meinungsfreiheit des Mitbewerbers zu begründen. Die Äußerungsintention des wirtschaftlichen Fortkommens darf kein Ansatzpunkt für eine geringere Gewichtung im verfassungsrechtlichen Abwägungsprozess sein.¹³⁵¹ Zusätzlich ist das betroffene Unternehmen im Hinblick auf die wertende Kritik durch Mitbewerber auch nicht schutzwürdiger als bei Herabsetzungen durch Dritte. Denn dem Durchschnittsrezipienten als Schadensmittler ist zuzutrauen, dass er die Intention des Kommunikators, die eigene Wirtschaftsleistung zu stärken, erkennt und im Reflektionsprozess

¹³⁴⁸ BGH GRUR 1999, 501, 503 - Vergleichen Sie; BGH, GRUR 2002, 72, 73 - Preisgegenüberstellung im Schaufenster; OLG Frankfurt GRUR-RR 2005, 137, 138.

¹³⁴⁹ Vgl. dazu insbesondere S. 183 ff.

¹³⁵⁰ Siehe dazu schon S. 170 ff.

neben der Frage der Tatsachenuntermauerung, Schlüssigkeit und Art der Präsentation der Kritik mitberücksichtigt. Ein Anzeichen dafür, dass der Staat hier durch zivilrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche korrigierenden Einfluss nehmen müsste um das Unternehmensimage zu schützen, liegt mangels Vertrauensvorsprung des Mitbewerbers nicht vor. Denn eher noch als bei objektiven Dritten wird der Rezipient an der Glaubwürdigkeit des kritischen Werturteils eines Mitbewerbers zweifeln. Es gilt demnach der Grundsatz, dass der juristische Äußerungsschutz dort zurückzutreten hat, wo der Meinungsmarkt aufgrund der Eigenständigkeit und Aufgeklärtheit der Teilnehmer zu einem vernünftigen Umgang mit Kritik imstande ist.

Die unzureichende Berücksichtigung der Drittwirkungsintensität der Meinungsfreiheit¹³⁵² des Konkurrenten mag auch damit zusammenhängen, dass das Bundesverfassungsgericht bis dato lediglich im Pharmakartell-Beschluss vom 12.07.2007 Gelegenheit hatte, grundlegende Vorgaben für die Berücksichtigung der Kommunikationsgrundrechte im Rahmen der §§ 4 Nr. 7 und 6 II Nr. 5 UWG zu machen. Es sei darauf hingewiesen, dass die Beachtung der Drittwirkungsintensität der Grundrechte durch die Instanzgerichte im äußerungsrechtlichen Unternehmensschutz maßgeblich von den tatsächlich gemachten Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts abhängt. Dieses fungiert bei den zivilrechtlichen Einbruchstellen der Grundrechte - hier das unbestimmte Tatbestandsmerkmal der „Herabsetzung“ und „Verunglimpfung“ - als Quasi-Rechtsetzungsinstanz, wenn es im Rahmen einer Urteilsverfassungsbeschwerde Stellung beziehen konnte (vgl. § 31 BVerfGG). Dies ist im Lauterkeitsrecht bis dato nur ausnahmsweise der Fall gewesen. Hier sind Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts nur fragmentarischer Natur. Auch der Pharmakartell-Beschluss ist angesichts der verfahrensgegenständlichen Äußerung mit Bezug auf die Heilmittelindustrie und deren überragenden Bedeutung nicht verallgemeinerungsfähig.

Ebenso ist der Drittwirkung der Kommunikationsfreiheit vorrangig Beachtung zu schenken, wenn es um die juristische Begutachtung von kritischen, wahren Tatsachenbehauptungen geht. Hierbei greift die Rechtsprechung mangels spezieller Tatbestände im Deliktsrecht auf das Rahmenrecht des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs zurück. Im Wettbewerbsrecht wird vorrangig unter § 4 Nr. 7 UWG subsumiert, da auch die Äußerung einer wahren Tatsachenbehauptung eine „Herabsetzung“ im Sinne des Tatbestandes sein kann. Hier muss das maßgebliche Argument für einen denkbar restriktiven Rechtsschutz sein, dass die Marktteilnehmer auf Fakten über Unternehmensleistungen zur Entwicklung einer eigenen Meinung maßgeblich angewiesen sind. Daher fördert die Markttransparenz nichts mehr als der unternehmensbezogene, zutreffende Fakt. Restriktionen, die an einem Erforderlichkeitsgebot anknüpfen oder den Grad der Prangerwirkung messen wollen, sind daher nach wettbewerbsrechtlicher als auch deliktsrechtlicher Betrachtungsweise im Hinblick auf Art. 5 I GG und den Marktaufklärungsgedanken als verfehlt anzusehen.¹³⁵³ Denn diese strikten Voraussetzungen gelten selbst für herabsetzende Werturteile nicht, die ihrerseits unmittelbar auf Anknüpfungstatsachen Bezug nehmen. Sinnvoll erscheint es in diesem Zusammenhang vielmehr die Zulässigkeit wahrer, kritischer Tatsachenbehauptungen durch den Mitbewerber von dem Bezug der Aussage zur Unternehmensleistung abhängig zu machen. Denn die herabsetzende, wahre Tatsachenbehauptung über etwa das Privatleben unternehmensnaher Personen

¹³⁵¹ Vgl. S. 186 ff.

¹³⁵² Demzufolge kann es auch nicht verwundern, dass hier keine ausreichende Differenzierung zwischen Art. 5 I GG und Art. 5 III GG vorgenommen wird; vgl. S. 177 ff.

¹³⁵³ Vgl. hierzu S. 191 ff. und S. 139 ff.

entfernt sich zu sehr von dem Ursprungsgedanken der Schaffung von Markttransparenz. Darüber hinaus ist das äußerungsrechtliche Schutzniveau bei der Betroffenheit von Privatpersonen intensiver, insbesondere wenn nicht die dem Unternehmen immanente Öffentlichkeitsphäre tangiert ist.

Literaturverzeichnis

- Adomeit, Klaus*, Wahrnehmung berechtigter Interessen und Notwehrrecht, JZ 1970, 495 ff.
- Ahrens, Hans-Jürgen*, Die Benetton-Rechtsprechung des BVerfG und die UWG-Fachgerichtsbarkeit, JZ 2004, 763 ff.
- Arndt, Adolf*, Umwelt und Recht, NJW 1964, 1310 ff.
- Arndt, Adolf*, Umwelt und Recht, NJW 1966, 25 ff.
- Aronson, Elliot, Wilson, Timothy*, Sozialpsychologie, 6. Auflage, München 2010
- Augsberg, Ino, Viellechner, Lars*, Die Drittwirkung der Grundrechte als Aufbauproblem, JuS 2008, 406 ff.
- Azzola, Axel*, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Loseblattsammlung, 3. Auflage, Neuwied 1989 (zit.: AK GG-Bearbeiter)
- Badura, Peter*, Staatsrecht, 5. Auflage, München 2012
- Badura, Peter*, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 4. Auflage, Tübingen 2011
- Bamberger, Heinz Georg (Hrsg.)*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: 1. §§ 1 - 610, CISG. 3. Auflage, München 2012 (zit.: Ba/Ro BGB-Bearbeiter)
- Bamberger, Heinz Georg (Hrsg.)*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: §§ 611 - 1296, AGG, ErbbauVO, WEG, 3. Auflage, München 2012 (zit.: Ba/Ro BGB-Bearbeiter)
- Baumbach, Adolf*, Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 1. Auflage, München 1929
- Beater, Axel*, Generalklauseln und Fallgruppen, AcP 194, 82 ff.
- Beater, Axel*, Unlauterer Wettbewerb, 1. Auflage, München 2002
- Becker, Bernhard von*, Rechtsfragen der Satire, GRUR 2004, 908 ff.
- Becker, Bernhard von*, Werbung Kunst Wirklichkeit, GRUR 2001, 1101 ff.
- Benda, Ernst; Hesse, Konrad*, Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Auflage, Berlin 1994
- Berkemann, Jörg*, Das Bundesverfassungsgericht und „seine“ Fachgerichtsbarkeiten auf der Suche nach Funktion und Methodik, DVBl. 1996, 1028 ff.
- Bertling, Lutz, Streinz, Rudolf*, Lebensmittelrechts-Handbuch, Loseblattsammlung, München, Stand: 29.2009
- Bierwirth, Andreas*, Die Führung der Unternehmensmarke, 1. Auflage, Frankfurt am Main 2003
- Blankenagel, Alexander*, Wissenschaftsfreiheit aus der Sicht der Wissenschaftssoziologie, AöR 105, 35 ff.
- Bleckmann, Albert*, Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte, DVBl. 1988, 938 ff.
- Bockenförde, Ernst-Wolfgang*, Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 29, 1 ff.
- Boecken, Tobias Heinrich*, Die Haftung der Stiftung Warentest für Schäden der Verbraucher aufgrund irreführender Testinformationen, 1. Auflage, Berlin 1998

- Boesche, Katharina Vera*, Wettbewerbsrecht, 4. Auflage, Heidelberg 2011
- Böhm, Franz*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1. Auflage, Baden-Baden, 2010 (Nachdruck v.1933)
- Böhmeke, Falk R.* Wie dumm darf der Verbraucher sein? 1. Auflage, Hamburg, 2005
- Bofinger, Otto*, Der vergleichende Warentest als Meinungsäußerung im Sinne des Art 5 GG, NJW 1965, 1833 ff.
- Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Kahl, Wolfgang (u.a.), 171. Aktualisierung, Heidelberg, Februar 2015 (zit. BK GG-Bearbeiter)
- Borck, Hans-Günther*, Die Rücksicht auf den Mitbewerber als rechtliche Schranke informativer Werbung, WRP 1986, 365 ff.
- Born, Christian*, Gen-Milch und Goodwill - Äußerungsrechtlicher Schutz durch das Unternehmenspersönlichkeitsrecht, AfP 2005, 110 ff.
- Born, Christian*, Zur Zulässigkeit einer humorvollen Markenparodie, GRUR 2006, 192 ff.
- Borrmann, Axel (u.a.)*, Soziale Marktwirtschaft, 1. Auflage, Hamburg 1990
- Brandmeyer, Klaus*, Interview in: manager magazin, Ausgabe 2/04, S. 55 f.
- Brinkmann, Tomas*, Gewerbekritik zwischen freier Meinungsäußerung und Warentest, NJW 1987, 2721 ff.
- Brinkmann, Werner*, Die wettbewerbs- und deliktsrechtliche Bedeutung des Ranges in Warentests- und Produktvergleichen, BB 1983, 91 ff.
- Brinkmann, Werner*, Der äußerungsrechtliche Unternehmensschutz in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, GRUR 1988, 516 ff.
- Brüggemeier, Gert*, Deliktrechtliche Grenzen der Fernsehberichterstattung unter Herausstellung einzelner Gewerbebetriebe, JZ 1987, 415 f.
- Brünnecke, Alexander von*, Die Freiheit der Wissenschaft und Forschung, JA 1989, 165 ff.
- Bullinger, Martin*, Genetische Belastung der „öffentlichen Aufgabe“ der Presse, AfP 1995, 645 ff.
- Bund, Elmar*, Das Äußerungsrisiko des Wissenschaftlers, Festschrift Caemmerer, 1. Auflage, Tübingen 1978, S. 313 ff.
- Bunte, Hermann-Josef*, Die Beurteilung von Lockvogel- und Sonderangeboten nach § 1 UWG, GRUR 1981, 397 ff.
- Burhenne, Lothar*, Vergleichende Reklame, NJW 1951, 249 ff.
- Bussmann, Kurt*, Der Warentest, GRUR Ausl 1964, 196 ff.
- Buscher, Jens Michael*, Neuere Entwicklung der straf- und ehrenschutzrechtlichen Schranken der Meinungsfreiheit und der Kunstfreiheit, NVwZ 1997, 1057 ff.
- Buß, Eugen; Fink-Heuberger, Ulrike*, Image-Management, 1. Auflage, Frankfurt am Main 2000
- Bydlinski, Franz*, Hauptpositionen zum Richterrecht, JZ 1985, 149 ff.
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184, 201 ff.

- Cremer, Wolfram*, Freiheitsgrundrechte: Funktionen und Strukturen, 1. Auflage, Tübingen 2004
- Damm, Renate, Rehbock, Klaus*, Widerruf, Unterlassung und Schadensersatz in den Medien, 3. Auflage, München 2008
- Dauser, Manfred*, Informationen der Verbraucher in der Rechtsprechung des EUGH, RIW 1998, 750 ff.
- Degenhart, Christoph*, Meinungs- und Medienfreiheit in Wirtschaft und Wettbewerb, Festschrift Lukes, 1. Auflage, Köln 1989, S. 287 ff.
- Dilly, Torsten; Ulmar, Susanne*, Vergleichende Werbung ohne Vergleich?, WRP 2005, 467 ff.
- Dilly, Torsten*, Das Irreführungsverbot des Art. 3a der Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung, 1. Auflage, Baden-Baden 2001
- Di Fabio, Udo*, Grundrechte im präzeptoralen Staat am Beispiel hoheitlicher Informationstätigkeit, JZ 1993, 689 ff.
- Ditges, Florian, Höbel, Peter, Hoffmann, Thorsten*, Krisenkommunikation, 1. Auflage, Konstanz 2008
- Doepner, Ulf*, Verbraucherleitbilder zur Auslegung des wettbewerbsrechtlichen Irreführungsverbots, WRP 1997, 999 ff.
- Dolderer, Michael*, Objektive Grundrechtsgehalte, 1. Auflage, Berlin 2000
- Döhle, Patrizia; Werres, Thoma,;* Image Profile 2008 in: manager magazin; Ausgabe 02/ 2008
- Dörre, Tanja, Kochmann, Kai*, Zivilrechtlicher Schutz gegen negative ebay-Bewertungen, ZUM 2007, 30 ff.
- Dreier, Horst (Hrsg.)*, Grundgesetz, Band 1: Artikel 1-19, 3. Auflage, Tübingen 2013 (zit.: *Dreier GG-Bearbeiter*)
- Droste, Helmut*, Warentest in Zukunft, GRUR 1965, 219 ff.
- Duden, deutsches Universalwörterbuch, *Kunkel Razum, Kathrin*, 7. Auflage 2011
- Dürig, Günter*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, Festschrift Nawiasky, S. 157 ff. 1. Auflage 1956
- Eberle, Carl Eugen*, Medien, Mittler zwischen Bürger, Gesellschaft und Staat, Festschrift Schweizer, S. 123 ff. 1. Auflage, Baden-Baden 1999
- Eck, Matthias, Ikas, Klaus*, Neue Grenzen vergleichender Werbung, WRP 1999, 251 ff.
- Eicke, Ulrich*, Meinungsfreiheit für die Werbung, WRP 1988, 645 ff.
- Eidenmüller, Horst*, Der unliebsame Kritiker - Theaterkritik und Schmähkritik, NJW 1991, 1439 ff.
- Ekey, Friedrich (u.a.)*; Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2004
- Ekey, Friedrich L.* Grundriss des Wettbewerbs- und Kartellrechts, 2. Auflage, Heidelberg 2008
- Emmerich, Volker*, Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung, Festschrift Gernhuber, S. 857 ff., 1. Auflage, Tübingen, 1993,
- Emmerich, Volker*, Unlauterer Wettbewerb, 9. Auflage, München 2012
- Enneccerus, Ludwig (Hrsg.)*, Recht der Schuldverhältnisse, 14. Auflage, Tübingen 1954

- Enneccerus, Ludwig (Hrsg.)*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 15. Auflage, Tübingen 1959
- Epping, Volker; Hillgruber, Christian*, Beck'scher Onlinekommentar zum Grundgesetz, 23. Edition, München 2014
- Epping, Volker*, Grundrechte, 6. Auflage, Heidelberg 2015
- Erichsen, Hans-Uwe*, Die Drittwirkung der Grundrechte, Jura 1996, 527 ff.
- Erman, Walter (Begr.)*, *Westermann, Harm Peter (Hrsg.)*, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2 Bände, 14. Auflage, Köln 2014 (zit.: Erman BGB-Bearbeiter)
- Esch, Franz-Rudolf (Hrsg.)*, Moderne Markenführung, 4. Auflage, Wiesbaden 2005
- Faller, Hans Joachim*, Die öffentliche Aufgabe von Presse und Rundfunk, AfP 1981, 430 ff.
- Faßbender, Kurt*, Der grundrechtliche Schutz der Werbefreiheit in Deutschland und Europa, GRUR Int. 2006, 965 ff.
- Fechner, Frank; Popp, Susanne*, Informationsinteresse der Allgemeinheit, AfP 2006, 213 ff.
- Fechner, Frank*, Medienrecht, 16. Auflage, Tübingen 2015
- Fezer, Karl-Heinz (Hrsg.)*, Lauterkeitsrecht, 2 Bände, 2. Auflage, München 2010 (zit.: Fezer UWG-Bearbeiter)
- Fikentscher, Wolfgang*, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 1. Auflage, München, 1958
- Findeisen, Michael*, *Hoepner, Barbara*, *Zünkler, Martina*, Der strafrechtliche Ehrenschatz - ein Instrument zur Kriminalisierung politischer Meinungsäußerungen, ZRP 1991, 245 ff.
- Fischer, Thomas*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 61. Auflage, München 2014
- Forkel, Hans*, Das Bundesverfassungsgericht, das Zitieren und die Meinungsfreiheit, JZ 1994, 637 ff.
- Friauf, Karl Heinrich*, *Höfling, Wolfram*, Meinungsgrundrechte und Verfolgung von wirtschaftliche Belangen, AfP 1985, 249 ff.
- Frisch, Stefan*, Zur geschäftsschädigenden Kritik, Anmerkung zu BVerfG, 2004-07-28, 1 BvR 2566/95, EWiR 2005, 255 f.
- Frotscher, Werner*, Wirtschaftsverfassung- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 6. Auflage, München 2013
- Fuchs, Maximilian*, Pauker, Werner, Delikts- und Schadensersatzrecht, 8. Auflage, Berlin 2012
- Gallwas, Hans-Ullrich*, Der Mißbrauch von Grundrechten, 1. Auflage, Berlin 1967
- Gamillscheg, Franz*, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 164, 385 ff.
- Gamm, Otto Friedrich v.*, Wettbewerbsrecht, Bd. 1: Grundlagen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, Internationales Wettbewerbsrecht, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb - unter Einschluss kartellrechtlicher Aspekte, 5. Auflage, Köln, 1987
- Geppert, Klaus*, Repetitorium Strafrecht, Straftaten gegen die Ehre, Jura 1983, 530 ff.
- Gloy, Wolfgang*, *Bruhn, Dirk*, Die Zulässigkeit von Preisvergleichen nach der Richtlinie 97/55/EG - Kehrtwende oder Kontinuität? GRUR 1998, 226 ff.
- Götting, Horst-Peter*, Wettbewerbsrecht, 1. Auflage, München 2005

- Gostomyk, Tobias*, Äußerungsrechtliche Grenzen des Unternehmenspersönlichkeitsrechts - Die Genmilch-Entscheidung des BGH, NJW 2008, 2082 ff.
- Gounalakis, Georgios*, Freiräume und Grenzen politischer Karikatur und Satire, NJW 1995, 809 ff.
- Gounalakis, Georgios*, Funktionsauftrag und anstaltliches Selbstverwaltungsrecht, AfP 2003, 395 ff.
- Grigoleit, Klaus Joachim; Kersten, Jens*, Grundrechtlicher Schutz und grundrechtliche Schranken kommerzieller Kommunikation, DVBl. 1996, 596 ff.
- Grimm, Dieter*, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1995, 1697 ff.
- Gronau, Angelika*, Das Persönlichkeitsrecht von Personen der Zeitgeschichte und die Medienfreiheit, 1. Auflage, Baden-Baden 2002
- Groß, Peter*, Zum presserechtlichen Informationsanspruch, DÖV 1997, 133 ff.
- Grosser, Dieter*, Soziale Marktwirtschaft, 2. Auflage, Stuttgart 1990
- Guckelberger, Annette*, Die Drittwirkung der Grundrechte, JuS 2003, 1151 ff.
- Hager, Johannes*, Schutz der Handelsgesellschaft gegen die Analyse ihrer Jahresabschlüsse im Lichte der Grundrechte, ZHR 158, 675 ff.
- Hager, Johannes*, Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, 373 ff.
- Hart, Dieter*, Warentest, Preisvergleich und Testwerbung, WRP 1986, 515 ff.
- Harte-Bavendamm, Henning; Ahrens, Hans-Jürgen (Hrsg.)*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Auflage, München 2013, (zit.: Harte/Henning UWG-Bearbeiter)
- Hartwig, Helmut Andreas*, Gerüchte in der Unternehmenskommunikation, 1. Auflage, München 2007
- Hausstühl, Tilmann*, Die Produktwarnung im System des öffentlichen Rechts, 1. Auflage, Neuried 1999
- Hawran, Reinhard*, Öffentliche Gewerbekritik durch Verbraucher, 1. Auflage, Marburg 1982
- Hedemann, Justus Wilhelm*, Flucht in die Generalklauseln, 1. Auflage, München 1933
- Hefermehl, Wolfgang*, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 11. Auflage, München 1974
- Hefermehl, Wolfgang*, Wettbewerbsrecht, 18. Auflage, München 1995
- Hefermehl, Wolfgang*, Grenzen des Lauterkeitsrechts, GRUR Int. 1983, 507 ff.
- Hefermehl, Wolfgang*, Der Warentest in rechtlicher Hinsicht, GRUR 1962, 611 ff.
- Helle, Ernst*, Der Schutz der Persönlichkeit, der Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht, 2. Auflage, Tübingen 1969
- Henning-Bodewig, Frauke*, Vergleichende Werbung - Liberalisierung des deutschen Rechts? GRUR Int. 1999, 385 ff.
- Herberger, Maximilian (Hrsg.)*, Praxiskommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht Teil 3 §§ 631-853, 5. Auflage, Saarbrücken 2010 (zit.: jurisPK BGB-Bearbeiter)
- Herbst, Dieter*, Praxishandbuch Unternehmenskommunikation, 1. Auflage, Berlin 2003

Hermes, Georg, Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage ? - Das BVerfG zu Schutzpflicht und mittelbarer Drittwirkung der Berufsfreiheit, NJW 1990, 1764 ff.

Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, Heidelberg 1999

Hillgruber, Christian, Schemmer, Franz, Darf Satire wirklich alles? JZ 1992, 946 ff.

Hinz, Hans-Werner, Fortschreibung der Gemeinsamen Erklärung zur Sicherung des Leistungswettbewerbs, WRP 1984, 653 ff.

Hirte, Heribert, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 08.02.1994, VI ZR 286/93, EWiR 1994, 469f.

Huber, Kurt, Image, 2. Auflage, Landsberg/Lech 1990

Huber, Ernst Rudolf, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Auflage, Tübingen 1953

Hubmann, Heinrich, Das Recht am Unternehmen, ZHR 117, S. 41ff.

Husmann, J.H. Die Beleidigung und die Kontrolle des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung, MDR 1988, 727 ff.

Ignor, Alexander, Der Straftatbestand der Beleidigung, 1. Auflage, Baden-Baden 1995

Ingerl, Reinhard, Ronke, Christian, Markengesetz, 3. Auflage, München 2010

Ipsen, Jörn, Staatsrecht II - Grundrechte, 17. Auflage, München 2014

Isensee, Josef; Kirchhof, Paul, Handbuch des Staatsrecht, Band I – XII, 3. Auflage, München 2003 - 2014

Isensee, Josef, Kunstfreiheit im Streit mit Persönlichkeitsschutz, AfP 1993, 619 ff.

Jacobs, Rainer (Hrsg.), UWG Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Nebengesetzen, 1. Auflage, München 2006, (zit.: GK UWG-Bearbeiter)

Jahns, Wolf-Jürgen, Die Rechtfertigung der Verletzung von Persönlichkeitsrechten in der Presse, Köln 1968

Janal, Ruth, Profilbildende Maßnahmen: Möglichkeiten der Unterbindung virtueller Mund-zu-Mund-Propaganda, NJW 2006, 810 ff.

Jarass, Hans; Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 13. Auflage, München 2014 (zit.: Jarass/Pieroth GG-Bearbeiter)

Jarass, Hans D. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989, 857 ff.

Jarass, Hans D. Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektive Prinzipien in der Rechtsprechung des BVerfG, AöR 110, 363 ff.

Jarass, Hans D. Rundfunkbegriffe im Zeitalter des Internets, AfP 1998, 133 ff.

Jarass, Hans D. Die freien Berufe zwischen Standesrecht und Kommunikationsfreiheit, NJW 1982, 1833 ff.

Journig, Othmar, Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Auflage, München 2011

Jellinek, Georg, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Auflage, Tübingen 1905

Kantzenbach, Erhard, Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Auflage, Göttingen 1967

Kapferer, Jean-Noel, Gerüchte, 1. Auflage 1996

- Kapoor, Arun; Klindt, Thomas*, Das neue deutsche Produktsicherheitsgesetz (ProdSG), NVwZ 2012, 719 ff.
- Kaß, Robert*, Die Warnung als verwaltungsrechtliche Handlungsform, WuV 2002, 197 ff.
- Kastner, Klaus*, Die Crux der Kritik - in der Literatur, auf der Bühne und in der Musik, NJW 1995, 822 ff.
- Kau, Wolfgang*, Vom Persönlichkeitsschutz zum Funktionsschutz, 1. Auflage, Heidelberg 1989
- Keilholz, Kurt*, Die misslungene Harmonisierung des Verbots der irreführenden Werbung in der EG und ihre Konsequenzen für die deutsche Rechtsprechung, GRUR Int. 1987, 390 -394.
- Kenntner, Markus*, Vom Hüter der Verfassung zum Pannenhelfer der Nation? DÖV 2005, 269 ff.
- Kiesel, Manfred*, Die Liquidierung des Ehrenschatzes durch das BVerfG, NVwZ 1992, 1129 ff.
- Kissler, Marcel*, Die Vernichtung des Gegners als Zweck des Wettbewerbs, WRP 1978, 78 ff.
- Kleine, H.* Anmerkung zum Urteil des BGH v. 26.10.1951, I ZR 8/51, JZ 1952, 229 ff.
- Klette, Manfred*, Freier Warenverkehr und unlauterer Wettbewerb, NJW 1985, 1260 f.
- Kleine-Cosack, Michael*, Vom Werbeverbot zum Werberecht des Arztes, NJW 2003, 868 ff.
- Klindt, Thomas*, Geräte- und Produktsicherheitsgesetz, 2.Auflage, München 2007
- Klippel, Diethelm*, Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz von Verbänden, JZ 1988, 625 ff.
- Kloepfer, Michael, Michael, Gerhard*, Vergleichende Werbung und Verfassung, GRUR 1991, 170 ff.
- Knies, Wolfgang*, Auf dem Weg in den „verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat“?, Festschrift Stern, 1. Auflage, München 1997, S. 1155 ff.
- Knitsch, Peter*, Die Rolle des Staates im Rahmen der Produktinformation, ZRP 2003, 113 ff.
- Koch, Karl-Heinz*, Wettbewerbsrecht und Binnenmarkt, WRP 1989, 553 ff.
- Köhler, Helmut; Bornkamm Joachim*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 33. Auflage, München 2015
- Köhler, Helmut*, „Gib mal Zeitung“ oder „Scherz und Ernst in der Jurisprudenz“ von heute, WRP 2010, 571 ff.
- Köller, Karsten von*, Meinungsfreiheit und unternehmensschädigende Äußerung, 1. Auflage, Berlin 1971
- Kötz, Hein, Wagner, Gerhard*, Deliktsrecht, 12. Auflage, München 2013
- Koos, Stefan*, Vergleichende Werbung und die Fesseln der Harmonisierung, WRP 2005, 1096 ff.
- Koppe, Christine, Zagouras, Georgios*, Haftung für Produktkritik, GRUR 2005, 1011 ff.
- Koreng, Ansgar*, Das „Unternehmenspersönlichkeitsrecht“ als Element des gewerblichen Reputationsschutzes, GRUR 2010, 1065 ff.
- Kriete, Martin*, Gesetzestreue und Gerechtigkeit in der richterlichen Rechtsfindung, DRiZ 1984, 226 ff.
- Kriete, Martin*, Ehrenschatz und Meinungsfreiheit, NJW 1994, 1897 ff.
- Kübler, Friedrich*, Wirtschaftsordnung und Meinungsfreiheit, 1. Auflage, Tübingen 1966
- Kübler, Friedrich; Assmann, Heinz-Dieter*, Testhaftung und Testwerbung, ZHR 142, 413 ff.

Kübler, Friedrich, Öffentliche Kritik an gewerblichen Erzeugnissen und beruflichen Leistungen, AcP 172, 177 ff.

Kübler, Friedrich, Der Referentenentwurf für ein neues Schadensersatzrecht und die civilistische Haftung der Presse, JZ 1968, 542 ff.

Kunig, Philip, Die Pressefreiheit, Jura 1995, 589 ff.

Kunig, Philip, Der Grundsatz informationeller Selbstbestimmung, Jura 1993, 595 ff.

Lachmann, Jens-Peter, Werbung einer Testzeitschrift mit dem Merkmal "anzeigenfrei", BB 1976, 245 ff.

Lachmann, Jens Peter, Anmerkung zum Urteil des OLG Düsseldorf v. 25.06. 1981, 2 U 23/81, BB 1982, 65 ff.

Lackner, Karl; Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch, 28. Auflage, München 2014

Larenz, Karl, Canaris, Claus Wilhelm, Lehrbuch des Schuldrechts 2 - Besonderer Teil -, 12. Auflage, München 1981

Laubinger, Hans-Werner, Der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch, VerwArch 1989, 2616 ff.

Laufke, Franz, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, Festschrift für Lehmann, Band 1, 1. Auflage 1956

Lehmle, Lutz, Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 1. Auflage 2006

Leibholz, Gerhard; Rinck, Hans-Justus, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Loseblattsammlung, 66. Lieferung, Stand: Oktober 2014 (zit.: Leibholz/Rinck GG-Bearbeiter)

Leidinger, Tobias, Hoheitliche Warnungen, Empfehlungen und Hinweise im Spektrum staatlichen Informationshandelns, DÖV 1993, 925 ff.

Leo, Hans-Christoph, Das Verbot der vergleichenden Werbung, WRP 1960, 293 ff.

Lerche, Peter, Werbung und Verfassung, 1. Auflage, München 1965

Leßmann, Herbert, Persönlichkeitsschutz juristischer Personen, AcP 170, 266 ff.

Lettl, Tobias, Das neue UWG, 1. Auflage, München 2004

Limbach, Jutta, 50 Jahre Pressefreiheit, AfP 1999, 413 ff.

Lindacher, Walter F. Kritisierende vergleichende Werbung, Festschrift Brandtner, 1. Auflage, Köln 1996, S. 399 ff.

Lindner, Josef Franz, Zur grundrechtsdogmatischen Struktur der Wettbewerbsfreiheit, DÖV 2003, 185 ff.

Loeb, Michael, Werbung als Finanzierungsquelle des öffentlichen Rundfunks, ZUM 2004, 290 ff.

Löffler, Martin, Presserecht, 5. Auflage, München 2006 (zit.: Löffler PressR-Bearbeiter)

Loschelders, Michael; Gloy, Wolfgang, Erdmann, Willi (Hrsg.) Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Auflage, München 2010, (zit.: Gloy Wettbewerbsrecht-Bearbeiter)

Looock, Alexandra, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht der öffentlichen Personen in den Medien, 1. Auflage, Hannover 2005

Machatschke, Michael, Unternehmensprofile 2004 in: manager magazin; Ausgabe 2/04

- Machatschke, Michael*, Image Profile 2006 in: manager magazin; Ausgabe 02/2006
- Mackeprang, Rudolf* Ehreenschutz im Verfassungsstaat, 1. Auflage, Berlin 1990
- Mallmann, Walter*, Pressepflichten und öffentliche Aufgabe der Presse, JZ 1966, 625 ff.
- Mangoldt, Hermann von; Klein, Friedrich; Starck, Christian*, Das Bonner Grundgesetz, Band 1: Präambel, Artikel 1-19, 5. Auflage, München 2005 (zit.: MKS GG-Bearbeiter)
- Marcic, Rene*, Vom Gesetzstaat zum Richterstaat, 1. Auflage, Wien 1957
- Mathy, Klaus, Wendt, Detlef*, Der Westfälische Frieden und die Pressekritik, AfP 1982, 144 ff.
- Maunz, Theodor*, Staatsziele in der Verfassung von Bund und Ländern, BayVBl. 1989, 545 ff.
- Maunz, Theodor, Dürig, Günter (Hrsg.)*, Grundgesetz, Loseblattsammlung, München Stand: 72. Ergänzungslieferung 2014 (zit.: Maunz/Dürig GG-Bearbeiter)
- Maurach, Reinhardt (Begr.)*, Strafrecht. Bd. Besond, 1. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte. - 10. Auflage, München 2009 (zit.: Maurach/Schroeder/Maiwald StGB-Bearbeiter)
- Meffert, Heribert*, Marketing- Grundlagen marktorientierter Unternehmensführung, 9. Auflage, Wiesbaden 2000
- Menke, Burkhardt*, Recht und Ökonomie der kritisierenden, vergleichenden Werbung, 1. Auflage, Frankfurt a.M. 1994
- Menke, Burkhardt*, Die vergleichende Werbung in Deutschland nach der Richtlinie 97/55/EG und der BGH-Entscheidung „Testpreis-Angebot“, WRP 1998, 811 ff.
- Merz, Andreas*, Vorfeldthese, 1. Auflage, Baden-Baden, 1988
- Messer, Herbert*, Der unvollständige Testbericht, GRUR 1996, 647 ff.
- Mestmäcker, Ernst- Joachim*, Der verwaltete Wettbewerb, 1. Auflage, Tübingen 1984
- Mettang, Uwe*, Die kritische werbliche Bezugnahme auf fremde Waren und Dienstleistungen, 1. Auflage, Tübingen 1989
- Michael, Lothar, Morlok, Martin*, Grundrechte, 4. Auflage, Baden-Baden 2014
- Mooser, Ekkehart*, Die neue Rechtsprechung zur vergleichenden Werbung, NJW 1987, 1789 ff.
- Mottram, S.*, Branding the Corporation, in: Brands: The New Wealth Creators, Hart, S./Murphy J. (Hrsg.) 1. Auflage 1998, S. 64.
- Münch, Ingo von, Mager, Ute*, Staatsrecht II, Grundrechte, 6. Auflage, Heidelberg 2014
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, *Säcker, Franz-Jürgen; Rixecker, Roland (Hrsg.)*, 11 Bände, 6. Auflage, München 2012 (zit.: MK BGB-Bearbeiter)
- Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, *Heermann, Peter W. (Hrsg.)*, 2 Bände, 2. Auflage, München 2014 (zit.: MK UWG-Bearbeiter)
- Münchener Kommentar StGB, *Joecks, Wolfgang (Hrsg.)*, Band 4 : §§ 185- 262 StGB; 2. Auflage, München 2012

- Mugdan, Benno (Hrsg.)*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich , 5 Bände, 1. Auflage, Stockstadt am Main, 1899
- Murswiek, Dietrich*, Das Bundesverfassungsgericht und die Dogmatik mittelbarer Grundrechte, NVwZ 2003, 1 ff.
- Neumann, Franz; Nipperdey, Hans Carl, Scheuner, Ulrich*, Die Grundrechte, Band 2, 1. Auflage, Köln 1954
- Neumann, Franz; Nipperdey, Hans Carl, Scheuner, Ulrich*, Die Grundrechte, Band 2, 2. Auflage, Köln 1968
- Neumann-Duesberg*, Rechtsgültigkeit der Heilmittel-Werbeverordnung, JR 1954, 82 ff.
- Nipperdey, Hans*, Boykott und freie Meinungsäußerung, DVBl. 1958, 445 ff.
- Nordemann, Wilhelm*, Der verständige Durchschnittsgewerbetreibende- Zum Begriff der "guten Sitten" in § 1 UWG, GRUR 1975, 625 ff.
- Nordmann, Matthias Johannes*, Neuere Entwicklung im Recht der vergleichenden Werbung, GRUR Int. 2002, 297 f.
- Nordemann, Bernd* u.a. Marken- und Wettbewerbsrecht, 11. Auflage, Baden-Baden 2011
- Oeter, Stefan*, „Drittwirkung“ der Grundrechte und die Autonomie der Privatrechts, AöR 119, 529 ff.
- Ohler, Christoph*, Zur Verfassungsmäßigkeit staatlicher Produktinformation, ZLR 2002, 631 ff.
- Ohly, Ansgar, Sosnitza, Olaf* Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 6. Auflage, München 2014 (zit.: Ohly/Sosnitza UWG-Bearbeiter)
- Ohly, Ansgar*, Richterrecht und Generalklausel im Recht des unlauteren Wettbewerbs, 1. Auflage, Köln 1997
- Ohly, Ansgar*, Generalklausel und Richterrecht, AcP 201, 1 ff.
- Ohly, Ansgar, Spence, Michael*, Vergleichende Werbung: Die Auslegung der Richtlinie 97/55/EG in Deutschland und Großbritannien, GRUR Int. 1999, 681 ff.
- Ohly, Ansgar*, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 1.10.2009, I ZR 134/07, GRUR 2010, 166 f.
- Olten, Rainer*, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, 1. Auflage, München 1995
- Ossenbühl, Fritz*, Medien zwischen Macht und Recht, JZ 1995, 633 ff.
- Ossenbühl, Fritz*, Zur Staatshaftung bei behördlichen Warnungen vor Lebensmitteln, ZHR 1991, 329 ff.
- Ossenbühl, Fritz*, Die Freiheit des Unternehmers nach dem Grundgesetz, AöR 115, 1 ff.
- Palandt (Hrsg.)*, Bürgerliches Gesetzbuch, 73. Auflage, München 2014
- Papier, Hans-Jürgen*, Unternehmen und Unternehmer in der verfassungsrechtlichen Ordnung der Wirtschaft, VVDStRL 35, 55 ff.
- Peifer, Karl, Nikolaus*, Individualität im Zivilrecht, 1. Auflage 2001
- Peters, Butz*, Die publizistische Sorgfalt, NJW 1997, 1334 ff.
- Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard; Kingreen, Thorsten; Poscher, Ralf*, Staatsrecht II, Grundrechte, 30. Auflage, München 2014 (zit.: Pieroth/Schlink, Staatsrecht II)

Pietzcker, Jost, Drittwirkung- Schutzpflichten- Eingriff, Festschrift Dürig, 1. Auflage, München 1990, S. 345 ff.

Plankert, Nicole, Marktführerschaft und vergleichende Werbung, 1. Auflage 2008

Plaß, Gunde, Die EG-Richtlinie Vergleichende Werbung, WRP 1999, 766 ff.

Plassmann, Clemens, Vergleichende Werbung im Gemeinsamen Markt - Die geplante EG-Richtlinie über vergleichende Werbung und ihre Auswirkungen auf das deutsche Wettbewerbsrecht – GRUR 1996, 377 ff.

Posse, Dietrich, Über das Wesen und Aufgabe der Presse, 1. Auflage, Tübingen 1971

Prinz, Matthias, Peters, Butz, Medienrecht, 1. Auflage, München 1999

Prütting, Hanns, Wegen, Gerhard, Weinreich, Gerd (Hrsg.), BGB-Kommentar, 9. Auflage, Köln 2014 (zit.: PWW BGB-Bearbeiter)

Quante, Frank, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht juristischer Personen, 1. Auflage, Frankfurt a.M. 1999

Raffée, Hans (Hrsg.), Warentest und Unternehmen, 1. Auflage, Frankfurt a.M. 1984

Reichold, Hermann, Lauterkeitsrecht als Sonderdeliktrecht, AcP 193, 204 ff.

Reineke, Wolfgang, Krisenmanagement, 1. Auflage, Essen 1997

Rehbock, Klaus; Schmidt, Anette, Absolutes und Relatives zur Person der Zeitgeschichte, Festschrift Schweizer, S. 139 ff. 1. Auflage, Baden-Baden, 1999

Rhode, Lars, Publizistische Sorgfalt und redaktionelle Rechtspflichten, 1. Auflage, München 2004

Ricker, Reinhart, Weberling, Johannes, Handbuch des Presserechts, 6. Auflage, München 2012 (zit.: Ricker/Weberling HdB PressR-Bearbeiter)

Ricker, Reinhardt, Rechte und Pflichten der Medien unter Berücksichtigung des Rechtsschutzes des Einzelnen, NJW 1990, 2097 ff.

Ricker, Reinhard, Unternehmensschutz und Pressefreiheit, 1. Auflage, Heidelberg 1989

Ridder, Helmut, Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz, 1. Auflage, Berlin 1963

Römermann, Volker, Günther, Tim, Der Werbevergleich - Humorvoll! Sarkastisch! Zulässig? BB 2010, 137 ff.

Rohnke, Christian, Wie weit reicht „Dimple“?, GRUR 1991, 284 ff.

Rühl, Ullrich, Tatsachenbehauptungen und Wertungen, AfP 2000, 17 ff.

Ruffert, Matthias, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 1. Auflage, Tübingen 2001

Ruess, Peter, Werbung zwischen Meinung, Markt und Menschenwürde, WRP 2002, 1376 ff.

Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Auflage, München 2014

Sack, Rolf, § 1 UWG und Wirtschaftspolitik, WRP 1974, 247 ff.

Sack, Rolf, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 22.05.1986, ZR 11/85, GRUR 1987, 51 ff.

Sack, Rolf, Vergleichende Werbung nach der UWG Novelle, WRP 2001, 327 ff.

Sack, Rolf, Die relevante Irreführung im Wettbewerbsrecht, WRP 2004, 521 ff.

Sack, Rolf, Die Bedeutung der EG-Richtlinien 84/450/EWG und 97/55/EG über irreführende und vergleichende Werbung für das deutsche Wettbewerbsrecht, GRUR Int. 1998, 263 ff.

Savigny, Friedrich Carl von, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1. Auflage 1814

Schaub, Renate, Äußerungsfreiheit und Haftung, JZ 2007, 548 ff.

Scheuner, Ulrich (u.a.) Pressefreiheit - Staatsaufsicht in Verwaltung und Wirtschaft-, VVDStRL 22 (1965) S. 1 ff.

Schieble, Christoph, Öffentliche Warnungen vor unsicheren Verbraucherprodukten - Behördliche Befugnisse und Haftungsrecht, VuR 2007, 401 ff.

Schmidt-Bleibtreu, Bruno; Klein, Franz (Begr.), Kommentar zum Grundgesetz, 13. Auflage, Köln 2014

Schmidt-Topphoff, Alfons, Das Recht der Außenwerbung, 1. Auflage, München 1965

Schmitt Glaeser, Walter, Meinungsfreiheit und Ehrenschaft, JZ 1983, 95 ff.

Schmitt Glaeser, Walter, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 113, 52 ff.

Schneider, Frank, Corporate Identity-orientierte Unternehmenspolitik, 1. Auflage, Heidelberg 1991

Schneider, Franz, Pressefreiheit und politische Öffentlichkeit, 1. Auflage, München 1966

Schneider, Franz, Presse- und Meinungsfreiheit nach dem Grundgesetz, 1. Auflage, München 1962

Schneider, Franz, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 15.01.1963, Az.: 1 StR 478/62, NJW 1963, 667 f.

Schneider, Hand-Peter, Artikel 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, VVDStRL 43, 7 ff.

Schönke, Adolf; Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, 28. Auflage, München 2010

Schricker, Gerhard, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 9.12.1975, VI ZR 157/73 "Warentest II, GRUR 1976, 274 f.

Schricker, Gerhard, Die Angleichung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs an den gemeinsamen Markt, WRP 1977, 1 ff.

Schricker, Gerhard, Hundert Jahre Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – Licht und Schatten, WRP 1996, 473 ff.

Schricker, Gerhardt; Henning-Bodewig, Frauke, Elemente einer Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der Europäischen Union, WRP 2001, 1367 ff.

Scholz, Rupert, Medienfreiheit und Publikumsfreiheit, Festschrift Martin Löffler, S. 355 ff, 1. Auflage, München 1980

Schulze-Fielitz, Helmuth, Das Lüth-Urteil – nach 50 Jahren, Jura 2008, 52 ff.

Schwetzer, Angelika, Persönlichkeitsschutz durch Presseselbstkontrolle, 1. Auflage, Berlin 2004

Seemann, Jan, Behördliche Produktinformation im europäischen und deutschen Lebensmittelrecht 1. Auflage, Baden-Baden 2008

Sendler, Horst, Kann man Liberalität übertreiben? ZRP 1994, 343 ff.

Seyfarth, Georg, Der Einfluss des Verfassungsrechts auf zivilrechtliche Ehrenschriftklagen, NJW 1999, 1287 ff.

Siekmann, Helmut, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 08.02.1994, VI ZR 286/93, ZiP 1994, 651 f.

Simon, Hermann, Goodwill und Marketingstrategie, 1. Auflage, Wiesbaden 1985

Smend, Rudolf, Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 2. Auflage 1968

Soehring, Jörg, Hoene, Verena, Presserecht, 5. Auflage, Stuttgart 2013

Soehring, Jörg, Seelmann-Eggebert, Sebastian, Die Entwicklung des Presse- und Äußerungsrechts in den Jahren 2000 bis 2004, NJW 2005, 571 ff.

Soergel, Hs. Th (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Schuldrecht, §§ 823-853, ProdHG, UmweltHG, 13. Auflage, Stuttgart 2005

Soergel, Hs. Th (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Allgemeiner Teil 1, Band 1, §§ 1 – 103, 13. Auflage, Stuttgart 2000

Spengler, Albrecht; Völp, Formut, Vergleichende Werbung - Ein Streitgespräch, WRP 1965, 121 ff.

Starck, Christian, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte, JZ 1996, 1033 ff.

Staudinger, Julius von (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 823- 825 BGB, 11. Auflage, München 1975

Staudinger, Julius von (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, Un-erlaubte Handlungen 1.-Teilband, 12. Auflage, München 2009

Steffen, Erich, Wahrheit und Wertung in der Pressekritik II, AfP 1979, 284 f.

Steinbeck, Anja, Übertriebenes Anlocken, psychischer Kaufzwang etc. ... gibt es sie noch? GRUR 2005, 540 ff.

Steinmeyer, Hans Dietrich, Bürgerinitiativen und Umweltschutz, JZ 1989, 781 ff.

Stern, Klaus (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 3: Grundlagen und Geschichte, nationaler und internationaler Grundrechtskonstitutionalismus, juristische Bedeutung der Grundrechte, Grundrechtsberechtigte, Grundrechtsverpflichtete, 1. Auflage, München 1988

Stern, Klaus (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 4.1: Die einzelnen Grundrechte, Der Schutz und die freiheitliche Entfaltung des Individuums, 1. Auflage, München 2006

Stern, Klaus (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 4.2: Die einzelnen Grundrechte, Die Freiheit der politischen Betätigung, Kultur, Schule und Bildung, Kunst und Wissenschaft, Religion, Kirchen, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften, Gleichheitssätze, Rechtsschutz und Staatshaftung, 1. Auflage, München 2011

Stern, Klaus, Probleme der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das Privatrecht, Festschrift Wiedemann, 1. Auflage, München 2002, S. 133 ff.

Stürner, Rolf, Die verlorene Ehre des Bundesbürgers - Bessere Spielregeln für die öffentliche Meinungsbildung? JZ 1994, 865 ff.

Tettinger, Peter J. Der Schutz der persönlichen Ehre im freien Meinungskampf, JZ 1993, 317 ff.

Thieme, Werner, Über die Wahrheitspflicht der Presse, DÖV 1980, 149 ff.

Tilmann, Winfried, Die Mindestirreführungsquote im Wettbewerbsrecht und im Gesundheitsrecht - 2. Teil, GRUR 1989, 301 ff.

Tilmann, Winfried, Vergleichende Werbung, Systemvergleich, Alleinstellungswerbung, GRUR Int. 1983, 598 ff.

Tilmann, Winfried, Haftungsbegrenzung im Äußerungsdeliktsrecht, NJW 1975, 758 ff.

Tilmann, Winfried, Richtlinie vergleichende Werbung, GRUR 1997, 790 ff.

Tremml, Bernd, Nolte, Steffen, Amtshaftung wegen behördlicher Warnungen und nach dem Produktsicherheitsgesetz, NJW 1997, 2265 ff.

Tremml, Bernd, Lubert, Michael, Amtshaftungsansprüche wegen rechtswidriger Produktinformationen, NJW 2005, 1745 ff.

Tremml, Bernd, Lubert, Michael, Amtshaftungsansprüche wegen rechtswidriger Produktwarnungen, NJW 2013, 262 ff.

Ullmann, Eike, Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld von Europa und Deutschland, GRUR 2003, 817 ff.

Ullmann, Eike, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Auflage, Saarbrücken 2013 (zit.: juris PK UWG-Bearbeiter)

Ulmer, Peter, Der Begriff "Leistungswettbewerb" und seine Bedeutung für die Anwendung von GWB und UWG-Tatbeständen, GRUR 1977, 565 ff.

Ulmer, Eugen, Vergleichende Warentests, FiW Schriftenreihe, 1. Auflage, Köln 1964

Umbach, Dieter; Clemens, Thomas, Heidelberger Kommentar zum Grundgesetz, Band 1 und 2, 1. Auflage, Heidelberg 2002

Vesting, Thomas, Soziale Geltungsansprüche in fragmentierten Öffentlichkeiten: Zur neuen Diskussion über das Verhältnis von Ehrenschatz und Meinungsfreiheit, AöR 122, 337 ff.

Völker, Stefan, Die Neuregelung der vergleichenden Werbung, MDR 2000, 1360 ff.

Völp, Friedrich, Ist das Verbot der vergleichenden Reklame rechtswidrig?, WRP 1960, 197 ff.

Völp, Friedrich, Vergleichender Warenstest, WRP 1963, 109 ff.

Wagner, Gerhard, Prominente und Normalbürger im Recht der Persönlichkeitsverletzungen, VersR 2000, 1305 ff.

Wagner, Gerhard, Das neue Produktsicherheitsgesetz - Öffentlich-rechtliche Produktverantwortung und zivilrechtliche Folgen (Teil I), BB 1997, 2489 ff.

Weides, Peter, Wirtschaftswerbung und Grundrechte, WRP 1976, 585 ff.

Wenzel, Karl Egbert, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 5. Auflage, Köln 2003 (zit.: Wenzel-Bearbeiter)

Wenzel, Karl- Egbert, Wettbewerbsäußerungen und Informationsinteresse, GRUR 1968, 626 ff.

Werth, Lioba, Psychologie für die Wirtschaft, 1. Auflage, Heidelberg 2004

Wessels, Johannes; Hettinger, Michael, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 36. Auflage 2012

Wuttke, Jürgen, Sicherung des Leistungswettbewerbs durch das Verbot der unbilligen Behinderung in § 26 Abs. 4 GWB, 1. Auflage, Köln, 1995

Würtenberger, Thomas, Karikatur und Satire aus strafrechtlicher Sicht, NJW 1982, 610 ff.

Zippelius, Reinhold; Würtenberger, Thomas, Deutsches Staatsrecht, 32. Auflage, München 2008