

15 U 194/10
28 O 652/10
(LG Köln)



Anlage zum Verkündungsprotokoll
vom 03.05.2011
Verkündet am 03.05.2011
Cordier-Ludwig
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

OBERLANDESGERICHT KÖLN

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem einstweiligen Verfügungsverfahren
pp.

hat der 15. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 22.03.2011 durch
den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Zingsheim,
die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Eilers und
den Richter am Oberlandesgericht Grommes

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Verfügungsklägerin wird das am 06.10.2010 verkündete Urteil der 28. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 28 O 652/10 – abgeändert:

Der Verfügungsbeklagten wird es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu 250.000,00 €, ersatzweise – für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann – Ordnungshaft bis zur Dauer von sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten Dauer untersagt,

gegenüber Dritten in Bezug auf die Verfügungsklägerin in Verbindung mit einer Abwertung von 3 auf 2 „F“ zu verbreiten,

Enttäuschte: Das traditionsreiche Gasthaus hat zwar eine schicke neue Lounge mit glasumrahmter Theke und blauem Lichtdesign, und die Holzterrasse ist im Sommer noch immer der beliebteste Platz. Dem holzgetäfelten Gourmetrestaurant täte eine Auffrischung allerdings ebenfalls gut.

Die Variation von der Gänseleber mit Eis auf säuerlichem Himbeer-gelee, Mousse-Röllchen und einem arg festen Würfel in Schokolade hatte einen leicht bitteren Nachgeschmack, der Hummer auf Kalbskopf war dagegen nahezu aromafrei. Zum Maibock servierte der sehr altmodisch-steife Service ("bitte sehr, gnädige Frau") ein mehliges Haselnuss-Kartoffel-Püree, und auch das mächtige Soufflé mit Panna cotta zum Rhabarber-Dessert war ausdruckslos.

Einziges Lichtblick: der geschmorte Schenkel vom Milchferkel auf Spitzkohl mit Kreuzkümmeljus. Und warum nach der Vorspeise die (trockenen) Brötchen im Brotkorb gegen ebenso trockene neue ausgetauscht wurden, haben wir auch nicht verstanden.

wenn dies geschieht wie auf S. 00 des Restaurantführers „...“.

Die Kosten des Verfahrens in beiden Instanzen werden gegeneinander aufgehoben.

Gründe:

I.

Von der Darstellung der tatsächlichen Entscheidungsgrundlage i. S. von § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO wird nach Maßgabe der §§ 313 a Abs. 1 Satz 1, 540 Abs. 2 ZPO i. V. mit § 542 Abs. 2 ZPO abgesehen.

II.

Die – zulässige – Berufung hat in der Sache Erfolg und führt zu der aus dem Urteils-tenor ersichtlichen Abänderung der angefochtenen erstinstanzlichen Entscheidung. Die Verfügungsklägerin (im Folgenden nur: Klägerin) dringt mit ihrem Rechtsmittel durch, soweit nach teilweiser Rücknahme der unter den Ziffern 1 b) bis 1 d) zunächst noch weiterverfolgten Unterlassungsanträge noch eine Entscheidung in der Sache zu treffen ist.

Die Klägerin kann von der Verfügungsbeklagten (im Folgenden nur: Beklagte) die Unterlassung der Verbreitung der streitgegenständlichen, mit dem Verfügungsantrag unter Ziffer 1 a) angegriffenen konkreten Restaurantkritik in Verbindung mit der gegenüber der Voraufgabe erfolgten Abwertung verlangen.

Dabei kann es offen bleiben, ob sich dieses allein noch zu beurteilende Unterlassungspetition unter – wie die Klägerin das geltend macht – wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten aus den §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 7, 8 und Nr. 10 UWG herleiten lässt und ob namentlich die Merkmale der dafür vorauszusetzenden „geschäftlichen Handlung“ i. S. von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG auf Seiten der Beklagten vorliegen, die mit der angegriffenen Publikation – jedenfalls auch – in Wahrnehmung einer pressetypischen Aufgabe, konkret zur Information der Öffentlichkeit über eine eben dieser angebotene gewerbliche Leistung eines Unternehmens gehandelt hat. Das bedarf hier deshalb nicht der Entscheidung, weil der Klägerin das mit ihrem Verfügungsantrag unter Ziffer 1 a) verfolgte Unterlassungspetition jedenfalls aus den §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB wegen der Verletzung des ihr als juristischer Person und Wirtschaftsunternehmen zukommenden Unternehmerpersönlichkeitsrechts bzw. des Anspruchs auf Achtung ihrer Geschäftsehre (vgl. Wenzel/Burkhardt, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 5. Aufl., 5. Kap. Rdz. 125 m. w. Nachw.) zusteht.

Im Ausgangspunkt dieser Beurteilung trifft es allerdings zu, dass es sich bei den angegriffenen Äußerungen in dem streitgegenständlichen Beitrag um Wertungen handelt. Sowohl die den Beitrag einleitende Formulierung („*Enttäuschte...*“) als auch die weiteren, sich mit der Ausgestaltung des Restaurants selbst („...*dem holzgetäfelten Gourmetrestaurant täte eine Auffrischung ...gut*“) und dem Service („...*servierte der*

sehr altmodisch – steife Service...“) sowie den angebotenen und getesteten Speisen befassenden Äußerungen (*„...hatten einen leicht bitteren Nachgeschmack...“*, *„...nahezu aromafrei...“*, *„...mehliges Haselnuss-Kartoffel-Püree...“*, *„...das mächtige Soufflé war ausdruckslos...“*) bringen schwerpunktmäßig die von subjektiven geschmacklichen Einordnungen geprägte Beurteilung der das Restaurant aufsuchenden Testperson zum Ausdruck, welche die Beklagte sich mit der Veröffentlichung der Kritik zu eigen gemacht hat. Den erwähnten Äußerungen wohnt zwar als tatsächliches Element die Beschreibung der als solche stattgefundenen Geschehensabläufe, wie beispielsweise die Handlungen des Service sowie die Art der bestellten und verkosteten Speisen der Menuefolge inne. Diese tatsächlichen Aspekte prägen indessen weder den Charakter der einzelnen Äußerungen noch den der Gesamtwirkung des Beitrags, dessen erkennbare Bestimmung als Restaurantkritik gerade durch den Aspekt der Bewertung, mithin die subjektive Einordnung der beurteilten gewerblichen Leistung charakterisiert ist. Die Klägerin sieht sich letztlich auch durch eben diese, ihr Leistungsangebot negativ beurteilenden Wertungen und nicht etwa durch (unwahre) Tatsachenbehauptungen betroffen. Auch soweit sie sich gegen der streitgegenständlichen Restaurantkritik immanente tatsächliche Aspekte wendet, geht es um die Beanstandung der in dem Beitrag zum Ausdruck gebrachten Wertungen, die sie durch die gegenüber der Art ihres Zustandekommens vorgebrachten Einwände erschüttern will.

Auch als das Leistungsangebot der Klägerin beurteilende Wertungen bzw. Meinungsäußerungen muss die Klägerin indessen die von der Beklagten veröffentlichte und verbreitete konkrete Restaurantkritik in der streitgegenständlichen Ausgabe des Restaurantführers nicht hinnehmen.

Bei der Veröffentlichung und Verbreitung der Ergebnisse von die gewerblichen Angebote von Unternehmen prüfenden und beurteilenden Erhebungen bzw. „Waren-tests“ - und um einen solchen handelt es sich bei dem vorliegenden Beitrag, mit dem die gewerbliche Leistung der Klägerin, konkret die äußere Präsentation ihres gastronomischen Angebots (Gestaltung des Gourmetrestaurants/Service) als auch die Qualität der in diesem Rahmen angebotenen Speisen (Frische der Lebensmittel/Zubereitung/Geschmack) geprüft und beurteilt werden – ist dem „Tester“ grundsätzlich ein weiter Spielraum auch für die Darstellung negativer Beurteilungen zu set-

zen, selbst wenn diese geeignet sind, sich schädigend auf das beurteilte Unternehmen bzw. dessen gewerblichen Betrieb auszuwirken. Zweifellos ist die das Angebot der Klägerin negativ bewertende Kritik, wie sie in dem streitgegenständlichen Beitrag formuliert ist, auch geeignet, das geschäftliche Ansehen der Klägerin ebenso wie deren Gewerbebetrieb selbst zu beeinträchtigen. Gerade im hier betroffenen Bereich der hochpreisigen Spitzengastronomie entspricht es einer verbreiteten Übung, dass sich der interessierte Adressatenkreis zuvor den auf dem Markt angebotenen Restaurantführern oder anderen einschlägigen Publikationen (z. B. Fachzeitschriften) zuwendet, um sich über das angebotene Leistungsspektrum zu informieren. Wird ein Restaurant – wie in der hier zu beurteilenden Weise – negativ bewertet und abgewertet, so ist das durchaus geeignet, Interessenten von einem Besuch abzuhalten. Zugleich wirkt sich dies beeinträchtigend auf das Ansehen des Unternehmens aus, welches sein Angebot auf die beschriebene Weise qualitativ unzureichend und als deutlich verbesserungswürdig beschrieben dem Interessentenkreis anbietet, und damit dem an ihn gerichteten Anspruch nicht genügt. Soweit die Beklagte im gegebenen Zusammenhang einwendet, dass die dem Wortbeitrag vorangestellten, gemäß ihrer „Legende“ zu entschlüsselnden Bildzeichen keineswegs eine negative Einstufung, sondern im Gegenteil sogar eine durchaus positive „Benotung“ zum Ausdruck bringen, lässt das keine abweichende Beurteilung zu. Der von dem Restaurantführer der Beklagten angesprochene Adressatenkreis wird sich seine Vorstellung von dem in dem jeweils kritisierten Restaurant zu erwartenden Leistungsangebot vielmehr maßgeblich anhand des beschreibenden Wortbeitrags bilden, der die mit den „Bildzeichen“ in der Art einer Benotung vorgenommene Bewertung begründet. Selbst wenn die vergebene Note für sich genommen und auch im Vergleich zu anderen Beurteilungen derselben Art nicht schlecht ist, wird diese womöglich positive Wirkung durch die hierzu gegebene Begründung und Abwertung von „FFF“ auf „FF“ entkräftet, was dazu führen kann, dass sich der interessierte Rezipient von dem Angebot der Klägerin, trotz dessen formal ausgewiesener guter „Benotung“ („FF“), abwendet, so dass damit weder der mit der negativen Beurteilung des Wortbeitrags verbundenen Beeinträchtigung des geschäftlichen Ansehens der Klägerin entgegengewirkt ist noch die Klägerin ihrem gewerblichen Angebot zur Geltung zu verhelfen vermag.

Angesichts des dem Kritiker grundsätzlich einzuräumenden weiten Spielraums lässt sich indessen allein aus der herabsetzenden und die wirtschaftlichen Interessen der

Klägerin beeinträchtigenden Wirkung der streitgegenständlichen Restaurantkritik deren äußerungsrechtliche Unzulässigkeit nicht begründen. Ein Gewerbebetrieb muss sich der Kritik seiner Leistung stellen. Selbst eine gewerbeschädigende negative Kritik ist daher nicht allein schon aus diesem Grund äußerungsrechtlich unzulässig. Zur äußerungsrechtlichen Beurteilung der Zulässigkeit kritischer Aussagen über getestete Waren und/oder Leistungen eines Unternehmens bedarf es vielmehr einer Güter- und Pflichtenabwägung, in deren Rahmen der Bedeutung des in Art. 5 Abs. 1 GG gewährleisteten Grundrechtsschutzes auf freie Meinungsäußerung des Kritikers Rechnung zu tragen ist. Die Grenzen zulässiger Kritik, die wie hier die untersuchte gewerbliche Leistung negativ, teilweise sogar abfällig bewertet, können dabei im Einzelfall zwar weit gezogen sein. Denn grundsätzlich gilt auch hier, dass, handelt es sich um einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage, eine Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede spricht (vgl. BGHZ 45, 296/298). Dieser Grundsatz erfährt indessen im hier betroffenen Bereich der Äußerungen über die Bewertung der Qualität getesteter gewerblicher Leistungen eine der spezifischen Eigenart der Warentests – und um einen solchen handelt es sich bei einer das Angebot eines Speiselokals bewertenden Restaurantkritik - Rechnung tragende Nuancierung: Hier steht dem geschützten Rechtsgut der unternehmerischen Geschäftsehre und des Gewerbebetriebs die ebenso geschützte Freiheit der Meinungsäußerung gegenüber, die sich gerade mit dessen Produkten und Leistungen befasst und die Befriedigung des Informationsinteresses der Öffentlichkeit/Verbraucher an diesen Waren/Leistungen für sich in Anspruch nimmt. In dieser Situation vertraut der angesprochene und erreichte Empfängerkreis auf die Objektivität des der zum Ausdruck gebrachten subjektiven Bewertung zugrundeliegenden Verfahrens bzw. der Art des Zustandekommens der Wertung. Vor dem Hintergrund dieser Erwartung ist derjenige, der sich auf sein Recht zur freien Meinungsäußerung beruft, zu sorgfältiger Prüfung gehalten, ob er mit seiner Äußerung den Boden sachlich nicht gerechtfertigter Kritik verlässt (vgl. BGH, NJW 1989, 1923 f; BGHZ 65, 325 ff – „Skibindung“ – Rdn. 30 gemäß Juris-Ausdruck; Wenzel/Burkhardt, a.a.O., 10. Kap. Rdz. 78 und 83 f – jeweils m. w. Nachw.). Die danach einzuhaltenden Sorgfaltsanforderungen werden in höchstrichterlicher, auch von dem erkennenden Senat geteilter Spruchpraxis dahin definiert, dass die der Veröffentlichung der Ergebnisse zugrundeliegende Untersuchung neutral, sachkundig und im Bemühen um Richtigkeit vorgenommen sein muss (vgl. BGH, a.a.O. – „Skibindung“ –

Rdn. 31 gemäß Juris-Ausdruck; Wenzel/Burkhardt, a.a.O., 10. Kap. Rdz. 78 – jeweils m. w. Nachw.). Diesen Maßstäben hält die hier zu beurteilende Restaurantkritik nicht stand.

Die streitgegenständliche Bewertung ist – wie bereits aufgezeigt - geeignet, das geschäftliche Ansehen der Klägerin und das wirtschaftliche Fortkommen des von ihr betriebenen Gourmetrestaurants erheblich zu beeinträchtigen. Angesichts des Umstandes, dass sich gerade im vorliegend betroffenen örtlichen Markt, in dem das Restaurant der Klägerin angesiedelt ist, weitere, hohes Niveau für sich in Anspruch nehmende konkurrierende Restaurants befinden, kann sich die formulierte Restaurantkritik in hohem Maße beeinträchtigend und schädlich auswirken. Denn der von dem gewerblichen Angebot sowohl der Klägerin als auch der konkurrierenden Unternehmen angesprochene Interessentenkreis, der allein schon wegen des Heranziehens eines Restaurantführers zu erkennen gibt, dass er die Wahl für ein bestimmtes Lokal nach vorheriger sorgfältiger Information treffen will, wird die in dem Restaurantführer jeweils „besprochenen“ Restaurants bzw. die dazu veröffentlichte Kritik aufmerksam und unter vergleichender Einbeziehung des in dem selben örtlich begrenzten Raum präsentierten konkurrierenden Angebots beurteilen und seine Entscheidung hieran orientieren. Dies sowie den weiteren Umstand des verhältnismäßig hohen preislichen Niveaus würdigend spricht alles dafür, dass der erwähnte Interessentenkreis, an den die Beklagte sich mit ihrer Publikation wendet, sensibel auf negative Kritik reagieren und dazu tendieren wird, von dem Angebot eines mit klar negativen Merkmalen kritisierten und abgewerteten Restaurants, selbst wenn dieses im Gesamtergebnis formal positiv bewertet worden ist, Abstand zu nehmen und sich dem Angebot eines anderen, in demselben örtlichen Markt präsentierten, durchweg positiv beurteilten, sich sowohl vom qualitativen Anspruch als auch im Preisgefüge auf vergleichbarem Niveau bewegendem konkurrierenden Restaurants zuzuwenden. Im Hinblick auf dieses, als ganz erheblich einzuordnende Ausmaß materieller und immaterieller Beeinträchtigungen, die der Klägerin auf Grund der Veröffentlichung der Kritik im Restaurantführer der Beklagten drohten, musste die Beklagte hohe Anforderungen an die Zuverlässigkeit der Testesserin, deren Bericht sie übernommen und verbreitet hat, hinsichtlich ihrer journalistischen Pflichterfüllung stellen. Der Bericht der von ihr eingesetzten Testesserin, der unstreitig das Ergebnis eines einzigen Besuchs einer einzigen Person war, stellt keine hinreichend zuverlässige Tatsachen-

grundlage für die vorgenommene Abwertung dar (vgl. BGH, AfP 1997, 909 ff – „Restaurantkritiker“ – Rdn. 34 gemäß Juris-Ausdruck). Auch wenn hier – anders als in der vorerwähnten Entscheidung des Bundesgerichtshofs – nicht ohne weiteres eine existenzvernichtende Auswirkung der Kritik der Beklagten in ihrem Restaurantführer drohte, lag es auch für die Beklagte erkennbar anhand der oben aufgezeigten Umstände nahe, dass die Auswirkungen der in ihrem Restaurantführer über das Gourmetrestaurant der Klägerin veröffentlichten Kritik ganz erhebliche Nachteile nach sich ziehen konnten, die bis an die Grenze einer Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz gehen konnten. Dass andere Restaurantführer das Gourmetrestaurant der Klägerin positiv beurteilten, steht dem nicht entgegen. Denn jedenfalls ein nicht unerheblicher Teil des auf die beschriebene Weise sensibel auf negative Beurteilungen reagierenden Interessentenkreises wird seine Entscheidung nicht lediglich auf der Grundlage nur eines Restaurantführers treffen. Selbst wenn dieser Kreis in einer Publikation auf eine durchweg positive Beurteilung des Gourmetrestaurants der Klägerin stößt, wird er bei Kenntnisnahme der sich mit dem nämlichen Restaurant befassenden, hier zu beurteilenden abwertenden Restaurantkritik der Beklagten aber in seiner Einschätzung „irritiert“, was geeignet ist, die Neigung zu fördern, sich gegen das besprochene Restaurant der Klägerin zu entscheiden, zu fördern. In dieser Situation lag es für die Beklagte aber nahe, vor der Veröffentlichung eine weitere Überprüfung zu veranlassen um festzustellen, ob die bereits vorliegende Kritik nicht lediglich das Ergebnis einer womöglich sogar noch durch subjektive Befindlichkeiten der Testesserin beeinflussten bloßen Momentaufnahme widerspiegelt. Dabei mag es zwar zutreffen, dass im hier betroffenen Bereich der gehobenen Gastronomie an jedem Tag und zu jeder Zeit das auch werblich in Anspruch genommene hohe Niveau erwartet wird und zu realisieren ist. Angesichts der erheblichen negativen Auswirkungen der Kritik, die das Restaurant der Klägerin für die Dauer bis zum Erscheinen der Folgeauflage des Restaurantführers in einem negativen Licht erscheinen ließ, legten jedoch nicht nur die Gebote der Objektivität und des Bemühens um Richtigkeit die Überprüfung nahe, ob die vorgelegte Kritik sich als das Ergebnis nur eines einmaligen Besuchs einer einzigen Testesserin darstellte, sondern geht auch der von der Beklagten angesprochene Adressatenkreis davon aus, dass die auf die beschriebene Weise zeitlich perpetuierte schlechte und in ihren Auswirkungen schwerwiegende Restaurantkritik auf der Grundlage nicht nur eines einzigen Besuchs, sondern auf gesicherter Grundlage, beispielweise nach wiederholtem Besuch derselben Testperson im Restaurant der

Klägerin, getroffen worden ist. Eben diesen Anforderungen hat die Beklagte hier indes nicht genügt, weil die streitgegenständliche Kritik das Resultat nur des einmaligen Besuchs der von ihr dazu abgestellten Redakteurin in dem Gourmetrestaurant der Klägerin ist.

Der Umstand, dass die Beklagte in der Ausgabe des von ihr herausgegeben „...“ (dort S. 00) den streitgegenständlichen Wortbeitrag im hier betroffenen Bereich unkenntlich gemacht hat, lässt schließlich die für den Unterlassungsanspruch materiell vorauszusetzende Wiederholungsgefahr nicht entfallen. Die durch die geschehene Veröffentlichung und Verbreitung indizierte Gefahr der erneuten Verbreitung in anderen, von der Beklagten herausgegebenen Presseerzeugnissen lässt das nicht entfallen; eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung hat die Beklagte nicht abgegeben.

III.

Die Kostenfolge ergibt sich aus §§ 92 Abs. 1 ZPO, 516 Abs. 3 ZPO.

Das Urteil ist mit seiner Verkündung rechtskräftig, § 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO.

Wert: Bis zum Termin am 22.03.2011: 100.000,00 € (Antrag zu 1 a): 50.000,00 €;
Antrag zu 1b): 10.000,00 €; Antrag zu 1 c): 10.000,00 €; Antrag zu 1 d):
30.000,00 €); danach: 50.000,00 €.

Zingsheim

Dr. Eilers

Grommes