



Kammergericht

Beschluss

Geschäftsnummer: 5 W 85/05
97 O 126/05 Landgericht Berlin

In dem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung

der B ■ R ■ L ■ ■ ■ ■ ■ B ■ ■ ■ ■ ■ GmbH & Co. KG,
vertreten durch die Komplementärin B ■ R ■ L ■ ■ ■ ■ ■
B ■ ■ ■ ■ ■ B ■ ■ ■ ■ ■ -GmbH,
diese vertreten durch die Geschäftsführerinnen
K ■ ■ ■ M ■ ■ ■ und K ■ ■ ■ H ■ ■ ■ ■ ■ ,
G ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ 185, 1 ■ ■ P ■ ■ ■ ,

Antragstellerin und
Beschwerdeführerin,

- Verfahrensbevollmächtigte:
Rechtsanwälte B ■ ■ ■ B ■ ■ ■ ■ ■ ,
G ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ 33, 8 ■ ■ M ■ ■ ■ ■ ■ -

g e g e n

die E ■ ■ ■ ■ ■ B ■ ■ W ■ ■ & V ■ ■ ■ ■ ■ GmbH,
vertreten durch den Geschäftsführer R ■ ■ N ■ ■ ■ ■ ■ und
die Geschäftsführerin G ■ ■ ■ H ■ ■ ■ ■ ■ ,
E ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ 92-93, 1 ■ ■ E ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ ■ ,

Antragsgegnerin und
Beschwerdegegnerin,

hat der 5. Zivilsenat des Kammergerichts durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht Haase, die Richterin am Landgericht Iser und den Richter am Kammergericht Dr. Pahl am 29. Juli 2005 **b e s c h l o s s e n** :

1. Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Kammer für Handelssachen 97 des Landgerichts Berlin vom 8. Juni 2005 - 97 O 126/05 - geändert:

Der Antragsgegnerin wird es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu EUR 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten (Ordnungshaft zu vollziehen an den Geschäftsführern)

untersagt,

der Antragstellerin zur Ausstrahlung auf den Frequenzen ■■■■ MHz, ■■■■ MHz und ■■■■ MHz zum Zweck der Ausstrahlung in redaktionellen Sendungen Inhalte anzuliefern, die Werbung enthalten, so wie dies geschehen ist in dem zur Ausstrahlung am 17. April um 09:35 Uhr angelieferten Material mit dem nachfolgenden Wortlaut:

Moderator: Willkommen zurück. Total lokal heute aus dem Amt Oderberg, aus der Gemeinde Lunow-Stolzenhagen. Und hier hat Genuss einen ganz bestimmten Namen, nämlich Landfleischerei K■ - ■■■■ Und ich spreche jetzt mit A■■■■ K■■■■ . Sie führt diesen Familienbetrieb jetzt mit ihrem Mann, der Vater hat sich in den wohlverdienten Ruhestand zurückgezogen. Es gibt natürlich die Landfleischerei hier vor Ort, aber die K■■■■ sind auch über die Gemeindegrenzen hinaus bekannt.

Ton: Wir haben 3 stationäre Filialen in den Plusmärkten in Oderberg und Angermünde und einen Hofladen in der Fleischerei in Dünow und sind auch mobil unterwegs mit 2 Fahrzeugen. Vorwiegend in Eberswalde auf den Märkten und Finowfurt. Und überland.

Moderator: Und Sie haben mir erklärt: Fleischerei ist nicht gleich Fleischerei. Was ist das Besondere an Ihrer?

Ton: Wir haben eigene Schlachtung. Wir beziehen unsere Schweine aus dem Nachbarort von der Agrargenossenschaft Diedersdorf. Wir wissen, woher die Tiere kommen. Wir schlachten die Rinder von Bauern aus dem im Umkreis liegenden Dörfern. Vollständig eigene Verarbeitung, eigene Produkte, gar kein Zukauf, und eigener Vertrieb.

Moderator: Und das wird hier mit 32 Mitarbeitern, darunter übrigens 6 Azubis, bewältigt. In der gesamten Umgebung bekannt ist auch ihr Partyservice. Was genau beinhaltet der?

Ton: Die Lieferung von delikaten, schmackhaften kalten und warmen Buffet. Also wir machen auch ganz exclusive Sachen. Wir liefern im Umkreis von 40-50 km aus. An Feiertagen, Sonntagen, wann auch immer. Zu jeder Zeit.

Moderator: Komplett-Service für jeden Tag. Schauen sie hier einfach vor-

bei in der Landfleischerei Lunow oder im Internet unter
www.fleischerei-k■■■■.de

2. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Verfahrens beider Instanzen nach einem Wert von je 20.000,- EUR zu tragen.

Gründe:

A.

Die Parteien sind gemeinsam Inhaber lokaler Senderfrequenzen, die dem Gesamtprogramm von B■■■■ zuzurechnen sind. Sie vermarkten in dem Frequenzgebiet (Nord-Osten des Landes Brandenburg) jeweils im eigenen Namen und auf eigene Rechnung lokale Radiowerbung und stehen dabei zueinander im Wettbewerb. Gemäß einem Programmvertrag liefert die Antragsgegnerin (als Lokalpartner der die Landeswelle ausstrahlenden Antragstellerin) der Antragstellerin ihre Programmbeiträge für bestimmte Sendezeiten in digitaler Form. Die Antragstellerin stellt diese Beiträge dann auf der Grundlage des jeweiligen Sendeplans automatisch in das Programm ein und sorgt für die Ausstrahlung.

Am 15. April 2005 strahlte die Antragstellerin innerhalb der Werbung einen von der Antragsgegnerin akquirierten und übermittelten Werbespot der Landfleischerei K■■■■ aus. Am 17. April 2005 sendete die Antragstellerin innerhalb des lokalen Programmteils das von der Antragsgegnerin hierzu als redaktionellen Beitrag übermittelte Material (mit dem in der Beschlussformel genannten Wortlaut) betreffend die Landfleischerei K■■■■ ■

Die Antragstellerin sieht hierin eine vertraglich und gesetzlich verbotene getarnte Werbung (Schleichwerbung).

Das Landgericht hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung durch den angefochtenen Beschluss zurückgewiesen.

B.

Die gemäß §§ 567ff. ZPO zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist begründet.

I.

Der Verfügungsgrund (§§ 535, 940 ZPO) ist gegeben. Die Vermutung der Dringlichkeit des § 12 Abs. 2 UWG ist vorliegend nicht durch das eigene Verhalten der Antragstellerin vor Stellung des Antrages auf Erlass einer einstweiligen Verfügung am 12. Mai 2005 widerlegt.

1.

Die Vermutung der Dringlichkeit ist widerlegt, wenn der Antragsteller durch sein Verhalten selbst zu erkennen gibt, dass es „ihm nicht eilig ist“. Das ist der Fall, wenn er längere Zeit untätig zuwartet, obwohl er von der Wettbewerbsverletzung und von der Person des Verletzers Kenntnis hat. Dabei gelten nach ständiger Rechtsprechung des Senats keine bestimmten Fristen, sondern es ist auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalles, die zu der Verzögerung geführt haben, wie etwa Art des Verstoßes, Reaktion des Verletzers, Erforderlichkeit von Ermittlungen oder der Beschaffung von Glaubhaftmachungsmitteln, abzustellen (vgl. zu Vorstehendem Senat, KG-Report Berlin 1999, 327; KG - 25. ZS - WRP 1992, 568; Baumbach/Hefermehl/Köhler, UWG, 23. Aufl., § 12 Rdn. 3.15 m.w.N.).

2.

Vorliegend ist nicht von einer unangemessenen verzögerlichen Verfahrensweise der Antragstellerin auszugehen.

Schleichwerbung der Antragsgegnerin vermag die Antragstellerin als außenstehende Dritte regelmäßig nur aufgrund von Indizien zu erkennen. Erste einzelne Fälle können dabei aus ihrer Sicht auch auf einem schlichten Versehen der Antragstellerin in der Wortwahl beruhen. Erst die zunehmende Zahl bedenklicher Fälle muss Anlass für eine nähere Befassung geben. Die von der Antragstellerin geschilderten, der streitgegenständlichen Sendung vorangegangenen Ausstrahlungen vom 29. Januar und 27. Februar 2005 konnten einen Verdacht der Antragstellerin wecken, ohne ihn aber für ein gerichtliches Verfahren schon hinreichend zu belegen. Erstmals bei der streitgegenständlichen Ausstrahlung bestand ein der Antragstellerin erkennbarer zeitlicher Zusammenhang mit der Sendung eines Werbespots, der ihren Verdacht bestärken konnte.

II.

Die Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe durch die Antragstellerin ist nicht aufgrund vertraglicher Vereinbarungen zwischen den Parteien ausgeschlossen oder aufgeschoben. Wenn in § 1 Abs. 3 der Programmvereinbarung der „Beirat“ die „redaktionellen Leitlinien erlässt“ und „Konflikte bespricht“, mag dies zu einer außergerichtlichen Konfliktbeilegung beitragen können. Schon der Wortlaut bietet aber keinen hinreichenden Anhalt für eine verbindliche Schiedsabrede.

III.

Der Unterlassungsanspruch der Antragstellerin folgt aus dem Verbot einer „Schleichwerbung“ gemäß §§ 3, 4 Nr. 3 UWG und §§ 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit §§ 2 Abs. 2 Nr. 6, 7 Abs. 6 Satz 1 Rundfunkstaatsvertrag (vgl. hierzu grundsätzlich auch BGH, GRUR 1990, 611, 615 - Werbung im Programm).

1.

Bei redaktionellen Berichten, die sich sachlich mit bestimmten wirtschaftlichen Gegebenheiten befassen und dabei zwangsläufig eine gewisse werbende Wirkung entfalten (wie z.B. Berichte über Geschäftseröffnungen, Richtfeste u.s.w.), kann allerdings nicht ohne weiteres eine Wettbewerbsförderungsabsicht des Presseunternehmens vermutet werden. Vielmehr müssen besondere Umstände vorliegen, die erkennen lassen, dass neben der Absicht, die Leser über das Tagesgeschehen zu informieren, auch die Absicht, fremden Wettbewerb zu fördern, eine größere als nur eine notwendigerweise begleitende Rolle gespielt hat (BGH, GRUR 1998, 489, 422 - Unbestimmter Unterlassungsantrag III m.w.N.). Denn ungeachtet der objektiven Eignung zur Wettbewerbsförderung liegt in der Regel der Grund für die gewählte Berichtsform in der durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geschützten Aufgabe der Presse, die Öffentlichkeit über eine Angelegenheit von allgemeiner Bedeutung zu unterrichten. Dabei besteht bei Fallgestaltungen solcher Art keine Vermutung für das Vorliegen einer Wettbewerbsförderungsabsicht der Presse (BGH, GRUR 1998, 947, 948 - Azubi'94 m.w.N.).

a)

Die Absicht, den Wettbewerb zu fördern, ist in der Regel dann nicht mehr als eine mit der journalistischen Berichterstattung einhergehende Begleiterscheinung und sie fällt wettbewerbsrechtlich ins Gewicht, wenn in redaktionellen Beiträgen Produkte oder Dienstleistungen von Inserenten namentlich genannt und angepriesen werden (BGH, a.a.O., Azubi'94 m.w.N.). Dies gilt insbesondere dann, wenn das Produkt oder die Dienstleistung über das durch eine sachliche Information bedingte Maß hinaus werbend dargestellt wird (BGH, GRUR 1997, 541, 542 - Produkt-Interview m.w.N.).

b)

Der Verstoß gegen die Lauterkeitsregeln des Wettbewerbs liegt in einem solchen Fall - auch ohne das der Beitrag gegen Entgelt geschaltet worden sein oder im Zusammenhang mit einer Anzeigenwerbung für das Produkt bzw. die Dienstleistung stehen muss - darin begründet, dass der Verbraucher dem redaktionell gestalteten Beitrag als einer Information eines am Wettbewerb nicht beteiligten Dritten regelmäßig größere Bedeutung und Beachtung beimisst als entsprechenden, ohne weiteres als Werbung erkennbaren Angaben des Werbenden selbst (vgl. BGH, a.a.O., Produkt-Interview, Seite 543 m.w.N.). Die insoweit die Wettbewerbsförderungsabsicht belegenden Umstände begründen dann zugleich den Verstoß gegen das Verbot der „Schleichwerbung“ und umgekehrt.

c)

Die Feststellung, ob ein redaktioneller Beitrag zugleich eine Werbung für das darin genannte Produkt (bzw. die darin genannte Dienstleistung) darstellt, kann immer nur von Fall zu Fall erfolgen (BGH, a.a.O., Produkt-Interview), und zwar unter Abwägung aller für das Für und Wider sprechenden Umstände. So kann ausnahmsweise auch ein besonders hohes Informationsinteresse der Allgemeinheit (z.B. an der Vermittlung von Ausbildungsplätzen für Jugendliche) eine Wettbewerbsförderungsabsicht in den Hintergrund drängen (vgl. BGH, a.a.O., Azubi'94).

d)

Die Grundsätze der Rechtsprechung zur getarnten Wirtschaftswerbung im redaktionellen Teil von Presseerzeugnissen gelten auch für vergleichbare Werbemaßnahmen im Programmteil des Fernsehens (BGH, a.a.O., Werbung im Programm). Dies gilt dann zwanglos auch für Rundfunkprogramme.

2.

Vorliegend wird die „Landfleischerei K■■■“ bzw. „Landfleischerei L■■“ (nach ihrem Hauptsitz in der Gemeinde Lunow-Stoltzenhagen) mehrfach im redaktionellen Beitrag der Antragsgegnerin genannt.

a)

Soweit in dem Interview die Inhaberschaft, die Lage, die einzelnen Standorte, die mobilen Verkaufsstände, die Produktherstellung und die Mitarbeiterschaft näher benannt werden, entspricht dies nach Art und Umfang einer zulässigen sachlichen Information des Publikums.

aa)

Zwar bestand kein aktueller Anlass, sich gezielt mit dieser Landfleischerei zu befassen. Ein lokaler Rundfunksender darf bei seinen Zuhörern aber auch ein Interesse dahin vermuten, über bedeutende Unternehmen des lokalen Umfeldes unterrichtet zu werden. Die Landfleischerei K■■■ hat schon wegen der drei Filialen in anderen Orten, der zwei mobilen Verkaufsfahrzeuge, und des Partyservices mit Lieferung im Umkreis von 40-50 km eine größere lokale Bedeutung, die durch die Besonderheit ihrer Produktion (eigene Schlachtung von Tieren aus der näheren Umgebung, vollständige eigene Verarbeitung) noch gesteigert ist. Immerhin: ein besonders dringendes Informationsinteresse der Allgemeinheit ist aber nicht berührt.

bb)

Es kann im Regelfall eine Schleichwerbung zwar schon dann zu bejahen sein, wenn nur ein Produkt/Dienstleister - hervorgehoben - genannt ist, obwohl es eine Vielzahl ähnlicher Produkte/Dienstleister auf dem Markt gibt (BGH, a.a.O., Produkt-Interview, Seite 542 m.w.N.). Vorliegend wird auch allein die Landfleischerei K■■■ genannt. Die Antragstellerin hat aber weder vorgetragen noch glaubhaft gemacht, dass es im Sendegebiet auch noch eine Mehrzahl vergleichbarer Fleischereibetriebe (Filialbetriebe mit eigener Schlachtung von Tieren der Umgebung) gebe.

cc)

Soweit im Interview die Rede ist von der „Lieferung von delikaten, schmackhaften kalten und warmen Buffet“ und „exklusiven Sachen“, überschreitet dies für sich nicht zwingend die Grenzen einer sachlichen Information. Denn für die Zuhörer ist aus der Stimme und der „Wir Form“ erkennbar, dass sich hier die Inhaberin selbst äußert. Ihren Äußerungen steht der Zuhörer von vornherein kritischer gegenüber (vgl. BGH, a.a.O., Azubi´94, Seite 949, im Hinblick auf Zitate). Immerhin ist der Moderator aber diesen deutlich werbenden Äußerungen des Interviewpartners auch nicht abschwächend entgegengetreten.

dd)

Eine pauschal lobende Berichterstattung, die unmittelbar räumlich mit einer Anzeige dieses Gewerbetreibenden verknüpft ist, legt zwar ebenfalls die Annahme einer Schleichwerbung nahe (BGH, a.a.O., unbestimmter Unterlassungsantrag III). Denn dann fördert die Berichterstattung die Aufmerksamkeit für die Anzeige und deren Aussagegehalt.

Vorliegend lag aber die Ausstrahlung des Werbespots schon zwei Tage zurück. Eine Erinnerung einzelner Zuhörer daran wäre eher zufällig.

Der zeitliche Zusammenhang von Anzeigenakquisition und redaktioneller Berichterstattung belegt für sich genommen noch keine Schleichwerbung. Je weniger ein publizistischer Anlass für die Berichterstattung erkennbar ist, um so mehr kommt dem Anzeigenauftrag aber eine Indizfunktion zu. Vorliegend fehlt zwar - wie erörtert - ein aktueller Anlass für die Berichterstattung. Das Informationsinteresse aus den Besonderheiten der Landfleischerei K■■■ für die Region (zur Konkurrenzsituation ist - wie ebenfalls erörtert - nichts vorgetragen) lässt aber trotz des Anzeigenauftrages eine Wettbewerbsförderungsabsicht der Antragsgegnerin noch nicht in den Vordergrund treten.

b)

Es geht hingegen weit über eine sachliche Information hinaus, wenn der Moderator einleitend die Landfleischerei vorstellt mit dem Satz „Und hier hat Genuß einen ganz bestimmten Namen, nämlich Landfleischerei K■■■■“.

Zwar muss sich ein redaktioneller Beitrag nicht auf eine „trockene“ Wiedergabe von Fakten und sonstigen Informationen beschränken. Gerade am Beginn des Beitrages ist es auch Aufgabe des Moderators, das Interesse der Zuhörer zu wecken, sei es durch Wortspiele, schlagwortartig betonte oder gar überspitzte Informationen und Ähnlichem. Denn jeder Sender steht auch in seinem redaktionellem Angebot in einem scharfen Wettkampf mit anderen Sendern um die Aufmerksamkeit und Gunst der Zuhörer.

Vorliegend verwendete der Moderator aber eine Formulierung, wie sie typisch ist für Werbebotschaften. Die Landfleischerei K■■■■ wird unkritisch und pauschal lobend herausgestellt (vgl. hierzu insbesondere BGH, a.a.O., Unbestimmter Unterlassungsantrag III, Seite 492; GRUR 1997, 139, 140 - Orangenhaut).

c)

Eine solche übermäßige Anpreisung kommt auch in den abschließenden Worten des Moderators zum Ausdruck, wenn er Bezug auf die Landfleischerei K■■■■ feststellt: „Komplettservice für jeden Tag“. Darin klingt ebenso eine betont knapp formulierte Werbebotschaft an, wie sie Werbeanzeigen eigentümlich sind.

d)

Es fehlt im übrigen Text des Interviews jede kritische Distanz des Moderators zum Unternehmen (vgl. hierzu auch BGH, GRUR 1994, 441, 442 - Kosmetik-Studio). Der Moderator zeigt sich eher als bloßer Stichwortgeber für die - ein positives Bild zeichnenden - Eigeninformationen in den Antworten der Unternehmensinhaberin.

Eine kritische Distanz muss zwar nicht in jedem Fall einer allein sachbezogenen Berichterstattung deutlich werden. Fehlt sie aber, dann kann sie jedenfalls einzelne überschwengliche Anpreisung auch nicht ausgleichen.

e)

Den Anpreisungen des Moderators zu Beginn des Interviews und an seinem Ende kommt eine besondere Bedeutung zu. Die eingangs gemachte Lobpreisung lenkt die Aufmerksamkeit des Zuhörers auf die nachfolgenden sachlichen (aber zugleich imagefördernden) Informationen. Die abschließende Anpreisung bestärkt die positive Erinnerung der Zuhörer.

f)

Ein wesentliches Indiz der Schleichwerbung liegt auch dann vor, wenn mit der (allein) lobenden Herausstellung dem Leser/Zuhörer ein Besuch des Unternehmens geradezu anempfohlen wird (vgl. BGH, a.a.O., Kosmetikstudio, Seite 442). Vorliegend hat der Moderator dies sogar - zusätzlich - ausdrücklich formuliert, wenn er abschließend äußert: „Schauen Sie hierfür einfach vorbei in der Landfleischerei L■■■ oder im Internet unter www.fleischerei-k■■■.de“. Direkter, ohne jede kritische Distanz, kann die Besuchsempfehlung kaum gegeben werden.

3.

Vorliegend führt die Schleichwerbung der Antragsgegnerin auch zu einer konkreten Gefährdung des von § 1 UWG umfassten Leistungswettbewerbs (vgl. hierzu BVerfG, WRP 2003, 69, 71 - Veröffentlichung von Anwalts-Ranglisten). Die - wie erörtert - in einem hohen Maß suggestiv-werbenden Äußerungen einer besonderes Vertrauen genießenden journalistischen Berichterstattung sind ohne weiteres geeignet, eine Vielzahl von Zuhörern näher für die Landfleischerei K■■■ zu interessieren und sie als Kunden zu gewinnen. Zugleich fördert die Antragsgegnerin damit ganz erheblich ihren eigenen Vertrieb von Werbespots. Dies gilt zwanglos gegenüber der Landfleischerei K■■■ als Werbekundin. Ebenso können sich aber auch andere Unternehmen eine derartige Berichterstattung erhoffen, wenn sie Werbekunde der Antragsgegnerin werden. Angesichts dieser erheblichen Gefahren einer Verzerrung des Wettbewerbs kann es der Antragsgegnerin ohne weiteres angesonnen werden, die hier als wettbewerbswidrig gekennzeichneten pauschalen Lobpreisungen des Unternehmens - jedenfalls in ihrer Gesamtheit - zu unterlassen. Der sachliche Informationsgehalt des Interviews wird dadurch jedenfalls nicht geschmälert. Aufmerksamkeitsgewinnend steht dem Moderator - wie angesprochen - eine Vielzahl anderweitiger Einleitungen des Interviews zur Verfügung.

4.

Das vorliegend beantragte Verbot der konkreten Verletzungshandlung bedeutet nicht ein umfassendes, das gesamte Interview schlechthin einbeziehendes Unterlassungsgebot (vgl. zur Verhältnismäßigkeit auch BVerfG a.a.O., Veröffentlichung von Anwalts-Ranglisten, Seite 71). Es bleibt der Antragsgegnerin unbenommen, durch geeignete Zusätze und/oder Weglassungen

einzelner Äußerungen den Verbotsbereich zu verlassen. Es ist Sache der Antragsgegnerin, den hierfür auch ihr genehmen Weg zu finden (BGH, GRUR 1991, 860, 861 - Katovit; Baumbach/Hefermehl/Köhler, a.a.O., § 12 Rdn. 2.45 m.w.N.). Im Vorstehenden ist auch das Verbotsbegründende im Einzelnen benannt.

C.

Die Nebenentscheidung zu den Kosten und zur Wertfestsetzung beruhen auf §§ 91 Abs. 1, 3 ZPO.

Haase

Iser

Dr. Pahl