

Volltext zu: MIR 2018, Dok. 002
Veröffentlicht in: MIR 01/2018
Gericht: KG
Aktenzeichen: 5 W 233/17
ECLI: ECLI:DE:KG:2017:1017.5W233.17.00
Entscheidungsdatum: 17.10.2017
Vorinstanz(en): LG Berlin, 14.09.2017 - 52 O 261/17

Bearbeiter: RA Thomas Ch. Gramespacher
Permanenter Link zum Dokument: http://medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=2847

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 engen 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 ausdrücklich nicht unbedingt die Meinung der Redaktion dar.

Inhaltliche oder redaktionelle Fehler vorbehalten.

KAMMERGERICHT Beschluss

In dem Rechtsstreit (...)

hat der 5. Zivilsenat des Kammergerichts (...) beschlossen:

I. Auf die sofortige Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss der Zivilkammer 52 des Landgerichts Berlin vom 14. September 2017- 52 O 261/17 - geändert:

Der Antragsgegnerin wird bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der künftigen Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, untersagt,

im geschäftlichen Verkehr im Internet für Waren unter deren Abbildung und/oder Benennung zu werben, ohne die Veröffentlichung als Werbung kenntlich zu machen,

wenn dies geschieht wie aus nachfolgend eingeblendeter Anlage A 6 ersichtlich: (...)

II. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Verfahrens beider Instanzen zu tragen.

III. Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf 15.000 € festgesetzt.

Gründe

I. Der Antragsteller (Verband Sozialer Wettbewerb e.V.) hat glaubhaft gemacht, dass die Antragsgegnerin bei Instagram einen Blog betreibt, und zwar mit Beiträgen wie aus obigem Verbotsauspruch ersichtlich, was er für nicht hinreichend kenntlich gemachte Werbung hält. Das Landgericht hat den diesbezüglichen Antrag

auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die - form- und fristgerecht eingelegte - (sofortige) Beschwerde des Antragstellers.

II. Die sofortige Beschwerde ist gemäß §§ 567 ff. ZPO zulässig und hat auch in der Sache Erfolg. Die begehrte einstweilige Verfügung ist gemäß §§ 3, 5a, 8, 12 Abs. 2 UWG zu erlassen. Im Einzelnen gilt Folgendes:

1. Ein Vorliegen des gemäß §§ 935, 940 ZPO erforderlichen Verfügungsgrundes wird im Streitfall gemäß § 12 Abs. 2 UWG vermutet.

2. Der Antragsteller ist gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG zur Geltendmachung des hier in Rede stehenden Unterlassungsanspruchs gegen die Antragsgegnerin sachbefugt.

3. Nach § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG kann bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wer eine nach § 3 UWG unzulässige geschäftliche Handlung unternimmt. Nach § 3 Abs. 1 UWG unzulässig sind unlautere geschäftliche Handlungen. Nach § 5 Abs. 6 UWG handelt unlauter, wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und das Nichtkenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.

Die genannten Voraussetzungen liegen im Streitfall mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vor (was für das Eilverfahren gemäß §§ 936, 920 Abs. 2 ZPO genügt; vgl. Hess in: Ullmann, jurisPK-UWG, 4. Aufl., § 12 Rn. 151 m.w.N.).

a) Der angegriffene Internet-Auftritt der Antragsgegnerin stellt mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine geschäftliche Handlung dar.

aa) Geschäftliche Handlung ist gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG unter anderem jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor einem Geschäftsabschluss, dass mit der Förderung des Absatzes von Waren objektiv zusammenhängt.

bb) Darunter fällt auch der streitgegenständliche Auftritt, bei dem es sich um Werbung handelt, die den Absatz der dort präsentierten Produkte (beispielsweise von ...) fördern soll. Dass es sich hierbei um Äußerungen der auf Instagram auftretenden Antragsgegnerin handelt, steht der Annahme einer geschäftlichen Handlung nicht entgegen, weil diese nach der - dem Landgericht widerstreitenden - Einschätzung des Senats hierfür mit überwiegender Wahrscheinlichkeit, wenn nicht Geldzahlungen, so doch sonstige geldwerte Vorteile, wie z.B. Rabatte oder Zugaben erhält (vgl. auch Senat, Beschl. v. 11.10.2017 – 5 W 221/17; OLG Celle WRP 2017, 1236; Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl., § 5a Rn. 7.71; Lehmann, WRP 2017, 772, 773), und sei es auch nur - was das Landgericht bei seinen Überlegungen außen vorgelassen hat - durch kostenlose Überlassung der präsentierten Produkte.

cc) Die Möglichkeit, dass die Antragsgegnerin, welche mit vorgerichtlichem Schreiben v. 23.08.2017 (Anlage A 8) lediglich in Abrede gestellt hat, "Zahlungen oder Vorgaben von Unternehmen erhalten" zu haben, ohne jegliches Entgelt im vorstehenden (weiten) Sinne in drei Beiträgen diverse Markenprodukte unterschiedlicher Herkunft präsentiert und hierbei "sprechende" Links unmittelbar auf Internetauftritte entsprechender Unternehmen setzt, dies also allein aus reiner Produktbegeisterung und Mitteilungsbedürfnis heraus so unternimmt, ist nach dem derzeitigen Dafürhalten des Senats zwar nicht gänzlich ausgeschlossen, wohl aber doch in einem Ausmaß unwahrscheinlich, dass hier eine Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes (bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen, dazu sogleich) geboten erscheint.

b) Der kommerzielle Zweck der streitgegenständlichen Beiträge ist nicht kenntlich gemacht. Insoweit fehlt im Streitfall jeglicher Hinweis.

c) Eine Kennzeichnung des kommerziellen Zwecks der Beiträge ist auch nicht entbehrlich, weil sich der kommerzielle Zweck unmittelbar aus den Umständen ergibt, denn letzteres trifft nicht zu.

Entbehrlich ist eine Kennzeichnung des kommerziellen Zwecks nur dann, wenn dieser auf den ersten Blick und ohne jeden Zweifel erkennbar ist. Es genügt nicht, wenn der durchschnittliche Leser erst nach einer analysierenden Lektüre des Beitrags dessen werbliche Wirkung erkennt. Denn das schließt nicht aus, dass der Leser dem Beitrag in Verkennung des Umstands, dass es sich um Werbung handelt, eingehendere Beachtung schenkt (BGH GRUR 2013, 644, Rn. 21 – Preisrätselgewinnauslobung V - zu § 4 Nr. 3 UWG a.F.). Zwar betrifft diese Entscheidung des BGH Werbung innerhalb des redaktionellen Teils einer Zeitschrift. Gleichwohl ist sie auf den vorliegenden Sachverhalt mit der Maßgabe zu übertragen, dass der Leser der

Beiträge zunächst davon ausgeht, Informationen der Antragsgegnerin zu ihrer derzeitigen Freizeitbetätigung (Fitness) oder auch beruflichen Tätigkeit als Model (Fotoaufnahmen) zu erhalten, nicht aber Werbung. Vor diesem Hintergrund nimmt der Senat im Streitfall eine Entbehrlichkeit nicht an, weil er nicht dafürhält, dass hier der kommerzielle Zweck auf den ersten Blick und ohne jeden Zweifel erkennbar ist (vgl. auch Senat, Beschl. v. 11.10.2017 – 5 W 221/17; ferner OLG Celle WRP 2017, 1236, 1237, mit weiteren Erwägungen die sich teilweise auch auf den hiesigen Streitfall übertragen lassen). Sogar das Landgericht - mit lauterkeitsrechtlich geschultem Blick - hat sich bei seiner Entscheidungsfindung von der Überlegung leiten lassen, hier könnten auch lediglich rein privat motivierte Äußerungen der Antragsgegnerin im Raume stehen.

d) Die Eignung der streitgegenständlichen Beiträge, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung, nämlich das Aufsuchen der verlinkten Internetauftritte der Markenberechtigten und den Erwerb der Markenprodukte, zu veranlassen, die er anderenfalls – wenn er sich also von vornherein bewusst gewesen wäre, dass es sich um bloße Werbung der hierfür mit Vorteilen bedachten Antragsgegnerin handelt - nicht getroffen hätte, steht für den Senat außer Frage (vgl. auch Senat, Beschl. v. 11.10.2017 – 5 W 221/17; OLG Celle WRP 2017, 1236, 1237).

e) Wiederholungsgefahr besteht wegen der (erneuten) Verletzungshandlung der Antragsgegnerin und der von ihr nicht (erneut) abgegebenen vertragsstrafbewehrten Unterlassungserklärung.

4. Bei der Verbotsformulierung hat der Senat von § 938 ZPO Gebrauch gemacht.

II. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

III. Die Entscheidung zur Wertfestsetzung beruht auf §§ 3 ZPO, 51 GKG.