

Volltext zu:	MIR 2020, Dok. 046
Veröffentlicht in:	MIR 05/2020
Gericht:	OLG Frankfurt a.M.
Aktenzeichen:	6 U 240/19
Entscheidungsdatum:	19.03.2020
ECLI:	ECLI:DE:OLGHE:2020:0319.6U240.19.00
Vorinstanz(en):	LG Frankfurt a.M., 30.10.2019- 2-06 O 255/19
Bearbeiter:	Rechtsanwalt Thomas Ch. Gramespacher
Permanenter Link MIR-Dok.:	http://medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=2987

medien-internet-und-recht.de

ISSN: 1861-9754

MEDIEN INTERNET und RECHT und alle in der Publikation/Zeitschrift enthaltenden Inhalte, Beiträge, Abbildungen und Veröffentlichungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrechtlichen Schutz genießen, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung/Redaktion redigiert bzw. erarbeitet sind. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Nutzungs-/Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Diese Rechtsübertragung bezieht sich insbesondere auf das Recht des Verlages, das Werk zu gewerblichen Zwecken per Kopie (Mikrofilm, Fotokopie, CD-ROM, Dateikopien oder andere Verfahren in Online- und Printmedien etc.) zu vervielfältigen und/oder in elektronische oder andere Datenbanken aufzunehmen. Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen. Mit Namen (Autor/Gericht/Quelle) gekennzeichnete Beiträge stellen nicht unbedingt die Meinung der Redaktion dar. Inhaltliche/redaktionelle Fehler vorbehalten.

OBERLANDESGERICHT FRANKFURT a.M. **Beschluss**

In dem Rechtsstreit (...)

beschlossen:

1. Die Berufung des Antragstellers gegen das Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt a.M. vom 30.10.2019, 2-06 O 255/19 wird zurückgewiesen.
2. Der Antragsteller trägt die Kosten des Berufungsverfahrens
3. Das Urteil ist rechtskräftig.

Gründe

I. Die Parteien streiten im einstweiligen Verfügungsverfahren über die Zulässigkeit einer Adwords-Anzeige der Antragsgegnerin.

Sie sind Wettbewerber im Bereich von kieferorthopädischen Leistungen und bieten u.a. die Versorgung mit sog. Invisaling-Zahnschienen an. Die Antragsgegnerin bietet darüber hinaus als Geschäftsführerin der A GmbH Online-Marketing für Kieferorthopäden für die Behandlung mit Invisaling-Zahnschienen an.

Der Antragsteller hat behauptet, die folgende Bildschirmansicht sei zu einem nicht genauer benannten Zeitpunkt vor dem 03.06.2019 im Internet bei Eingabe des Suchwortes „B“ abrufbar gewesen, wobei unstrittig nicht die Antragsgegnerin den Begriff als Adword eingegeben hat, sondern dies von Google automatisiert und ohne Kenntnis der Antragsgegnerin erzeugt worden ist:

[Abbildungen aus redaktionellen Gründen entfernt]

Der Antragsteller ließ die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 03.06.2019 abmahnen (ASt 2), was die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 06.06.2019 (Anlage ASt 3) im Hinblick auf die streitgegenständliche Handlung zurückwies.

Am 31.07.2019 wurde bei Eingabe des Suchwortes „B“ in der Google-Suche folgende Anzeige angezeigt:

[Abbildungen aus redaktionellen Gründen entfernt]

Am 03.08.2019 wurde bei Eingabe des Wortes „B“ auf der Seite X.de, die die Google-Anzeigen übernimmt, die folgende Anzeige angezeigt:

[Abbildungen aus redaktionellen Gründen entfernt]

Das Landgericht hat Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung mangels Verletzung der herkunftshinweisenden Funktion des Begriffs „B“ zurückgewiesen.

Auf die Beschwerde des Antragstellers hat der Senat der Antragsgegnerin mit Beschluss vom 27.08.2019 bei Meidung von Ordnungsgeld bis zu € 250.000, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten für jeden Fall der Zuwiderhandlung untersagt,

ohne Einverständnis des Unterlassungsgläubigers im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland das nachfolgende Kennzeichen „B“ als Keyword zu benutzen, um zahnmedizinische Leistungen zu bewerben, wenn dies geschieht wie auf dem nachfolgenden Screenshot:

[Abbildungen aus redaktionellen Gründen entfernt]

Auf den hiergegen eingelegten Widerspruch hat das Landgericht durch Urteil vom 30.10.2019, auf das gem. § 540 I ZPO wegen der tatsächlichen Feststellungen im Übrigen Bezug genommen wird, die einstweilige Verfügung aufgehoben und den auf ihren Erlass gerichteten Antrag zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Antragsgegnerin sei für die Anzeige nicht als Täterin verantwortlich, da nicht sie selbst, sondern Google für die Verknüpfung zwischen dem Suchwort „B“ und der Anzeige der Antragsgegnerin gesorgt habe. Eine Haftung als Störerin scheide aus, da der Antragsteller die Antragsgegnerin nicht als Störerin in Anspruch genommen habe.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Antragstellers mit der er in Abänderung des erstinstanzlichen Urteils den Neuerlass der einstweiligen Verfügung begehrt, die Antragsgegnerin jedoch nur noch als Störerin in Anspruch nimmt.

Der Antragsteller beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Frankfurt a.M. vom 30.10.2019, Az. 2-06 O 255/19 es der Antragsgegnerin und Berufungsbeklagten bei Meidung von Ordnungsgeld bis zu € 250.000.00, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu untersagen, ohne Einverständnis des Antragstellers im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland in der Werbung für zahnmedizinische Leistungen nach nachfolgende Kennzeichen

„B“

zu nutzen und/oder nutzen zu lassen, indem bei Eingabe des Kennzeichens als Suchwortes als Suchbegriff in einer Internetsuchmaschine eine Internetseite der Antragsgegnerin angezeigt wird,

wenn dies geschieht, wie auf den nachfolgenden Screenshots

[Abbildungen aus redaktionellen Gründen entfernt]

Der Antragsgegner beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

II. Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht hat die einstweilige Verfügung zu Recht aufgehoben, da dem Antragsteller kein Unterlassungsanspruch zusteht.

1.) Der Streitgegenstand des Berufungsverfahrens ist auf eine Haftung des Antragsgegners als Störer beschränkt; die erstinstanzlich noch geltend gemachte Haftung der Antragsgegnerin als Täterin hat der Antragsteller auf Hinweis des Senats ausdrücklich nicht mehr zum Gegenstand der Berufung macht, so dass die Entscheidung des Landgerichts insoweit formell rechtskräftig geworden ist. Täter- und Störerhaftung stellen auch zwei Streitgegenstände dar (BGH GRUR 2010, 633, Rnr. 35, 37 - Sommer unseres Lebens).

Soweit sich der Antragsteller auch in zweiter Instanz mit einer möglichen Beauftragtenhaftung der Antragsgegnerin nach §§ 15 VI, 14 VII MarkenG befasst, wäre eine solche Störerhaftung daher nicht streitgegenständlich. Die Haftung für den Beauftragten nach § 15 VI MarkenG stellt nämlich eine Haftung als Täter dar. Im Übrigen erscheint es ausgesprochen fernliegend, dass die Fa. Google als größte Suchmaschinenanbieter der Welt im Sinne von §§ 15 VI, 14 VII MarkenG in die betriebliche Organisation der Antragsgegnerin derart eingegliedert ist, dass diese auf die Tätigkeit, in deren Bereich das beanstandete Verhalten fällt, als Be-

triebsinhaberin einen bestimmenden und durchsetzbaren Einfluss hätte (zu diesen Voraussetzungen vgl. BGH GRUR 2009, 1167 Rn. GRUR Rnr. 21 - Partnerprogramm).

2.) Hinsichtlich der ersten im Screenshot enthaltenen Ad-Words-Anzeige kann dahinstehen, ob hierin eine markenmäßige Benutzung des Unternehmenskennzeichens des Antragstellers zu sehen ist, wie der Senat noch im Beschwerdeverfahren angenommen hatte. Es fehlt jedenfalls an einer Haftung der Antragsgegnerin als Störerin.

a) Als Störer kann bei der Verletzung absoluter Rechte auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wer - ohne Täter oder Teilnehmer zu sein - in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zur Verletzung des geschützten Rechts beiträgt (BGH, GRUR 2011, 152 Rnr. 45 - Kinderhochstühle im Internet, m.w. Nachw.). Dabei kann als Beitrag auch die Unterstützung oder Ausnutzung der Handlung eines eigenverantwortlich handelnden Dritten genügen, sofern der in Anspruch Genommene die rechtliche Möglichkeit zur Verhinderung dieser Handlung hatte (BGH GRUR 2001, 1038 - ambiente.de; BGH, GRUR 2004, 438, 442 - Feriendomizil I). Da die Störerhaftung nicht über Gebühr auf Dritte erstreckt werden darf, die die rechtswidrige Beeinträchtigung nicht selbst vorgenommen haben, setzt die Haftung des Störers die Verletzung zumutbarer Verhaltenspflichten, insbesondere von Prüfpflichten, voraus. Ob und inwieweit dem Störer als in Anspruch Genommenem eine Prüfung zuzumuten ist, richtet sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung seiner Funktion und Aufgabenstellung sowie mit Blick auf die Eigenverantwortung desjenigen, der die rechtswidrige Beeinträchtigung selbst unmittelbar vorgenommen hat (BGH GRUR 2001, 1038 - ambiente.de; BGH GRUR 2010, 633 - Sommer unseres Lebens).

b) In der vorliegenden Konstellation kann daher eine Störerhaftung der Antragsgegnerin erst ab Kenntnis von der Tatsache in Betracht kommen, dass bei Eingabe des Unternehmenskennzeichens des Antragstellers als Suchwort eine Anzeige für das Vertriebssystem der Antragsgegnerin angezeigt wird. Eine derartige Kenntnis der Antragstellerin vor der Abmahnung durch den Antragsteller am 03.06.2019 hat der Antragsteller hier nicht vorgetragen. Frühestens mit Zugang der Abmahnung kommt daher eine Störerhaftung der Antragsgegnerin überhaupt in Betracht. Für die erste, vor der Abmahnung erschienene Adwords-Anzeige haftet daher die Antragsgegnerin nicht als Störerin.

3.) Hinsichtlich der beiden weiteren Ad-Words-Anzeigen am 31.07. und 03.08.2019 kann dahinstehen, ob die Antragsgegnerin als Störerin haften würde; es fehlt jedenfalls an der für einen Markenverletzung notwendigen markenmäßigen Benutzung des Unternehmenskennzeichens „B“.

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Markenrecht - die für Unternehmenskennzeichenrecht ebenso anwendbar ist, da der Schutz des Unternehmenskennzeichenrecht nach § 15 II MarkenG eine kennzeichenmäßige Verwendung voraussetzt, worunter auch der markenmäßige Gebrauch fällt (BGH GRUR 2009, 685 - ahd.de) - liegt vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in aller Regel keine Beeinträchtigung der herkunftshinweisenden Funktion vor, wenn die Werbeanzeige in einem von der Trefferliste eindeutig getrennten und entsprechend gekennzeichneten Werbeblock erscheint und selbst weder die Marke noch sonst einen Hinweis auf den Markeninhaber oder die unter der Marke angebotenen Produkte enthält (vgl. BGH GRUR 2014, 182, Rnr. 20 ff - Fleurop; BGH, GRUR 2013, 290 Rnr. 26 - MOST-Pralinen, m. w. Nachw.).

Der verständige Internetnutzer erwartet in einem von der Trefferliste räumlich, farblich oder auf andere Weise deutlich abgesetzten und mit dem Begriff „Anzeigen“ gekennzeichneten Werbeblock nicht ausschließlich Angebote des Markeninhabers oder mit ihm verbundener Unternehmen. Ihm ist klar, dass eine notwendige Bedingung für das Erscheinen der Anzeige vor allem deren Bezahlung durch den Werbenden ist. Ihm ist zudem bekannt, dass regelmäßig auch Dritte bezahlte Anzeigen bei Suchmaschinen schalten. Er hat daher keinen Anlass zu der Annahme, eine bei Eingabe einer Marke als Suchwort in der Anzeigenspalte erscheinende AdWords-Anzeige weise allein auf das Angebot des Markeninhabers oder eines mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmens hin.

Rechnet der Internetnutzer mit Angeboten, die nicht vom Markeninhaber oder von mit ihm verbundenen Unternehmen stammen, bedarf es daher keines Hinweises auf das Fehlen einer wirtschaftlichen Verbindung zwischen dem Werbenden und dem Markeninhaber, um eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion auszuschließen.

Den Rahmen dieser zulässigen, nicht kennzeichenmäßigen Verwendung des Unternehmenskennzeichens des Antragstellers verlassen die weiteren streitgegenständlichen Adwords-Anzeigen hier nicht.

In der Anzeige vom 31.07.2019 erscheint die Ad-Words-Anzeige, in einem räumlich abgegrenzten, durch „Anzeige“ deutlich gekennzeichneten Bereich. Gleiches gilt für die Anzeige vom 03.08.2019. Soweit am un-

teren Bildrand das Unternehmenskennzeichen des Antragstellers samt Bild erscheint, handelt es sich insoweit um ein generisches Suchergebnis, das von der Werbung abgegrenzt ist. Der Verkehr erkennt daher, dass ein Bezug zur Anzeige nicht existiert.

b) Unter besonderen Umständen ist allerdings ausnahmsweise auch in dem Fall, dass die Werbeanzeige in einem von der Trefferliste eindeutig getrennten und entsprechend gekennzeichneten Werbeblock erscheint und selbst weder die Marke noch sonst einen Hinweis auf den Markeninhaber oder die unter der Marke angebotenen Produkte enthält, ein Hinweis auf das Fehlen einer wirtschaftlichen Verbindung zwischen dem Werbenden und dem Markeninhaber erforderlich, um eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion der Marke auszuschließen.

Der EuGH hat in der Sache „Interflora“ ausgeführt, es könne in Fällen, in denen das Vertriebsnetz des Markeninhabers aus zahlreichen Einzelhändlern zusammengesetzt sei, für den normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer besonders schwer sein, ohne Hinweis des Werbenden zu erkennen, ob dieser zu diesem Vertriebsnetz gehöre oder nicht (EuGH, GRUR 2011, 1124 Rnr. 52 - Interflora/M&S). Deshalb habe das nationale Gericht unter Berücksichtigung dieses Umstands und anderer Faktoren, die es als relevant erachte, zu beurteilen, ob ein solcher Internetnutzer, der in seinem Suchbegriff die Marke verwende, auf Grund der in der Werbeanzeige verwendeten Formulierungen erkennen könne, dass der Einzelhändler nicht zum Vertriebsnetz des Markeninhabers gehöre (EuGH, GRUR 2011, 1124 Rnr. 53 - Interflora). Die Rechtsprechung des EuGH ist zwar für das rein nationale Recht des Unternehmenskennzeichnung nicht bindend; indes verlangt der Grundsatz der Einheitlichkeit der Kennzeichenrechte bei der Anwendung originär dem Schutz geschäftlicher Bezeichnungen gewidmeter Normen die Berücksichtigung originär markenrechtlicher Wertungen (vgl. BGH GRUR 2001, 344, 345 - DB Immobilienfonds).

Unter diesen besonderen Umständen kann - vor dem Hintergrund der „Fleurop“-Rechtsprechung des BGH (GRUR 2014, 182, Rnr. 33 ff.) - eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion nur durch einen Hinweis auf das Fehlen einer wirtschaftlichen Verbindung zwischen dem Antragsteller und der Antragsgegnerin ausgeschlossen werden.

Diese besonderen Umstände liegen jedoch bei den Auszügen vom 31.07. und vom 03.08.2019 nicht vor, da für den Verkehr eine derartige Annahme eines Vertriebsnetzes nicht naheliegt. Der angesprochene allgemeine Verkehr wird nämlich schlicht keinerlei Kenntnis von dem Vertriebsnetz der Antragsgegnerin haben. Soweit der Senat dies im Beschwerdeverfahren angenommen hatte, lag dem eine besonders gestaltete AdWords-Anzeige zugrunde, in dem durch den Verweis auf besonders „zertifizierte“ Kieferorthopäden für den Verkehr der Eindruck erweckt werden könnte, der Antragsteller gehöre zu diesen von der Antragstellerin Zertifizierten. Derartige Hinweise lässt sich den Anzeigen hier jedoch nicht entnehmen.

Zusammenfassend ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei den beiden Anzeigen um typische Fälle einer zulässigen Adword-Werbung handelt, die in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH, GRUR 2010, 445., Rnr. 83 f. - Google France und Google; EuGH, MMR 2010, 313, Rnr. 35 - BergSpechte; EuGH, GRUR 2010, 841, Rnr. 34 - Portakabin) und des Bundesgerichtshofs (BGH GRUR 2013, 290 Rnr. 28 - MOST-Pralinen; BGH, GRUR 2018, 924, Rnr. 45 – ORTLIEB I; BGH GRUR 2019, 165, 172, Rnr. 63 - keine-vorwerk-vertretung) in ständiger Rechtsprechung für rechtmäßig erachtet wurde, da eine marken-/kennzeichenmäßige Verwendung nicht vorliegt.

4.) Auch unter dem Gesichtspunkt der Erstbegehungsgefahr kann ein Unterlassungsanspruch hier nicht begründet sein. Soweit die Antragsgegnerin die erste Adwords-Anzeige im Rahmen der Reaktion auf die Abmahnung noch als rechtmäßig angesehen hat, hat sie nach ihrem in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht gehaltenen und nicht bestrittenen Vortrag nachfolgend das Unternehmenskennzeichen des Antragstellers auf die Blacklist setzen lassen. Durch diesen actus contrarius wäre eine bestehende Erstbegehungsgefahr wieder ausgeräumt gewesen (vgl. BGH GRUR 2008, 912 Rn. 30 - Metrosex; BGH GRUR 2009, 841 Rn. 23 - Cybersky). Im Gegensatz zur Wiederholungsgefahr ist bei einer Erstbegehungsgefahr die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung nämlich nicht erforderlich. Ausreichend ist vielmehr in Falle einer Berühmung wie der hier vorliegenden die eindeutige Erklärung, dass die beanstandete Erklärung in Zukunft nicht mehr vorgenommen werde (BGH GRUR 2001, 1174 (1176) - Berühmungsaufgabe). Dies hat die Antragsgegnerin sowohl durch ihre Erklärung in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht als auch durch ihre Erklärung gegenüber Google getan.

Die Rechtsverteidigung im Prozess kann eine Erstbegehungsgefahr regelmäßig nicht begründen (BGH GRUR-RR 2009, 299 – Underberg).

5.) Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.