Mandant hat Abschrift

OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN
Ausfertigung

Aktenzeichen: **29 U 1563/07**
1 HK O 4164/04 Landgericht München II

Verkündet am 19. Juli 2007
Die Urkundsbeamtin:

S. Maier
Justizangestellte

EINGEGANGEN
10. Aug. 2007
RAe Meisterernst, Düsing u. Manstetten

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

The SCO Group GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Hans Bayer, Norsk-Data-Straße 3, 61352 Bad Homburg,

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte v. Boetticher, Hasse, Lohmann, Widenmayerstraße 4, 80538 München,

gegen

Andreas Kuckartz,

- Beklagter und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Meisterernst, Düsing, Manstetten, Geiststraße 2, 48151 Münster,

hat der 29. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Zwirlein sowie die Richter am Oberlandesgericht Dr. Kartzke und Cassardt auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 19. Juli 2007

für Recht erkannt:

I. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts München II vom 1. Dezember 2006 wird zurückgewiesen.

II. Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 115 % des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 115 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Gründe:

A.

Die Parteien streiten um Ansprüche wegen kritischer Äußerungen des Beklagten über eine Geschäftspraxis in dem Konzern, dem die Klägerin angehört.

Die Klägerin vertreibt in Deutschland Softwareprodukte, insbesondere das Betriebsystem Unix. Sie ist die deutsche Tochtergesellschaft der US-amerikanischen Gesellschaft The SCO Group, Inc. (im Folgenden: die Muttergesellschaft der Klägerin), die 2003 die International Business Machines Corporation (im Folgenden: IBM) unter anderem mit der Behauptung auf Schadensersatz verklagte, ihre Urheberrechte an Unix seien dadurch verletzt worden, dass IBM im Rahmen eines gemeinsamen Projekts Codeteile aus Unix in das Betriebssystem Linux übergeführt habe, das auf eine lizenzgebührenfreie Verwendung angelegt ist. Die Muttergesellschaft der Klägerin bot in den USA den Erwerb von Lizenzen an, die eine Verletzung ihrer Rechte heilen und Anwendern eine ungestörte Benutzung von Linux ermöglichen sollten. Sie wurde deswegen - auch in Deutschland - heftig kritisiert, wobei nicht zwischen der Klägerin und deren Muttergesellschaft unterschieden wurde.

Der Beklagte ist freier Softwareentwickler. Er sandte am 21. November 2003 folgende E-Mail an mehrere Geschäftspartner der Klägerin und die Firma JoWi-Tec, Inhaber J

Von:
Gesenaet: Freitag, 21. November 2003 21:48
An:
Betreff: SCO: Verdacht auf Kursmanipulation / §20a Wertpapierhandelsgesetz

Diese Mail wurde per BCC [= Blind Carbon Copy (Blindkopie)] *an verschiedene Geschäftspartner der SCO-Unternehmensgruppe verschickt und richtet sich in erster Linie an diese.*

Wie Sie wissen, behaupten führende Vertreter des Unternehmens "The SCO Group", Lindon, Utah, Ohio, USA, (kurz: SCO) seit etwa Anfang diesen Jahres öffentlich, dass durch das Open Source Betriebssystem Linux Urheberrechte verletzt würden. Soweit bekannt ist, hat SCO für diese Behauptung bisher keinerlei Beweise vorgelegt und noch nicht einmal die präzisen Stellen im Quellcode von Linux benannt, die angeblich Rechte verletzen.

In diesem Zusammenhang hat SCO im März das Unternehmen IBM auf Schadensersatz wegen angeblicher Urheberrechtsverletzungen verklagt. Die geforderte Summe beträgt inzwischen 3 Milliarden USD. Soweit bekannt ist, hat SCO trotz mehrfacher schriftlicher Aufforderung durch IBM auch in dieser gerichtlichen Auseinandersetzung keine Beweise vorgelegt. Der Behauptung der angeblichen Urheberrechtsverletzung wird zudem von SCO durch die weltweite Veröffentlichung von Schutzgeldpreislisten (http://sco.com/scosource/description.html) Nachdruck verliehen. Durch Zahlung dieser Schutzgelder könne man "Lizenzen" erwerben, "die eine Verletzung heilen und Anwendern eine ungestörte Benutzung des Betriebssystems Linux ermöglichen" (so ein von The SCO

Group, Bad Homburg, beim Landgericht Münster eingereichter Schriftsatz vom 16. September 2003).

Seit der Klageerhebung gegen IBM im März 2003 hat sich der Börsenkurs von SCO vervielfacht. Dies wurde offensichtlich durch die genannten massiv von SCO-Vertretern weltweit geschürten Gerüchte verursacht.

Daher liegt der dringende Verdacht nahe, dass es sich bei dem mit hohem Aufwand verbreiteten Gerücht der Urheberrechtsverletzung einschließlich der gegen IBM angestrengten Klage um einen auch mittels Prozessbetrug begangenen schweren Verstoß gegen § 20a Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) handelt. (http://www.bafin.de/gesetze/wphg.htm#p20a). Derartige Handlungen können laut § 38 WpHG (http://www.bafin.de/gesetze/wphg.htm#p38) mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft werden. Laut dem "Entwurf einer Verordnung zur Konkretisierung des Verbotes der Kurs- und Marktpreismanipulation - (Stand: Juni 2003)" des Bundesministeriums der Finanzen gehört zu den sonstigen Täuschungshandlungen im Sinne von § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WpHG "die Verbreitung von nicht zutreffenden Gerüchten oder Empfehlungen, die geeignet sind, andere zum Kauf oder Verkauf oder weiteren Halten eines Vermögenswertes zu verleiten." (http://www.bundesfinanzministerium.de/Anlage19516/Entwurf-einer-Verordnung-zur-Konkretisierung-des-Verbotes-der-Kurs-und-Marktpreismanipulation.pdf).

Die Aktie von SCO wird an deutschen Börsen gehandelt. Für entsprechende Ermittlungen ist daher laut WpHG die "Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht" in Frankfurt/Main zuständig. Zu dem Thema Kursmanipulation und Insiderhandel veröffentlicht die Bundesanstalt eine Informationsseite:

Verdacht auf Kursmanipulation oder Insiderhandel
http: //www.bafin.de/beschwerden/verdacht.htm

Aufgrund der geschäftlichen Beziehungen Ihres Unternehmens mit der SCO-Unternehmensgruppe haben Sie möglicherweise Kenntnis über Tatsachen erlangt, die den oben formulierten Verdacht erhärten oder belegen können. Falls Sie Informationen über derartige Tatsachen haben, die eventuelle Ermittlungen voranbringen können, dann teilen Sie diese bitte der Bundesanstalt mit. Diese Behörde ist gesetzlich zur Geheimhaltung verpflichtet. Die Anschrift der Bundesanstalt können Sie der angegebenen Seite entnehmen. Dankbar wäre ich Ihnen, wenn Sie mich gegebenenfalls ebenfalls informieren würden. Ich würde die Informationen nur mit Ihrem Einverständnis öffentlich verwenden.

Mit freundlichen Grüßen,

Die E-Mail wurde von einem Dritten im Internet veröffentlicht.

Die Klägerin hat in ihrer zum Landgericht München II erhobenen Klage vorgetragen, die Firma JoWi-Tec habe die E-Mail an ihrem Sitz in Hausham, das im Bezirk dieses Gerichts liegt, empfangen. Des Weiteren hat sie vorgetragen, derjenige, der die E-Mail im Internet veröffentlicht habe, habe diese vom Beklagten erhalten, der sich zumindest habe bewusst sein müssen, dass die E-Mail veröffentlicht werden würde.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, diese E-Mail sei wettbewerbswidrig gewesen. Zwar habe der Beklagte nicht als Mitbewerber gehandelt, weil er selbst keine Waren oder Dienstleistungen auf demselben Markt wie sie vertreibe. Er habe aber als Softwareentwickler ein eigenes

wirtschaftliches Interesse am Wettbewerb auf dem Markt der Klägerin. Er greife auch zu Gunsten der Mitbewerber der Klägerin in den Wettbewerb ein; dabei genüge es, wenn ein ganzer Wirtschaftszweig gefördert werden solle. Da der Beklagte sich gezielt an ihre Geschäftspartner wende, um die bestehenden Geschäftsbeziehungen zu beschädigen, sei sie aktivlegitimiert. Bei den Äußerungen des Beklagten handle es sich um unlautere, zum Teil unwahre Tatsachenbehauptungen, die geeignet seien, ihrem Geschäftsbetrieb Schaden zuzufügen; die Aufforderung an Geschäftspartner, Informationen über sie - die Klägerin - weiterzugeben, könne nur als Aufruf zu Boykott und Vertragsbruch verstanden werden. Auch die Tatbestände der §§ 823, 824 und 826 BGB seien erfüllt. Dem Beklagten komme es ausschließlich darauf an, ihr zu schaden; er handle nicht in dem von ihm bemühten Interesse der Allgemeinheit, sondern aus persönlicher Abneigung gegen sie und ihre Muttergesellschaft.

Sie hat beantragt,

I. 1. Der Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung [der gesetzlichen Ordnungsmittel] zu unterlassen, mit Geschäftspartnern der Klägerin in Kontakt zu treten, und zu behaupten, die SCO Group GmbH, die SCO Group Inc. oder die SCO-Unternehmensgruppe

a) würden Schutzgeldpreislisten veröffentlichen,

und/oder

b) würden behaupten, man könne durch Zahlung von Schutzgeldern Lizenzen erwerben,

und/oder

c) würden mittels eines Prozessbetruges einen schweren Verstoß gegen § 20a Wertpapierhandelsgesetz begehen,

und/oder

d) würden mit hohem Aufwand das Gerücht einer Urheberrechtsverletzung schüren oder verbreiten.

2. Dem Beklagten wird es bei Meidung [der gesetzlichen Ordnungsmittel] untersagt, mit Geschäftspartnern der Klägerin in Kontakt zu treten und diese dazu aufzufordern, Informationen, die sie aus ihrem geschäftlichen Kontakt mit der SCO-Unternehmensgruppe erlangt haben, an die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) oder den Beklagten selbst weiterzugeben.

3. Dem Beklagten wird es bei Meidung [der gesetzlichen Ordnungsmittel] untersagt, die unter Klageanträgen Ziff. 1. lit. a) - d) erwähnten Behauptungen im Internet zu veröffentlichen oder veröffentlichen zu lassen.

II. Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtlichen Schaden zu ersetzen, der ihr aus Handlungen des Beklagten gemäß Ziff. I. 1 bis 3 entstanden ist oder in Zukunft noch entsteht.

III. Der Beklagte wird verurteilt, der Klägerin Auskunft zu erteilen über den Umfang von Handlungen gemäß Ziff. I. 1 bis 3, insbesondere von Art, Inhalt, Zeitpunkt und Adressat der entsprechenden Äußerungen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat die Auffassung vertreten, das Landgericht München II sei örtlich unzuständig. Die Klage sei auch unbegründet. Die E-Mail sei lediglich an Geschäftspartner der Muttergesellschaft der Klägerin gerichtet gewesen. Die angegriffenen Äußerungen seien zulässig. Für den Antrag hinsichtlich der Veröffentlichung der angegriffenen Äußerungen im Internet fehle es bereits an einer Erstbegehungsgefahr.

Der Vorsitzende der zuständigen Handelskammer ist vom Beklagten wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt worden, nachdem er mehr als zehn Monate lang nicht über einen ergänzend mit einer 186 Seiten umfassenden „Skizze der erweiterten Klageerwiderung …“ begründeten Prozesskostenhilfeantrag des Beklagten entschieden hatte. Das Ablehnungsgesuch ist als unbegründet zurückgewiesen worden. Da der Beklagte der anschließenden Aufforderung des Landgerichts, eine aktualisierte Erklärung über seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse abzugeben, nicht nachgekommen ist, hat das Landgericht seinen Prozesskostenhilfeantrag zurückgewiesen. In der Folge hat der Beklagte den Vorsitzenden der Handelskammer mehrfach erneut wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt.

Vor einer Entscheidung über diese Ablehnungsgesuche hat der Vorsitzende der Handelskammer den Zeugen zum Erhalt der E-Mail des Beklagten vernommen. Der Zeuge hat ausgesagt, sich in München aufgehalten zu haben, als er die E-Mail empfangen habe. Nach der Vernehmung des Zeugen hat die Klägerin den Erlass eines Versäumnisurteils gegen den nicht erschienenen Beklagten beantragt. Das Landgericht hat einen Verkündungstermin angesetzt. Vor diesem Termin hat die Klägerin in einem nicht nachgelassenen Schriftsatz die Verweisung des Rechtsstreits an das Landgericht München I als das für den vom Zeugen bekundeten Empfangsort örtlich zuständige Gericht beantragt und vorgetragen, nunmehr sei ihr

bekannt geworden, dass der Beklagte vom 12. Oktober 1992 bis zum 31. Dezember 2003 das Gewerbe („Erstellung und Vertrieb von Hard- und Software") angemeldet gehabt habe.

Das Landgericht hat die Klage mit Urteil vom 1. Dezember 2006, auf dessen tatsächliche Feststellungen ergänzend Bezug genommen wird, abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass das Vorbringen der Klägerin die geltend gemachten Ansprüche nicht trage. Wettbewerbsrechtliche Ansprüche seien nicht gegeben, weil der Beklagte, der nach dem Vortrag der Klägerin kein eigenes Unternehmen betreibe, nicht zur Förderung eines fremden Unternehmens oder Wirtschaftszweigs gehandelt habe. Die Förderung des frei zugänglichen Betriebssystems Linux stelle jedoch nicht die Förderung eines Wirtschaftszweigs dar; ein entsprechender, auch nur einigermaßen eingrenzbarer Wirtschaftszweig könne nicht festgestellt werden, weil grundsätzlich jedermann, gleichgültig, ob Privatperson oder Unternehmen, Linux in beliebiger Form nutzen dürfe. Auch Ansprüche wegen eines rechtswidrigen Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Klägerin bestünden nicht. Soweit der Beklagte die Worte „Schutzgeldpreislisten" und „Schutzgelder" gebrauche, beziehe sich das unzweideutig darauf, dass die Muttergesellschaft der Klägerin in den USA und anderswo Lizenzgebühren verlange, die ihr nach Meinung des Beklagten nicht zustünden; die verwendeten Begriffe möchten unnötig scharf sein, einen Eingriff in den Gewerbebetrieb der deutschen Klägerin stellten sie nicht dar. Auch soweit der Beklagte im Anschluss daran den Verdacht äußere, SCO habe durch die Verbreitung des Gerüchts einer Urheberrechtsverletzung und die Klage gegen IBM ihren Börsenkurs gesteigert und dadurch mittels Prozessbetrugs einen Verstoß gegen § 20a WpHG begangen, ziele das auf die Muttergesellschaft der Klägerin. Selbst wenn dadurch auch die Klägerin als Tochtergesellschaft in Misskredit gebracht werden könne, rechtfertige das nicht die Annahme eines rechtswidrigen Eingriffs; der Verdacht sei vertretbar begründet und von der Klägerin nicht schlüssig widerlegt. Nichts anderes gelte für die Äußerung, SCO verbreite mit hohem Aufwand das Gerücht einer Urheberrechtsverletzung; Solange die Urheberrechtsverletzung nicht rechtskräftig festgestellt sei, dürfe der Beklagte die unbewiesene Behauptung als Gerücht bezeichnen. Soweit der Beklagte die Geschäftspartner der Klägerin dazu aufrufe, Tatsachenerkenntnisse der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht oder ihm mitzuteilen, liege darin weder ein Boykottaufruf noch eine Aufforderung zum Vertragsbruch; sie sei deshalb nicht rechtswidrig. Der Antrag, dem Beklagten zu verbieten, die in den Anträgen Ziffer I. 1. a) - d) genannten Behauptungen ins Internet zu stellen, sei bereits unbegründet, weil die Klägerin für eine Gefahr der Erstbegehung nichts Konkretes vorgetragen habe. Der Vortrag der Klägerin in deren nachgereichten Schriftsatz zu einer Gewerbeanmeldung des Beklagten sei

erspätet; auch im Übrigen habe der Schriftsatz keine Veranlassung für eine Wiedereröffnung der Verhandlung gegeben; das gelte auch für den Verweisungsantrag. Die weiteren Ablehnungsgesuche des Beklagten dienten sämtlich nur der Verfahrensverschleppung, seien demgemäß rechtsmissbräuchlich und daher unzulässig; über sie könne der abgelehnte Richter ausnahmsweise selbst im Urteil entscheiden.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. Sie ist der Auffassung, dass das Landgericht ihren nach der mündlichen Verhandlung gestellten Verweisungsantrag hätte beachten und wieder in die mündliche Verhandlung eintreten müssen; dann hätte der Vortrag zur Gewerbeanmeldung des Beklagten zu keiner Verzögerung geführt und wäre zu berücksichtigen gewesen. Das Landgericht habe auch ansonsten zu Unrecht angenommen, dass ihr die geltend gemachten Ansprüche nicht zustünden. Der Beklagte habe seine Vorwürfe keinesfalls vertretbar begründet. Er habe sich allein auf die Tatsache gestützt, dass ihre Muttergesellschaft in dem damals seit wenigen Monaten anhängigen Rechtsstreit mit IBM noch „keinerlei Beweise" vorgelegt habe. Es sei jedoch gerade die Eigenart des amerikanischen Zivilprozesses, dass der einer Klage zu Grunde liegende Lebenssachverhalt zunächst nur in groben Zügen umrissen werde und sich ein - teilweise viele Jahre dauerndes - *discovery*-Verfahren anschließe, das der Beweiserhebung und -ermittlung diene, so dass es bei Verfahren in den USA nicht nur völlig üblich, sondern sogar prozesstaktisch geboten sei, zunächst von der Vorlage umfangreicher Beweise abzusehen. Der Beklagte gründe seinen Verdacht also letztlich auf einen Umstand, der auch für jedes andere Gerichtsverfahren in den USA in gleicher Weise gelte. Im Übrigen wiederholt und vertieft sie ihr Vorbringen aus dem ersten Rechtszug.

Sie beantragt

I. Das Urteil des Landgerichts [...] wird dahin abgeändert,

1. dass der Beklagte verurteilt wird, es bei Meidung [der gesetzlichen Ordnungsmittel] zu unterlassen, mit Geschäftspartnern der Klägerin in Kontakt zu treten, und zu behaupten, die SCO Group GmbH, die SCO Group Inc. oder die SCO-Unternehmensgruppe

a) würden Schutzgeldpreislisten veröffentlichen,

und/oder

b) würden behaupten, man könne durch Zahlung von Schutzgeldern Lizenzen erwerben,

und/oder

c) würden mittels eines Prozessbetruges einen schweren Verstoß gegen § 20a Wertpapierhandelsgesetz begehen,

und/oder

d) würden mit hohem Aufwand das Gerücht einer Urheberrechtsverletzung schüren oder verbreiten;

2. dass dem Beklagten es bei Meidung [der gesetzlichen Ordnungsmittel] untersagt wird, mit Geschäftspartnern der Klägerin in Kontakt zu treten und diese dazu aufzufordern, Informationen, die sie aus ihrem geschäftlichen Kontakt mit der SCO-Unternehmensgruppe erlangt haben, an die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) oder den Beklagten selbst weiterzugeben;

3. dass dem Beklagten es bei Meidung [der gesetzlichen Ordnungsmittel] untersagt wird, die unter Klageanträgen Ziff. 1. lit. a) - d) erwähnten Behauptungen im Internet zu veröffentlichen oder veröffentlichen zu lassen;

4. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtlichen Schaden zu ersetzen, der ihr aus Handlungen des Beklagten gemäß Ziff. I. 1 bis 3 entstanden ist oder in Zukunft noch entsteht;

5. den Beklagten zu verurteilen, der Klägerin Auskunft zu erteilen über den Umfang von Handlungen gemäß Ziff. I. 1 bis 3, insbesondere von Art, Inhalt, Zeitpunkt und Adressat der entsprechenden Äußerungen.

II. Hilfsweise zu I.: Das Urteil des Landgerichts [...] wird aufgehoben und die Sache an das örtlich zuständige Landgericht München I verwiesen.

Der Beklagte verteidigt das angegriffene Urteil und beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

In der mündlichen Verhandlung am 19. Juli 2007 hat der Beklagte behauptet, die Muttergesellschaft der Klägerin habe bei Erhebung der Klagen gegen IBM und ein anderes Unternehmen gewusst, dass dafür keine Grundlage bestanden habe. Die Klägerin hat das bestritten und hierzu die Einräumung einer Schriftsatzfrist beantragt.

Im Übrigen wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und auf das Protokoll des Termins vom 19. Juli 2007 Bezug genommen.

B.

Die zulässige Berufung ist unbegründet.

I. Die Berufung kann sich nicht auf einen Mangel des Verfahrens im ersten Rechtszug stützen.

1. Ohne Belang ist, dass das Landgericht München II örtlich unzuständig war, wie sich aus dessen Beweisaufnahme ergeben hat; denn gemäß § 513 Abs. 2 ZPO kann eine Berufung nicht darauf gestützt werden, dass das Gericht des ersten Rechtszuges seine Zuständigkeit zu Unrecht angenommen hat. Die Anwendung dieser Vorschrift setzt nicht voraus, dass ein Gericht ausdrücklich ausspricht, es sei zuständig; vielmehr genügt die stillschweigende Annahme seiner Zuständigkeit (vgl. OLG Hamburg, Urt. v. 30. März 1989 - 6U 169/88 [zum im Wesentlichen gleichlautenden § 512a ZPO a. F.], in juris nachgewiesen; *Ball* in: *Musielak*, ZPO, 5. Aufl. 2007, § 513 Rz. 10).

2. Es kann dahin stehen, ob die Würdigung des Landgerichts zutreffend war, die noch nicht verbeschiedenen Ablehnungsgesuche des Beklagten gegen den Vorsitzenden der Handelskammer stünden einer Sachentscheidung nicht entgegen. Denn ein eventueller sich daraus ergebender Verfahrensmangel ist von der Klägerin nicht geltend gemacht worden und deshalb gemäß § 529 Abs. 2 Satz 1 ZPO der Prüfung im Berufungsverfahren nicht zugänglich.

II. Die Klägerin kann ihre Klage nicht auf wettbewerbsrechtliche Ansprüche stützen.

1. Nach Versendung der angegriffenen E-Mail ist am 8. Juli 2004 das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004 (BGBl. I, S. 1414) in Kraft getreten; zugleich ist das frühere Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 außer Kraft getreten. Der in die Zukunft gerichtete Unterlassungsantrag der Klägerin, der auf Wiederholungsgefahr gestützt ist, kann daher in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht nur bestehen, wenn das beanstandete Verhalten des Beklagten zur Zeit seiner Begehung den Unterlassungsanspruch begründet hat und dieser auch auf der Grundlage der nunmehr geltenden Rechtslage noch gegeben ist; die Frage, ob der Klägerin aus Wettbewerbsrecht Schadensersatzansprüche und - als Hilfsansprüche zu deren Durchsetzung - Auskunftsansprüche zustehen, richtet sich nach dem zur Zeit der beanstandeten Handlungen geltenden Recht (vgl. BGH GRUR 2007, 339 Tz. 22 - *Stufenleitern* m. w. N.).

Danach bestehen keine wettbewerbsrechtlichen Ansprüche, denn sowohl nach früherer als auch nach derzeitiger Rechtslage findet das Wettbewerbsrecht keine Anwendung auf das angegriffene Verhalten des Beklagten.

a) Bei unlauteren Wettbewerbshandlungen bestehen gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1, § 3 UWG wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche und gemäß § 9 Satz 1, § 3 UWG - bei zumindest fahrlässiger Begehung - Schadensersatzansprüche. Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ist Wettbewerbshandlung jede Handlung einer Person mit dem Ziel, zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens den Absatz oder den Bezug von Waren oder die Erbringung oder den Bezug von Dienstleistungen zu fördern.

Notwendige Voraussetzungen für die Annahme einer Wettbewerbshandlung ist nicht nur deren objektive Eignung zur Förderung des Wettbewerbs eines Unternehmens, sondern auch eine entsprechende Absicht, wie sich aus der - die frühere Rechtsprechung aufgreifenden - Formulierung „mit dem Ziel ...“ ergibt (vgl. *Köhler* in: *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl. 2007, § 2 UWG Rz. 24 m. w. N.). Das entspricht auch der Rechtslage unter der Geltung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 (vgl. BGH GRUR 2006, 875 - *Rechtsanwalts-Ranglisten* Tz. 22 m. w. N.).

b) Im Streitfall kann nicht von einer Wettbewerbsabsicht des Beklagten ausgegangen werden.

aa) Die Klägerin kann sich nicht darauf berufen, dass eine Vermutung für eine Wettbewerbsabsicht des Beklagten beim Versenden der angegriffenen E-Mail spreche.

Zwar spricht eine widerlegliche tatsächliche Vermutung für eine solche Absicht, wenn der Handelnde ein Unternehmer ist und sein Handeln die objektive Eignung besitzt, den Wettbewerb des eigenen Unternehmens zu fördern (vgl. *Köhler*, a. a. O., § 2 UWG Rz. 31 m. w. N.). Der klägerische Vortrag erlaubt jedoch nicht die Annahme, der Beklagte habe ein eigenes Unternehmen gehabt, das durch die angegriffene E-Mail-Versendung hätte gefördert werden können.

Der Beklagte hat den Vortrag der Klägerin, er habe im Zeitpunkt der E-Mail-Versendung ein eigenes gewerbliches Unternehmen geführt, bestritten. Den ihr deshalb obliegenden Beweis für diese Behauptung hat die Klägerin nicht angetreten. Insbesondere trägt auch ihr vom Landge-

cht nicht mehr beachteter Vortrag, der Beklagte habe in der Zeit vom 12. Oktober 1992 bis um 31. Dezember 2003 - und damit etwa ein Monat über das Datum der E-Mail-Versendung hinaus - ein Gewerbe angemeldet, nicht die beweisbedürftige Behauptung, der Beklagte habe das Gewerbe auch tatsächlich ausgeübt. Ebenso wenig ist der Umstand, dass der Beklagte sich selbst als Software-Entwickler bezeichnete, geeignet, eine andere Beurteilung zu rechtfertigen. Die Klägerin hat den Beklagten selbst bereits in ihrer Klageschrift als freien Software-Entwickler bezeichnet und ist gleichwohl - zu Recht - davon ausgegangen, dass dieser Umstand ihn noch nicht zu einem Mitbewerber macht.

Der E-Mail fehlt zudem die objektive Eignung, ein eigenes Unternehmen des Beklagten zu fördern, da ihr keinerlei Hinweis auf eine unternehmerische Tätigkeit des Beklagten zu entnehmen ist. Es ist nicht ersichtlich, in welcher Weise das dem Beklagten von der Klägerin unterstellte Unternehmen aus der Versendung der E-Mail Nutzen hätte ziehen können; ebenso wenig ist ersichtlich, inwieweit die E-Mail objektiv geeignet sein könnte, die freiberufliche Tätigkeit des Beklagten als Software-Entwickler zu fördern.

bb) Ob die angegriffenen Aussagen objektiv geeignet sind, den Wettbewerb fremder Unternehmen, gar einer ganzen Dienstleistungsbranche, zu fördern, kann dahinstehen, da für die Absicht, fremden Wettbewerb zu fördern, keine Vermutung besteht (vgl. BGH GRUR 2004 693 [694] - *Schöner Wetten* m. w. N.). In derartigen Fällen bedarf es konkreter Umstände, um die Annahme einer Wettbewerbsabsicht zu begründen (vgl. BGH, a. a. O., - *Rechtsanwalts-Ranglisten* Tz. 23 m. w. N.), die im Streitfall nicht festgestellt werden können. Vielmehr würdigt auch die Klägerin den Sachverhalt in zutreffender Weise dahin, dass der Beklagte aus persönlicher Abneigung gegen die klägerische Unternehmensgruppe handelt.

III. Der Klägerin stehen keine Unterlassungsansprüche aus § 824 Abs. 1 BGB, § 1004 Abs. 1 BGB analog zu. Diese Vorschrift betrifft unwahre Tatsachenbehauptungen; die von den Klageanträgen erfassten Aussagen stellen indes keine solchen Behauptungen dar.

1. Tatsachenbehauptungen sind durch die objektive Beziehung zwischen Äußerung und Wirklichkeit charakterisiert, während für Werturteile und Meinungsäußerungen die subjektive Be-

ziehung des sich Äußernden zum Inhalt seiner Aussage kennzeichnend ist. Wesentlich für die Einstufung als Tatsachenbehauptung ist danach, ob die Aussage einer Überprüfung auf ihre Richtigkeit mit Mitteln des Beweises zugänglich ist. Dies scheidet bei Werturteilen und Meinungsäußerungen aus, weil sie durch das Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens gekennzeichnet sind und sich deshalb nicht als wahr oder unwahr erweisen lassen. Bei Äußerungen, die sowohl Tatsachenbehauptungen als auch Meinungsäußerungen oder Werturteile enthalten, kommt es auf den Kern oder die Prägung der Aussage an, insbesondere ob die Äußerung insgesamt durch ein Werturteil geprägt ist und ihr Tatsachengehalt gegenüber der subjektiven Wertung in den Hintergrund tritt oder aber ob überwiegend, wenn auch vermischt mit Wertungen, über tatsächliche Vorgänge oder Zustände berichtet wird (vgl. BGH NJW 2006, 830 - *Kirch / Deutsche Bank AG* Tz. 63 m. w. N.).

Voraussetzung für eine zutreffende Einordnung einer Äußerung ist die Ermittlung des Aussageinhalts. Dabei darf nicht isoliert auf einzelne aus dem Kontext gerissene Passagen abgestellt werden; vielmehr sind die Aussagen im Zusammenhang mit der Gesamtäußerung zu deuten. Da es insoweit auf die Erfassung des objektiven Sinns der Äußerung ankommt, ist entscheidend weder die subjektive Absicht des sich Äußernden noch das subjektive Verständnis des von der Äußerung Betroffenen, sondern das Verständnis, das ihr unter Berücksichtigung des allgemeinen Sprachgebrauchs und der erkennbaren, den Sinn der Äußerung mitbestimmenden Begleitumstände ein unvoreingenommenes, verständiges, an den betreffenden Fragen interessiertes Publikum zumisst (vgl. BGH, a. a. O., - *Kirch / Deutsche Bank AG* Tz. 64 m. w. N.).

2. Danach bietet die angegriffene E-Mail keine Grundlage für Ansprüche aus § 824 BGB.

a) Sie enthält zwar mehrere einem Beweis zugängliche Aussagen, diese sind jedoch nach dem Parteivortrag zutreffend und im Übrigen nicht von den klägerischen Anträgen erfasst.

So hat die Klägerin nicht bestritten, dass ihre Muttergesellschaft der Klägerin seit Anfang 2004 öffentlich behauptet hatte, dass durch Linux Urheberrechte verletzt würden. Ebenso ist nicht bestritten, dass diese Gesellschaft dafür keine Beweise vorgelegt, IBM wegen solcher Urheberrechtsverletzungen auf Schadensersatz in Milliardenhöhe verklagt und weltweit Preislisten für Lizenzen veröffentlicht hatte. Gleichfalls unstreitig ist, dass die Klägerin die Funktion dieser Lizenzen dahin beschrieben hatte, dass diese eine Verletzung - von Urheberrechten - heilen und

nwendern eine ungestörte Benutzung des Betriebssystems Linux ermöglichen sollten. Zutreffend ist nach dem Parteivortrag schließlich auch die Behauptung, dass sich der Börsenkurs der Muttergesellschaft der Klägerin seit der Klageerhebung gegen IBM vervielfacht hatte.

b) Dagegen sind die mit dem Berufungsantrag Ziffer I. 1. angegriffenen Äußerungen des Beklagten im Wesentlichen Meinungsäußerungen und keine Tatsachenbehauptungen.

aa) Die Verwendung des Begriffs „Schutzgeld", wie sie von der Klägerin mit ihren Berufungsanträgen Ziffern I. 1. a) und b) angegriffen wird, kann nicht losgelöst von der sonstigen Darstellung in der E-Mail des Beklagten gewürdigt werden. Angesichts des unmittelbar davor geschilderten - unstreitigen - Sachverhalts und der Apostrophierung der von der klägerischen Unternehmensgruppe geltend gemachten Urheberrechtsverletzungen als „angeblich" versteht der Empfänger der E-Mail den Begriff „Schutzgeld" als zusammenfassende Würdigung des mitgeteilten Sachverhalts durch den Beklagten, die dahin geht, dass die klägerische Unternehmensgruppe mit rechtlichen Schritten (die die ungestörte Benutzung von Linux beeinträchtigen würden) wegen der Verletzung von Urheberrechten drohe, um Lizenzzahlungen zu erhalten, obwohl ihr bewusst sei, dass sie darauf keinen Anspruch habe.

Damit enthält die Äußerung im Wesentlichen keine Tatsachenbehauptung. Zwar können einfache Rechtsbegriffe wie „Eigentum" oder „Leihe" im allgemeinen Sprachgebrauch als Tatsachenbehauptungen aufgefasst werden. Das ist auch noch bei denjenigen Bezeichnungen von Straftatbeständen wie etwa „Diebstahl" möglich, bei denen sich regelmäßig alleine aus der dem Tatsächlichen verhafteten Tatbestandsverwirklichung das rechtliche Urteil der Rechtswidrigkeit ergibt. Dagegen ist die dem angegriffenen Begriff „Schutzgeld" zu Grunde liegende Frage nach einer Urheberrechtsverletzung von derart vielschichtiger und durch Bewertungen geprägter Art, dass sie rechtlichen und nicht tatsächlichen Gehalt hat und deshalb einem Beweis nicht zugänglich ist, sondern ein Werturteil darstellt (vgl. Senat GRUR-RR 2004, 309 [310] - *billiges Plagiat* m. w. N.). Entsprechend ist auch die Aussage, eine (Lizenz-)Zahlung sei „Schutzgeld" in dem oben dargestellten Sinn, keine Tatsachenbehauptung.

Daran änderte sich auch dann nichts, wenn Empfänger der Äußerung den Eindruck gewinnen können, der angegriffenen Begriffsverwendung lägen Tatsachenfeststellungen zu Grunde. Zwar kann ein Werturteil mit einer Tatsachenbehauptung derart verbunden sein, dass seine Schutzwürdigkeit auch vom Wahrheitsgehalt der zu Grunde liegenden tatsächlichen Annahmen ab-

fängt. Wenn aber die Äußerung derart substanzarm ist, dass sich ihr eine konkret greifbare Tatsache nicht entnehmen lässt und sie ein bloß pauschales Urteil enthält, tritt der tatsächliche Gehalt gegenüber der Wertung zurück und beeinflusst die Abwägung nicht (vgl. BVerfG NJW-RR 2004, 1710 [1711] - *gerlach-report* m. w. N.). So liegt es im Streitfall, in dem das mit dem Begriff „Schutzgeld" angesprochene tatsächliche Geschehen nicht durch den Begriff selbst in einer Weise deutlich wird, dass auch ein nicht unterrichteter Dritter die Schlussfolgerung mitvollziehen und die der Wertung zu Grunde liegende Tatsache erkennen könnte. Der tatsächliche Gehalt des Begriffs „Schutzgeld" ist vielmehr gerade wegen dessen Pointiertheit derart substanzarm, dass er gegenüber der subjektiven Wertung in den Hintergrund tritt. Da dem Beklagten die Verwendung losgelöst von der in der E-Mail vorangehenden Sachverhaltsdarstellung untersagt werden soll, kann auf deren Tatsachengehalt nicht abgestellt werden; im Übrigen spräche dieser, da zutreffend, für die Zulässigkeit der Äußerung.

bb) Der klägerische Antrag gemäß Ziffer I. 1 c) der Berufungsanträge, der darauf gerichtet ist, dem Beklagten die Behauptung zu untersagen, die Klägerin oder die mit ihr verbundene Unternehmen würden mittels eines Prozessbetruges einen schweren Verstoß gegen § 20a Wertpapierhandelsgesetz begehen, trifft schon nicht die tatsächlich vom Beklagten gemachte Äußerung. Denn der Beklagte behauptete Prozessbetrug und Verstoß gegen § 20a WpHG nicht als gesichert, als er in seiner E-Mail schrieb, auf Grund des von ihm dargestellten Sachverhalts („daher") liege ein dringender Verdacht nahe. Das ergibt sich auch aus der Betreffzeile der E-Mail, in der von einem Verdacht die Rede ist.

Schon die Aussage, der eingangs der E-Mail dargestellte - unstreitige - Sachverhalt begründe einen Verdacht, stellt eine wertende Würdigung dieses Sachverhalts dar, die eine reine Meinungsäußerung ist. Darüber hinaus ist die Würdigung, der Sachverhalt, für den ein Verdacht bestehe, erfülle die Tatbestände des (Prozess-)Betrugs (vgl. § 263 StGB) und der Marktmanipulation (vgl. § 20a WpHG), ebenfalls untrennbar mit der Frage nach einer Urheberrechtsverletzung verknüpft und deshalb ebenso wie die Verwendung des Begriffs „Schutzgeld" Meinungsäußerung(vgl. BGH NJW 2002, 1192 [1193] zur Verwendung des Begriffs „Betrug").

Erst recht sind die Bewertungen, der Verdacht sei dringend und der mögliche Verstoß schwer, reine Meinungsäußerungen.

c) Auch die mit dem Berufungsantrag Ziffer I. 1. d) angegriffene Aussage, von Seiten der klägerischen Unternehmensgruppe würde mit hohem Aufwand das Gerücht einer Urheberrechtsverletzung geschürt oder verbreitet, stellt im Wesentlichen nicht eine Tatsache, sondern eine Meinungsäußerung dar. Die Verwendung des Begriffs „Gerücht" besagt nichts anderes, als dass der Beklagte die von der klägerischen Unternehmensgruppe vertretene Behauptung einer Urheberrechtsverletzung als ohne hinreichende Tatsachengrundlage ansehe. Das stellt lediglich eine wertende Beurteilung dieses Vorgehens und damit eine Meinungsäußerung dar, nicht eine dem Beweis zugängliche Tatsachenbehauptung. Gleiches gilt für die gänzlich substanzarme Einschätzung, der dabei betriebene Aufwand sei hoch. Soweit der Aussage auch der tatsächliche Teil beigemessen werden kann, dass die Behauptung einer Urheberrechtsverletzung von der klägerischen Unternehmensgruppe verbreitet worden sei, liegt wiederum eine wahre Behauptung vor.

IV. Der Klägerin stehen auch keine Unterlassungsansprüche wegen rechtswidrigen Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Klägerin (§ 823 Abs. 1 BGB, § 1004 Abs. 1 BGB analog) zu.

Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb stellt einen offenen Tatbestand dar, dessen Inhalt und Grenzen sich erst aus einer Interessen- und Güterabwägung mit der im Einzelfall konkret kollidierenden Interessensphäre anderer ergeben; dabei sind vor allem grundrechtlich geschützte Positionen der Beteiligten zu berücksichtigen (vgl. BGH, a. a. O., - *Kirch / Deutsche Bank AG* Tz. 97 m. w. N.). Der Ausgang dieser Abwägung lässt sich wegen der Abhängigkeit von den Umständen des Einzelfalls nicht generell und abstrakt vorausbestimmen.

Im Streitfall führt die Abwägung der kollidierenden Interessen der Parteien zum Überwiegen der Belange des Beklagten und somit zur Zulässigkeit der angegriffenen Äußerungen.

1. Zu Gunsten der Klägerin ist bei der Abwägung zunächst zu berücksichtigen, dass diese durch die angegriffenen Äußerungen in ihrer durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Freiheit der beruflichen Betätigung beeinträchtigt wird.

a) Art. 12 Abs. 1 GG schützt das Recht, den Beruf frei zu wählen und frei auszuüben. „Beruf" ist dabei jede Tätigkeit, die auf Dauer berechnet ist und der Schaffung und Erhaltung der Le-

ensgrundlage dient. Das Grundrecht ist nach Art. 19 Abs. 3 GG auch auf juristische Personen es Privatrechts anwendbar, soweit sie eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit ausüben, die hrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise einer juristischen wie einer natürlichen Person offen steht. In der bestehenden Wirtschaftsordnung umschließt das Freiheitsrecht des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG das berufsbezogene Verhalten der Unternehmen am Markt nach den Grundsätzen des Wettbewerbs. Insoweit sichert die Vorschrift die zu Erwerbszwecken erfolgende Teilhabe am Wettbewerb (vgl. BVerfG, a. a. O., - *gerlach-report* S. 1711 m. w. N.).

Der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG kann nicht nur berührt sein, wenn eine berufliche Tätigkeit unterbunden wird, sondern auch, wenn deren Markterfolg behindert wird. Obwohl unrichtige oder unsachliche Informationen den Wettbewerber nicht grundsätzlich daran hindern, seinen Beruf auszuüben, können sie doch den Erfolg der Berufsausübung beeinflussen. Soweit die am Markt verfügbaren Informationen inhaltlich zutreffen und sachlich sind, gewährt das Grundrecht der Berufsfreiheit jedoch auch dann keinen Schutz gegen sie, wenn die Wettbewerbsposition eines Unternehmens durch sie nachteilig beeinflusst wird. Eine marktwirtschaftliche Ordnung setzt gerade voraus, dass die Marktteilnehmer über ein möglichst hohes Maß an Informationen über marktrelevante Faktoren verfügen. Informationen, welche die Markttransparenz verbessern und den Marktteilnehmern eine an den eigenen Interessen orientierte Entscheidung über die Bedingungen der Marktteilhabe ermöglichen, berühren den Schutzbereich der Berufsfreiheit auch dann nicht, wenn sie sich auf die Wettbewerbsposition eines einzelnen Unternehmens nachteilig auswirken (vgl. BVerfG, a. a. O., - *gerlach-report* S. 1711 m. w. N.). Art. 12 Abs. 1 GG vermittelt kein Recht des Unternehmens, von anderen nur so dargestellt zu werden, wie es gesehen werden möchte oder wie es sich und seine Produkte selber sieht (vgl. BVerfG NJW 2002, 2621 [2622] - *Glykolwein*).

Dagegen schützt Art. 12 Abs. 1 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 und sie in der Folge den betroffenen Wettbewerber in der Freiheit seiner beruflichen Tätigkeit beeinträchtigen (vgl. BVerfG, a. a. O., - *gerlach-report* S. 1711 m. w. N.).

b) So liegt es im Streitfall jedenfalls bei den im Berufungsantrag Ziffer I. 1. aufgeführten Äußerungen des Beklagten. Diese verlassen sowohl in der Wahl des Begriffs „Schutzgeld" als auch

der Darstellung eines strafrechtlich relevanten Verdachts den Bereich dessen, was in Bezug auf das Kriterium der Markttransparenz sachlich geboten war. Sie sind vielmehr herabsetzend formuliert und deshalb geeignet, andere Marktteilnehmer von Geschäften mit der Klägerin abzuhalten. Das gilt auch insoweit, als sich die angegriffenen Aussagen nicht unmittelbar auf die Klägerin, sondern auf deren Muttergesellschaft oder deren Geschäftsführung und die gesamte Unternehmensgruppe richten, weil Marktteilnehmer bei ihrer Beurteilung von Unternehmen Konzernbindungen nicht ignorieren, sondern oftmals von einer konzerneinheitlichn Geschäftspolitik ausgehen.

2. Auf Seiten des Beklagten ist in die Abwägung einzustellen, dass die angegriffenen Äußerungen in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) fallen.

a) Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistet jedermann das Recht, seine Meinung frei zu äußern.

aa) Gegenstand des grundrechtlichen Schutzes aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG sind Meinungen. Diese genießen den Schutz des Grundrechts, ohne dass es darauf ankäme, ob die Äußerung begründet oder grundlos, emotional oder rational ist, als wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos eingeschätzt wird (vgl. BVerfG NJW 1994, 1779 m. w. N.). Selbst eine polemische oder verletzende Formulierung entzieht eine Äußerung nicht dem Schutzbereich der Grundrechtsnorm (vgl. BVerfG NJW 2006, 3769 [3770] - *Babycaust* m. w. N.) Vom grundrechtlichen Schutz umfasst ist auch das Recht des Äußernden, die Modalitäten einer Äußerung und damit das Verbreitungsmedium frei zu bestimmen (vgl. BVerfG NJW 2003, 1109 [1110] m. w. N.).

Tatsachenbehauptungen sind dagegen im strengen Sinn keine Meinungsäußerungen. Sie fallen deswegen aber nicht von vornherein aus dem Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG heraus. Da sich Meinungen in der Regel auf tatsächliche Annahmen stützen oder zu tatsächlichen Verhältnissen Stellung beziehen, sind sie durch das Grundrecht jedenfalls insoweit geschützt, als sie Voraussetzung für die Bildung von Meinungen sind, welche Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG in seiner Gesamtheit gewährleistet. Infolgedessen endet der Schutz von Tatsachenbehauptungen erst dort, wo sie zu der verfassungsrechtlich vorausgesetzten Meinungsbildung nichts beitragen können. Unter diesem Gesichtspunkt ist unrichtige Information kein schützenswertes Gut. Die bewusst oder erwiesen unwahre Tatsachenbehauptung wird daher nicht vom Schutz der Meinungsfreiheit umfasst. Allerdings dürfen die Anforderungen an die Wahrheitspflicht nicht so bemessen werden, dass darunter die Funktion der Meinungsfreiheit leidet und auch zulässige

ßerungen aus Furcht vor Sanktionen unterlassen werden (vgl. BVerfG NJW 1994, 1779 w. N.). Daher reicht es nicht, dass erst eine spätere Beweisaufnahme die Unrichtigkeit der ußerung ergibt. Für den Äußernden muss vielmehr im Zeitpunkt der Äußerung eine zumutba- Möglichkeit bestehen, die Unwahrheit zu erkennen (vgl. BVerfG NJW 2003, 1855 m. w. N.). Deshalb sind dem sich Äußernden Sorgfaltspflichten auferlegt, die sich im Einzelnen nach den Aufklärungsmöglichkeiten richten und etwa für Medien strenger sind als für Privatleute (vgl. BVerfG NJW 2000, 1209 [1210] m. w. N.). Wahre Aussagen müssen dagegen in der Regel hingenommen werden, auch wenn sie nachteilig für den Betroffenen sind, es sei denn, die Aussagen betreffen die Intim-, Privat- oder Vertraulichkeitssphäre und sind nicht durch ein berechtigtes Informationsinteresse der Öffentlichkeit gerechtfertigt (vgl. BVerfG NJW 2003, 1109 [1110] m. w. N.).

bb) Das Recht der Meinungsfreiheit ist jedoch nicht vorbehaltlos gewährt. Es findet nach Art. 5 Abs. 2 GG seine Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, zu denen auch § 823 Abs. 1 BGB gehört. Diese Vorschrift muss allerdings ihrerseits im Lichte der Bedeutung des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG gesehen und so ausgelegt und angewandt werden, dass der besondere Wertgehalt des Rechts der freien Meinungsäußerung auf jeden Fall gewahrt bleibt. Es findet also eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, dass § 823 Abs. 1 BGB zwar dem Grundrecht Schranken setzt, aber aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts ausgelegt und in seiner das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden muss (vgl. BGH, a. a. O., - *Kirch / Deutsche Bank AG* Tz. 99 m. w. N.).

Dabei muss die Meinungsfreiheit stets zurücktreten, wenn die Äußerung die Menschenwürde eines anderen antastet. Lässt sich eine Aussage weder als Angriff auf die Menschenwürde noch als Formalbeleidigung oder Schmähung einstufen, so kommt es für die Abwägung auf die Schwere der Beeinträchtigung der betroffenen Rechtsgüter an (vgl. BVerfG NJW 2006, 3266 [3267] m. w. N.). Wegen des die Meinungsfreiheit verdrängenden Effekts ist der Begriff der Schmähkritik eng auszulegen. Eine Schmähung liegt nicht bereits wegen der herabsetzenden Wirkung einer Äußerung vor, selbst wenn es sich um eine überzogene oder ausfällige Kritik handelt. Vielmehr nimmt eine herabsetzende Äußerung erst dann den Charakter der Schmähung an, wenn nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern - jenseits auch polemischer und überspitzter Kritik - die Diffamierung im Vordergrund steht (vgl. BVerfG NJW 2005, 3274 m. w. N.).

nach diesen Grundsätzen der Bereich der Abwägung eröffnet, so spricht eine Vermutung zu unsten der Freiheit der Rede, wenn es sich bei der umstrittenen Äußerung um einen Beitrag ur öffentlichen Meinungsbildung handelt; Abweichungen davon bedürfen einer Begründung, ie der konstitutiven Bedeutung der Meinungsfreiheit für die Demokratie Rechnung trägt (vgl. BVerfG NJW 2006, 3266 [3267] m. w. N.). Für Tatsachenbehauptungen gilt dies allerdings nicht in gleicher Weise. Im Gegensatz zur Äußerung einer Meinung ist für den verfassungsrechtlichen Schutz einer Tatsachenmitteilung deren Richtigkeit von Bedeutung. Weist eine Gesamtäußerung in nicht trennbarer Weise sowohl tatsächliche als auch wertende Bestandteile auf, so wird sie als Meinung von dem Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG geschützt, wenn sie durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt ist; die Richtigkeit des tatsächlichen Äußerungsgehalts, der dem Werturteil zu Grunde liegt, ist dann jedoch im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen (vgl. BVerfG NJW-RR 2006, 1130 [1131] m. w. N.).

3. Bei einer Abwägung der gegenläufigen Belange unter Berücksichtigung dieser Grundsätze auf den Streitfall überwiegen die für die Meinungsfreiheit streitenden Gesichtspunkte, so dass die Klägerin ein Verbot der von ihr angegriffenen Äußerungen nicht erreichen kann.

a) Die mit dem Berufungsantrag Ziffer I. 1. angegriffenen Äußerungen sind zulässig.

aa) Die Verwendung des Begriffs „Schutzgeld", wie sie von der Klägerin mit ihren Berufungsanträgen Ziffern I. 1. a) und b) angegriffen wird, stellt eine Meinungsäußerung dar (s. o. Ziff. III. 2. b] aa]). Auch bei der mit dem Berufungsantrag Ziffer I. 1. c) angegriffene Aussage, es bestehe ein dringender Verdacht auf einen auch mittels Prozessbetrug begangenen schweren Verstoßes gegen § 20a WpHG, handelt es sich um eine Würdigung und damit um eine Meinungsäußerung (s. o. III. 2. b] bb]). Schließlich stellt auch die mit dem Berufungsantrag Ziffer I. 1. d) angegriffene Aussage, von Seiten der klägerischen Unternehmensgruppe würde mit hohem Aufwand das Gerücht einer Urheberrechtsverletzung geschürt oder verbreitet, keine Tatsachenbehauptung, sondern eine Meinungsäußerung dar (s. o. III. 2 b] cc]).

Diese Äußerungen haben alle einen sachlichen Bezug zur Auseinandersetzung um die Berechtigung der Vorgehensweise der klägerischen Unternehmensgruppe und sind deshalb ungeachtet ihrer polemischen Form keine von vornherein unzulässige Schmähkritik.

gen ist zu eigen, dass sie zu einer die Öffentlichkeit wesentlich berührende Frage - die freie Benutzbarkeit eines Betriebssystems, das im Wettbewerb zu kostenpflichtigen Betriebssystemen steht - Stellung nehmen. Deshalb streitet die verfassungsrechtlich vorgegebene Vermutung zu Gunsten der freien Rede für ihre Zulässigkeit.

bb) Die Umstände des Streitfalls widerlegen diese Vermutung nicht.

Insbesondere sind die tatsächlichen Grundlagen, auf die der Beklagte seine Würdigungen stützte, nicht unrichtig (s. o. Ziff. III. 2. a]). Der Streitfall bietet keine Veranlassung zur Klärung der Frage, inwieweit der besondere Schutz der Intim-, Privat- oder Vertraulichkeitssphäre, der natürlichen Personen auch Ansprüche gegen wahre Tatsachenbehauptungen und darauf beruhende Werturteilen gewähren kann, auch juristischen Personen wie der Klägerin zusteht, da die tatsächlichen Grundlagen der angegriffenen Äußerungen ersichtlich keiner vergleichbar vertraulichen Sphäre zuzuordnen sind.

Dahinstehen kann auch, inwieweit die Nichtvorlage von Beweisen in dem Rechtsstreit der Muttergesellschaft der Klägerin mit IBM einer vor US-amerikanischen Gerichten gängigen Praxis entspricht, denn es kommt nicht darauf an, ob der vom Beklagten daraus gezogene Schluss mehr oder weniger zwingend war.

Wegen der Richtigkeit der tatsächlichen Grundlagen der Äußerungen kann auch von einer Sorgfaltspflichtverletzung des Beklagten bei deren Ermittlung nicht die Rede sein.

b) Die mit dem Berufungsantrag Ziffer I. 2. angegriffene Aufforderung des Beklagten an Geschäftspartner der Klägerin, aus ihrem geschäftlichen Kontakt mit der klägerischen Unternehmensgruppe erlangte Informationen an die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht oder ihn selbst weiterzugeben, stellt ebenfalls keinen rechtswidrigen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Klägerin dar.

aa) Entgegen der Auffassung der Klägerin handelt es sich bei der allgemeinen Aufforderung zur Informationsweitergabe nicht um einen Boykottaufruf. Die Frage des Fortbestands der Geschäftsbeziehungen der E-Mail-Adressaten zur Klägerin wird nicht weder ausdrücklich noch verdeckt angesprochen; der bloße Umstand, dass die Adressaten die E-Mail zum Anlass neh-

n mögen, die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehungen zu überprüfen, verleiht der angeffenen Äußerung noch nicht den Charakter einer Aufforderung zu deren Abbruch.

ei der Prüfung, ob in der Äußerung ein rechtswidriger Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Klägerin liegt, ist deshalb lediglich von dem bereits durch den Wortlaut vorgegebenen Sinn einer Aufforderung zur Informationsweitergabe auszugehen.

bb) Im Rahmen der gebotenen Abwägung (s. o. IV. vor 1.) ist zu Gunsten der Klägerin zu berücksichtigen, dass diese auch durch die hier in Rede stehende Äußerung in ihrer durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Freiheit der beruflichen Betätigung teilweise beeinträchtigt wird.

Die an Geschäftspartner der Klägerin gerichtete Aufforderung, Informationen mit Bezug zu dieser an eine Behörde weiterzugeben, erweckt bereits für sich genommen - auch ohne Angabe des konkreten Anlasses für die Aufforderung - bei den Angesprochenen den Eindruck, die Klägerin sei in einen Missstand verwickelt, dem entgegenzuwirken zu den Aufgaben der Behörde zählt. Das kann dazu führen, dass die Einschätzung der Klägerin durch deren Geschäftspartner ohne sachlichen Grund beeinträchtigt wird, und berührt daher deren Berufsfreiheit.

Dagegen kann die Aufforderung einer Privatperson, ihr Informationen über die Klägerin zukommen zu lassen, zahlreiche Gründe haben, die für die Geschäftspartner ohne jeden Belang sind; sie führt deshalb nicht für sich genommen zu einer Beeinträchtigung des Ansehens der Klägerin, so dass ihr für sich genommen keinerlei die Berufsfreiheit der Klägerin berührende Wirkung zukommt.

cc) Zu Gunsten des Beklagten ist aber auch hier insoweit zu berücksichtigen, dass die Äußerung in den Schutz der durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleisteten Meinungsäußerungsfreiheit fällt. Die Aufforderung an Dritte, etwas zu tun, bringt zum Ausdruck, der Äußernde sei der Auffassung, die Aufgeforderten sollten so handeln; sie ist wesentlich vom Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens geprägt und daher Meinungsäußerung.

ie Abwägung zwischen diesen Belangen ergibt kein Überwiegen der Belange der Kläge-
wie es erforderlich wäre, um in der angegriffenen Äußerung einen rechtswidrigen Eingriff
eren eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu sehen.

e Äußerung kann nicht als Aufruf zum Vertragsbruch angesehen werden. Es ist nicht ersicht-
ch, dass jede Weitergabe von aus der Geschäftsbeziehung zur Klägerin gewonnenen Informa-
ionen, zumal an Behörden, eine Verletzung einer wirksamen vertraglichen Unterlassungs-
pflicht wäre.

Soweit der Beklagte dazu aufforderte, ihm selbst Informationen über die Klägerin zukommen zu lassen, ist schon kein grundrechtlicher Belang der Klägerin gegeben, der der Meinungsäußerungsfreiheit des Beklagten entgegenstehen könnte (s. o. bb]).

Soweit der Beklagte dazu aufforderte, der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht Informationen zukommen zu lassen, wird zwar in die klägerische Berufsfreiheit eingegriffen; dieser Eingriff wiegt jedoch geringer als der Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit des Beklagten, der mit einem entsprechenden Verbot verbunden wäre, so dass er nicht als rechtswidrige Verletzung angesehen werden kann. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es den angesprochenen Geschäftspartnern der Klägerin grundsätzlich nicht verwehrt wäre, sich an Behörden zu wenden (vgl. BGH GRUR 1998, 587 [589] - *Bilanzanalyse Pro* 7 m. w. N.); entsprechend gibt es eine Vielzahl von Konstellationen, in denen nicht in Wettbewerbsabsicht handelnde Außenstehende aus - auch rechtlich - anerkennenswerten Gründen dazu auffordern, Informationen über Unternehmen an Behörden weiterzugeben, um deren Tätigwerden wegen vermuteter Missstände zu bewirken. Anhaltspunkte, die es im Streitfall rechtfertigten, ausnahmsweise von einem Überwiegen klägerischer Belange und damit einem rechtswidrigen Eingriff auszugehen, sind nicht ersichtlich.

c) Auch der die Veröffentlichung der E-Mail im Internet betreffende Verbotsantrag gemäß Ziffer I. 3. der Berufungsanträge ist unbegründet, da die darin enthaltenen Äußerungen zulässig sind.

Klägerin stehen auch unter dem Gesichtspunkt der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädi- (§ 826 BGB) keine Ansprüche zu; die Gründe, die gegen die Annahme eines rechtswidri- ;ingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb sprechen, stehen auch der ahme der Sittenwidrigkeit der dem Beklagten zu untersagenden Handlungen entgegen. iches gilt für Ansprüche gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 185 StGB; die Bedeutung des ndrechts der Meinungsfreiheit gebietet die Bewertung, dass der Beklagte in Wahrnehmung rechtigter Interessen i. S. d. § 193 StGB handelte, so dass kein Verstoß gegen ein Schutzge- etz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB vorliegt.

VI. Dem im Termin vom 19. Juli 2007 gestellten Antrag der Klägerin auf Einräumung einer Schriftsatzfrist zur Erwiderung auf die Behauptung des Beklagten, deren Muttergesellschaft habe bei Erhebung der Klage gegen IBM gewusst, dass keine Grundlage für die Klage bestanden habe, war nicht stattzugeben. Zum einen ist der Beklagtenvortrag nicht entscheidungserheblich; zum anderen hat die Klägerin durch ihr Bestreiten im Termin gezeigt, dass sie sich auf das Vorbringen des Beklagten erklären konnte.

C.

1. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

2. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

3. Die Revision ist nicht zuzulassen. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) und auch die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO liegen nicht vor (vgl. dazu BGH NJW 2003, 65 ff.). Die Rechtssache erfordert, wie die Ausführungen unter C. zeigen, lediglich die Anwendung gesicherter Rechtsprechungsgrundsätze auf den Einzelfall.

Zwirlein Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht	Dr. Kartzke Richter am Oberlandesgericht	Cassardt Richter am Oberlandesgericht