

BGHZ 110, 156, 171 – HBV-Familien- und Wohnungsrechtsschutz; BGH GRUR 2002, 548, 549 – Mietwagenkostensersatz). Das Ausspannen und Abfangen von Kunden ist nur wettbewerbswidrig, wenn besondere, die Unlauterkeit begründende Umstände hinzutreten. Eine unlautere Behinderung des Mitbewerbers ist gegeben, wenn auf Kunden, die bereits dem Wettbewerber zuzurechnen sind, in unangemessener Weise eingewirkt wird, um sie als eigene Kunden zu gewinnen oder zu erhalten (vgl. BGHZ 148, 1, 8 [= MMR 2001, 666 m. Anm. Hoeren] – Mitwohnzentrale.de, m.w.Nw.). Eine solche unangemessene Einwirkung auf den Kunden liegt nach der Rspr. insb. dann vor, wenn sich der Abfangende gewissermaßen zwischen den Mitbewerber und dessen Kunden stellt, um diesem eine Änderung seines Entschlusses, die Waren oder Dienstleistungen des Mitbewerbers in Anspruch zu nehmen, aufzudrängen (BGH GRUR 2007, 987 [= MMR 2007, 704 m. Anm. Schulze zur Wiesche] – Änderung der Voreinstellung, m.w.Nw.). In dem Umstand, dass bei der Eingabe eines fremden Unternehmenskennzeichens als Suchwort auch eine Anzeige eines Mitbewerbers erscheint, liegt, wie das *Berufungsgericht* mit Recht angenommen hat, noch keine unangemessene Beeinflussung potenzieller Kunden. ...

Anmerkung

Auch wenn der Verfasser trotz seiner Eigenschaft als Richter am *OLG Düsseldorf* an der hier streitgegenständlichen Entscheidung nicht beteiligt war, freut ihn das Urteil des *BGH* sehr. Die Besonderheit des vorliegenden Falls liegt darin, dass anders als im Fall „Bananabay“ nicht das Markenrecht im Vordergrund steht und anders als im Fall „pcb“ es nicht um beschreibende Angaben und die weiten Suchfunktionalitäten von Google-AdWord-Anzeigen geht. Hier geht es um Unternehmenskennzeichen und die Verwendung eines fremden Unternehmenskennzeichens als Schlüsselwort bei einer Internetsuchmaschine wie *Google*. Der *BGH* lehnt hier die Verwechslungsgefahr zwischen dem Schlüsselwort und dem geschützten Kennzeichen ab und stellt hierbei zentral darauf ab, dass bei *Google* die Trefferlisten mit der Überschrift „Anzeigen“ versehen sind, in der das geschützte Zeichen selbst nicht verwendet wird. Ähnlich wie im *OLG*-Urteil wird offen gelassen, ob überhaupt eine kennzeichenmäßige Benutzung vorliegt. Insofern kommt der *BGH* direkt auf die Frage der Verwech-

slungsgefahr zu sprechen. Sehr schön herausgearbeitet werden die Unterschiede zwischen Metatags und Google-AdWords. Bei Metatags besteht von ihrer Gestaltung her auch die Gefahr, dass der Internetnutzer auf Grund der Kurzhinweise Angebote verwechselt (so schon *BGH* MMR 2006, 812 – Impuls). Demgegenüber ist bei einer Internetsuchmaschine wie *Google* der deutliche Hinweis auf „Anzeigen“ vorhanden, der auch unerfahrenen Internetnutzern deutlich mache, dass es sich bei dem in dieser Rubrik aufgeführten Anbietern um Anzeigenkunden des Betreibers der Internetsuchmaschine handele. Die entsprechende Werbung sei auch grafisch deutlich abgegrenzt von der Liste der Suchergebnisse. Insofern nehme der Internetnutzer nicht an, die Werbeanzeige stamme von dem Unternehmen, dessen Kennzeichen als Suchwort eingegeben worden sei.

Besonders spannend sind in diesem Fall die Hinweise des *BGH* zu den wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen, die dieser in der Entscheidung „pcb“ (MMR 2009, 331 – in diesem Heft) noch lakonisch abgelehnt hatte. Hier findet sich eine ausführlichere Auseinandersetzung mit der Reichweite insb. von § 3, 4 Nr. 10 UWG. Der *BGH* lehnt sowohl die Rufausbeutung sowie den Kundenfang ab. Es fehle hier auf Grund der besonderen Kennzeichnung als Anzeige an einer Übertragung von Güte- oder Wertvorstellungen mangels erkennbarer Bezugnahme auf das fremde Unternehmen. Es fehle aber auch an einem Kundenfang, wie der *BGH* wiederum deutlich formuliert: „Der Mitbewerber hat keinen Anspruch auf Erhaltung seines Kundenstamms“.

Der Entscheidung ist nichts hinzuzufügen; sie ist schlichtweg zutreffend. Die einzige Gefahr besteht darin, dass der *EuGH* die Sache anders sieht. Zwar ist dem *EuGH* weder der Fall „pcb“ noch der vorliegende Fall „Beta Layout“ vorgelegt worden, da dazu keine Notwendigkeit bestand. Schließlich sind die entsprechenden Unternehmenskennzeichen nicht europarechtlich vorgeprägt. Sollte der *EuGH* aber bei der Entscheidung „Bananabay“ (MMR 2009, 326 – in diesem Heft) markenrechtlich eine Verwechslungsgefahr wider Erwarten bejahen, hätte dies auf jeden Fall auch Auswirkungen auf die Verwendung von Unternehmenskennzeichen im Google-Ad-Bereich. Insofern wird man hier auch noch einmal vor der Botschaft aus Luxemburg ein wenig zittern müssen.

Prof. Dr. Thomas Hoeren, Münster.

BGH: pcb

MarkenG § 14 Abs. 2
Urteil vom 22.1.2009 – I ZR 139/07 (OLG Stuttgart, LG Stuttgart)

Leitsatz

Wird bei einer Internetsuchmaschine eine Bezeichnung, die von den angesprochenen Verkehrskreisen als eine beschreibende Angabe über Merkmale und Eigenschaften von Waren verstanden wird (hier: „pcb“ als Abkürzung von „printed circuit board“), als sog. Schlüsselwort (Keyword) angemeldet, ist eine kennzeichenmäßige Verwendung zu verneinen, wenn bei Eingabe einer als Marke geschützten Bezeichnung durch einen Internetnutzer (hier: „pcb-pool“) auf der dann erscheinenden Internetseite rechts neben der

Trefferliste unter einer Rubrik mit der Überschrift „Anzeigen“ eine Werbeanzeige des Anmelders des Schlüsselworts eingeblendet wird, in der das geschützte Zeichen selbst nicht verwendet wird.

Anm. d. Red.: Die *Berufungsinstanz* ist abgedruckt in MMR 2007, 649. Vgl. hierzu auch *BGH* MMR 2009, 326 und *BGH* MMR 2009, 329 – in diesem Heft jew. m. Anm. Hoeren.

Sachverhalt

Die Kl. verlangt vom Bekl. Erstattung von Kosten für eine Abmahnung wegen Kennzeichenverletzung. Die Kl. stellt Leiterplatten her und vertreibt diese. Sie ist Inhaberin der für die Dienstleistungen „Technische Bearbeitung und Aktualisierung von Layoutprogrammen zur Optimierung technischer Verfahrensabläufe in der Leiterplattenherstellung“ eingetragenen Wortmarke Nr. 395 11 162 „PCB-POOL“.

Im August 2006 stellte die Kl. fest, dass bei Eingabe des Suchbegriffs „pcb-pool“ bei *Google* neben Hinweisen auf die Kl. auch eine Werbung für das Internetangebot des Bekl. erschien, und zwar nicht als Suchergebnis in der Trefferliste, sondern rechts neben dieser Liste unter der Rubrik „Anzeigen“. In der Werbung des Bekl. war das Wort „pcb-pool“ nicht enthalten. Mit ihrer Klage begehrt die Kl. die Verurteilung des Bekl. zur Zahlung von € 2.759,60 nebst Zinsen. Das LG hat die Klage abgewiesen. Auf die dagegen gerichtete Berufung der Kl. hat das *Berufungsgericht* der Klage stattgegeben (*OLG Stuttgart* MMR 2007, 649).

Aus den Gründen

... 15 3. Ein Anspruch auf Unterlassung der Verwendung der Bezeichnung „PCB POOL“ (in jeder Schreibweise) wegen Verletzung der Marke Nr. 395 11 162 „PCB-POOL“ stand der Kl. gegen den Bekl. nach § 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5 MarkenG nicht zu. ...

18 b) Das *Berufungsgericht* hat die vom Bekl. vorgenommene Anmeldung der Bezeichnung „pcb“ als Schlüsselwort bei *Google* als Benutzung eines mit der verletzten Wortmarke „PCB-POOL“ der Kl. identischen Zeichens angesehen. Von Zeichenidentität ist das *Berufungsgericht* ausgegangen, weil es in dem beanstandeten Verhalten des Bekl. eine kennzeichenmäßige Verwendung des Zeichens „pcb-pool“ gesehen hat. Diese Beurteilung beanstandet die Revision mit Recht als rechtsfehlerhaft.

19 aa) Nach den von den Parteien nicht angegriffenen Feststellungen des *Berufungsgerichts* hat der Bekl. bei der Angabe von „pcb“ als Schlüsselwort bei *Google* die Standardeinstellung „weitgehend passende Keywords“ gewählt. Bei diesem Modus wird die Schaltung der vom Kunden bei *Google* in Auftrag gegebenen Werbeanzeige ausgelöst, wenn das Schlüsselwort selbst oder ein ähnlicher Begriff in der Abfrage eines Nutzers vorkommt. Die Anzeige erscheint insb. auch dann, wenn die Abfrage neben dem Schlüsselwort andere Begriffe enthält. Demzufolge erscheint bei diesem Modus auf Grund der Angabe des Schlüsselworts „pcb“ die geschaltete Anzeige auch dann, wenn bei der Eingabe durch den Internetnutzer in die Suchmaske neben den Buchstaben „pcb“ noch ein Wort angefügt wird, also auch bei Eingabe der Bezeichnung „pcb pool“.

20 bb) Die Angabe der Buchstaben „pcb“ als Schlüsselwort bei *Google* stellt zunächst lediglich eine Verwendung dieser Bezeichnung dar. Das *Berufungsgericht* hat darin allerdings auch eine Verwendung von „pcb-pool“ gesehen und dies damit begründet, der Bekl. habe mit der Wahl der Standardeinstellung „weitgehend passende Keywords“ eine Ursache dafür gesetzt, dass die Suchmaschine nicht nur die isolierte Bezeichnung „pcb“, sondern auch die Kombination „pcb-pool“ als Schlüsselwort verwendet habe. Eine ausdrückliche Verwendung der Bezeichnung „pcb-pool“ als Schlüsselwort hat das *Berufungsgericht* damit allerdings nicht gemeint. Es hat ersichtlich nur die erzielte Wirkung angesprochen, die – wie dargestellt – darin besteht, dass bei Speicherung des Schlüsselworts „pcb“ auch die Eingabe „pcb-pool“ dazu führt, dass auf der aufgerufenen Internetseite die Anzeige des Bekl. erscheint. Darin könnte jedoch nur dann eine Verwendung des Zeichens „pcb-pool“ gesehen werden, wenn entweder in dem Aufruf der Internetseite, auf der sowohl das Suchwort „pcb-pool“ als auch die Anzeige des Bekl. sichtbar sind, oder in der Eingabe des Suchworts selbst eine – dem Bekl. zurechenbare – Benutzung des Zeichens „pcb-pool“ gese-

hen werden könnte. Eine andere Verwendung des Zeichens „pcb-pool“, etwa als für den Verkehr nicht wahrnehmbares Suchwort in einem nur von der Suchmaschine lesbaren Text oder einer sonstigen für den Verkehr nicht wahrnehmbaren Anweisung an die Suchmaschine (vgl. dazu BGHZ 168, 28 [= MMR 2006, 812 m. Anm. Hoeren] – Impuls), kommt nach dem Vorbringen der Parteien zur Funktionsweise der Standardeinstellung „weitgehend passende Keywords“ nicht in Betracht. Danach muss die Suchmaschine nur „pcb“ als Bestandteil des eingegebenen jeweiligen Gesamtbegriffs erkennen; eine Verknüpfung mit dem Gesamtbegriff als solchem muss dagegen nicht erfolgen.

21 cc) Der Umstand, dass der Aufruf der Internetseite von *Google* durchgeführt worden ist, steht einer Haftung des Bekl. für eine dadurch bewirkte etwaige Verletzung der Marke der Kl. nicht entgegen, weil *Google* insoweit im Auftrag des Bekl. tätig geworden ist und daher als dessen Beauftragter i.S.v. § 14 Abs. 7 MarkenG gehandelt hat. Die Anwendung des § 14 Abs. 7 MarkenG setzt jedoch ebenso wie eine Haftung des Bekl. als Störer voraus, dass das Verhalten von *Google* seinerseits die Voraussetzungen einer Verletzung der Marke der Kl. erfüllt. Daran fehlt es im Streitfall. Entgegen der Auffassung des *Berufungsgerichts* wird die Bezeichnung „pcb-pool“ nicht dadurch markenmäßig verwendet, dass der Internetnutzer die Zeichenfolge „pcb-pool“ in die Suchzeile von *Google* eingibt und sich sodann eine Seite öffnet, auf der wiederum die Suchzeile mit dem Suchbegriff, die Liste mit den Suchergebnissen sowie daneben die Anzeige des Bekl. zu sehen sind.

22 (1) Eine Markenverletzungshandlung nach § 14 Abs. 2 MarkenG setzt voraus, dass die geschützte Bezeichnung markenmäßig verwendet wird, dass die Bezeichnung also i.R.d. Produktabsatzes jedenfalls auch der Unterscheidung der Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denen anderer Unternehmen dient (vgl. *EuGH* GRUR 2003, 55 Tz. 51 ff. – Arsenal Football Club/Reed; BGHZ 153, 131, 138 – Abschlussstück; BGHZ 164, 139, 145 – Dentale Abformmasse). Die Rechte des Markeninhabers sollen sicherstellen, dass die Marke ihre Funktion erfüllen kann. Die Geltendmachung der Rechte ist daher auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen die Benutzung des Zeichens durch einen Dritten die Funktionen der Marke und insb. deren Hauptfunktion, die Gewährleistung der Herkunft der Ware ggü. dem Verbraucher, beeinträchtigt oder beeinträchtigen könnte (vgl. *EuGH*, a.a.O. – Arsenal Football Club/Reed; *BGH* GRUR 2005, 427, 428 – Lila-Schokolade).

23 (2) Maßgeblich für die Frage, ob die Bezeichnung „pcb-pool“ markenmäßig verwendet wird, wenn sie bei *Google* als Suchbegriff in die Suchzeile eingegeben wird und die ... Internetseite mit der Werbung des Bekl. erscheint, ist das Verständnis des Internetnutzers. Diesem stellt sich der in der Suchzeile sichtbar bleibende Suchbegriff nach wie vor zunächst als derjenige Begriff dar, den er selbst eingegeben hat. Eine markenmäßige Verwendung dieses Begriffs durch *Google*, die dem Bekl. über § 14 Abs. 7 MarkenG oder unter dem Gesichtspunkt der Störerhaftung zugerechnet werden könnte, würde dagegen voraussetzen, dass der Internetnutzer in dem nach Erscheinen der aufgerufenen Seite im Textfeld sichtbar bleibenden Suchbegriff nicht lediglich seine eigene Verwendung dieses Begriffs (wieder)erkennt, sondern zugleich die Verwendung dieses Begriffs durch *Google*, möglicherweise auch im Auftrag eines Dritten (hier: des Bekl.), als einen Hinweis auf die

Herkunft von bestimmten Waren oder Dienstleistungen aus einem bestimmten Unternehmen versteht.

24 Für eine solche Annahme besteht nach der Lebenserfahrung entgegen der Auffassung des *Berufungsgerichts* jedenfalls dann kein Anhaltspunkt, wenn – wie im Streitfall – in der unter der Überschrift „Anzeigen“ erscheinenden Werbung das betreffende Suchwort nicht wiederholt wird und auch sonst kein Hinweis auf dieses Zeichen enthalten ist. Das objektive Erscheinungsbild der sich nach Eingabe des Suchworts öffnenden Internetseite lässt eine Verknüpfung zwischen dem Suchwort und der Anzeige des Bekl. nicht erkennen. Das *Berufungsgericht* ist bei seiner gegenständlichen Beurteilung ersichtlich davon ausgegangen, der betreffende Verkehrsteilnehmer könne auf Grund des Erscheinungsbilds der sich ihm öffnenden Internetseite zu der Annahme gelangen, die von ihm eingegebene Zeichenfolge sei von einem Dritten als Schlüsselwort benutzt worden, um seine unter „Anzeigen“ erscheinende Werbung mit der Eingabe dieses Suchworts zu verknüpfen. Diese Auffassung setzt jedoch voraus, dass der betreffende Verkehrsteilnehmer Kenntnis von der Möglichkeit hat, die Platzierung von Anzeigen durch die Verwendung von Schlüsselwörtern zu steuern. Nur dann wenn eine solche Kenntnis unterstellt wird, kann angenommen werden, der Internetnutzer werde eine in dem Anzeigenfeld erscheinende Werbung auch dann mit der von ihm selbst als Suchwort eingegebenen Zeichenfolge verknüpfen, wenn diese Zeichenfolge in dieser Werbung selbst nicht vorkommt. Nach der Lebenserfahrung kann nicht davon ausgegangen werden, dass dem durchschnittlichen Internetnutzer die Funktion der Verwendung von Schlüsselwörtern bei *Google* in der hier gewählten Standardeinstellung „weitgehend passende Keywords“ bekannt ist und er aus dem Erscheinen von Werbung im Anzeigenfeld bei Eingabe von Suchbegriffen entsprechende Schlüsse zieht. Das *Berufungsgericht* hat ferner nicht festgestellt, dass dies jedenfalls bei den durch die Produkte der Parteien angesprochenen Fachkreisen und fachlich interessierten Laien der Fall ist.

25 (3) Unabhängig von der Feststellung eines entsprechenden Verkehrsverständnisses scheidet ein Unterlassungsanspruch der Kl. jedenfalls bereits deshalb aus, weil die Angabe des Begriffs „pcb“ als Schlüsselwort mit der Standardeinstellung „weitgehend passende Keywords“ nach § 23 Nr. 2 MarkenG nicht untersagt werden kann. Nach den Feststellungen des *Berufungsgerichts* handelt es sich bei „pcb“ um die den angesprochenen Fachkreisen und interessierten Laien bekannte gängige Abkürzung des englischen Begriffs „printed circuit board“ (Leiterplatte). Das *Berufungsgericht* ist mit Recht davon ausgegangen, dass es sich bei dieser Abkürzung um eine beschreibende Angabe über Merkmale und Eigenschaften von Waren i.S.v. § 23 Nr. 2 MarkenG handelt, die nicht gegen die guten Sitten verstößt. Dies gilt entgegen der Auffassung des *Berufungsgerichts* auch für die hier gegebene Fallgestaltung, bei der die Standardeinstellung „weitgehend passende Keywords“ gewählt worden ist. Die Wahl dieser Einstellung führt lediglich dazu, dass auch Zusammensetzungen erfasst werden, die den beschreibenden Bestandteil („pcb“) enthalten. Dadurch kann erreicht werden, dass auch beschreibende Zusammensetzungen wie z.B. PCB-Nutzung, PCB-Entwicklung etc. erkannt werden. Der Umstand, dass es auch geschützte Kennzeichnungen geben mag, die den beschreibenden Bestandteil aufweisen, führt schon deshalb nicht aus dem Anwendungsbereich des § 23 Nr. 2 MarkenG heraus, weil die Wahl der Standardeinstellung

„weitgehend passende Keywords“ nicht auf den Aufruf entsprechender Kennzeichen abzielt.

26 dd) Ein Unterlassungsanspruch der Kl. gegen den Bekl. nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 5 MarkenG wegen Benutzung des identischen Zeichens „pcb-pool“ unter dem Gesichtspunkt, dass dem Bekl. die Eingabe des Suchworts „pcb-pool“ durch den betreffenden Internetnutzer zugerechnet wird, scheidet aus. Eine mittelbare oder eine Mitäterschaft des Bekl. kommt insoweit nicht in Betracht, ebenso wenig eine Haftung als Anstifter oder Gehilfe. Eine Zurechnung des Verhaltens des Internetnutzers unter dem Gesichtspunkt einer Haftung des Bekl. als Störer setzt wegen der Akzessorietät der Störerhaftung voraus, dass das Verhalten des betreffenden Internetnutzers selbst als eine Markenverletzung anzusehen wäre. Daran fehlt es aber schon deshalb, weil die Eingabe des betreffenden Suchworts durch den Internetnutzer keine markenmäßige Verwendung dieses Begriffs durch diesen darstellt und auch nicht ohne weiteres von einem Handeln im geschäftlichen Verkehr ausgegangen werden kann.

27 c) Ein Unterlassungsanspruch der Kl. gegen den Bekl. nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 5 MarkenG wegen Benutzung eines mit dem Klagezeichen „PCB-POOL“ ähnlichen Zeichens durch Angabe von „pcb“ als Schlüsselwort ist gleichfalls nicht gegeben. Insoweit kann offen bleiben, ob allgemein bereits in der Angabe eines Begriffs als Schlüsselwort eine markenmäßige Verwendung dieses Zeichens gesehen werden kann. Denn jedenfalls der Begriff „pcb“ wird – wie oben dargestellt – in dem hier zu beurteilenden Sachverhalt nach den Feststellungen des *Berufungsgerichts* als eine beschreibende Angabe und nicht als Herkunftshinweis verstanden.

28 4. Auf die Frage, ob der Kl. wegen der Verwendung des Begriffs „pcb“ als Schlüsselwort gegen den Bekl. wettbewerbsrechtliche Ansprüche auf Unterlassung zustanden, kommt es schon deshalb nicht an, weil mit der Abmahnung derartige – von den markenrechtlichen Anspruchsgrundlagen nicht erfasste und deshalb durch den Vorrang des Markenrechts nicht ausgeschlossene – Ansprüche nicht geltend gemacht worden sind. Ohnehin kommen solche Ansprüche wegen der beschreibenden Verwendung des Begriffs „pcb“ nicht in Betracht. ...

Anmerkung

Jeder der drei Fälle des *BGH* zu *Google-AdWords* hat seine Besonderheiten. Die Besonderheit dieses Falls liegt darin, dass hier nur ein Gattungsbegriff (pcb als Abkürzung von printed circuit board) als Schlüsselwort bei *Google* gebucht worden war. Verbunden allerdings mit der Einstellung „weitgehend passende Keywords“ konnte der Internetnutzer bei Eingabe des Worts PCB-Pool eine Werbeanzeige des Anmelders des Schlüsselworts sehen. Das *OLG Stuttgart* (MMR 2007, 649) hatte dies markenrechtlich untersagt. Der *BGH* hat diesen – zugegebenermaßen krausen – Fall zu Recht zu Gunsten der Werbefreiheit entschieden. Eine Markenrechtsverletzung würde nämlich voraussetzen, dass der Internetnutzer in dem im Textfeld sichtbar bleibenden Suchbegriff auch einen Hinweis auf die Herkunft von bestimmten Waren oder Dienstleistungen aus einem bestimmten Unternehmen versteht. Dies lehnt der *BGH* schon grds. ab (wie in den anderen Entscheidungen), weil unter der Überschrift „Anzeigen“ das betreffende Suchwort nicht wiederholt werde und auch sonst kein Hinweis auf dieses Zeichen enthalten sei. Speziell auf den vorliegenden Fall bezogen, betont der *BGH* noch einmal,

dass es sich bei der Abkürzung um eine beschreibende Angabe i.S.v. § 23 Nr. 2 MarkenG handele. Die Verwendung solcher beschreibender Angaben sei unproblematisch zulässig. Daran ändere sich auch nichts, weil der entsprechende Nutzer die Standardeinstellung „weitgehend passende Keywords“ gewählt habe.

Sehr apodiktisch (aber in dieser Form den Umständen entsprechend genau passend) sind die markigen Sätze des *BGH* in Bezug auf wettbewerbsrechtliche Ansprüche:

„Ohnehin kommen solche Ansprüche wegen der beschreibenden Verwendung des Begriffs „pcb“ nicht in Betracht“. Der pcb-Fall ist – wie gesagt – ein Extremfall, der selbst bei hartnäckigsten Google-Ad-Gegnern Stirnrunden hervorgerufen hat. Insofern hat der *BGH* in prägnanter Kürze genau die richtigen Worte gesagt. Man kann nur gespannt sein, wie insb. das *OLG Braunschweig* jetzt reagieren wird.

Prof. Dr. Thomas Hoeren, Münster.

OLG Köln: „Die schöne Müllerin“ – Rechtsverletzung in gewerblichem Ausmaß

UrhG § 101 Abs. 1 und 2; RL 2004/48/EG – Erwägungsgrund 14
Beschluss vom 9.2.2009 – 6 W 182/08 (LG Köln); rechtskräftig

Leitsätze

1. I.S.d. § 101 Abs. 2 UrhG kann eine Rechtsverletzung in gewerblichem „Ausmaß“ auch bei rein privatem Handeln zu bejahen sein. Entscheidend ist, dass sie ein Ausmaß aufweist, wie dies üblicherweise mit einer auf einem gewerblichen Handeln beruhenden Rechtsverletzung verbunden ist. Der Senat hält daher daran fest, dass das Angebot eines kompletten Musikalbums in dessen aktueller Verkaufsphase i.R.e. Internetausbörse ein gewerbliches Ausmaß erreicht.

2. Ein Album mit klassischer Musik (hier: Lieder von Franz Schubert, gesungen von Thomas Quasthoff) kann sich auch 3 Jahre nach der Erstveröffentlichung in der aktuellen Verkaufsphase befinden, sofern es noch unverändert zum Ausgangspreis veräußert wird (Abgrenzung zu OLG Zweibrücken GRUR-RR 2009, 12, 13 = MMR 2009, 43).

Sachverhalt

Die Ast. betreibt ein Schallplattenlabel. Sie macht geltend, Inhaberin der Verwertungsrechte für die Bundesrepublik Deutschland an dem insgesamt 20 Lieder enthaltenden, 2005 veröffentlichten Musikalbum „Franz Schubert – Die schöne Müllerin“, gesungen von Thomas Quasthoff, begleitet von Justus Zeyen, zu sein.

Die Beteiligte ist ein Internetprovider. Sie vergibt an ihre Kunden für die Nutzung des Internet IP-Adressen, die bei jedem neuen Zugang zum Internet, spätestens aber nach Ablauf von 24 Stunden, neu vergeben werden (sog. dynamische IP-Adressen).

Die Ast. trägt vor, die von ihr insoweit beauftragte IR Gesellschaft zum Schutz geistigen Eigentums mbH habe ermittelt, dass dieses Musikalbum von einem Computer aus, dem von der Beteiligten die im Tenor genannte IP-Adresse zugewiesen war, in der Internetausbörse AS der Öffentlichkeit zum Herunterladen angeboten worden ist. Die Ast. hat beim *LG Köln* beantragt anzuordnen, dass die Verwendung von Verkehrsdaten durch die Beteiligte zur Erteilung der Auskunft über den Namen und die Anschrift des Inhabers dieses Anschlusses zulässig ist. Das *LG* hat zunächst im Wege der einstweiligen Anordnung der Beteiligten aufgegeben, die für die Auskunft erforderlichen Daten zu sichern. Den Antrag auf Gestattung der Auskunftsertei-

lung hat das *LG* durch den angefochtenen Beschluss zurückgewiesen und zugleich ausgesprochen, dass über die Aufrechterhaltung der einstweiligen Anordnung nach Ablauf der Rechtsmittelfrist entschieden werden soll. Zur Begründung hat das *LG* ausgeführt, die Ast. sei zwar aktivlegitimiert und es liege auch eine offensichtliche Rechtsverletzung i.S.v. § 19a UrhG vor, diese habe jedoch nicht ein gewerbliches Ausmaß erreicht. Angesichts der Veröffentlichung des Musikalbums im Jahr 2005 und eines Verkaufsrangs 5.641 bei *Amazon* am 11.12.2008 könne nicht mehr davon ausgegangen werden, dass die Verletzungshandlung im relevanten Auswertungszeitraum vorgenommen worden sei. Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde der Ast., mit der sie ihren Antrag weiterverfolgt.

Aus den Gründen

... Die sofortige, gem. § 101 Abs. 9 Satz 6 UrhG statthafte Beschwerde ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg.

...

2. Rechtsfehlerhaft ist es ..., dass das *LG* angenommen hat, die Urheberrechtsverletzung sei nicht in gewerblichem Ausmaß erfolgt.

a) Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des *LG*, dass der „Auskunftsanspruch aus § 101 Abs. 2 UrhG eine Rechtsverletzung in gewerblichem Ausmaß voraussetzt (vgl. *Senat* GRUR-RR 2009, 9, 11 [= MMR 2008, 820]); dies dürfte inzwischen gefestigter Rspr. entsprechen (vgl. *OLG Zweibrücken* GRUR-RR 2009, 12, 13 [= MMR 2009, 43]; *LG Frankfurt/M.* GRUR-RR 2009, 15 [= MMR 2008, 829]; *LG Darmstadt* GRUR-RR 2009, 13, 14 [= MMR 2009, 52 m. Anm. *Bär*]; vgl. auch *LG Oldenburg* MMR 2008, 832, das insoweit allerdings von einer Rechtsverletzung im geschäftlichen Verkehr spricht). Zutreffend hat das *LG* auch angenommen, dass eine Rechtsverletzung in gewerblichem Ausmaß dann vorliegt, wenn ein gesamtes Musikalbum in der relevanten Verkaufsphase öffentlich angeboten wird (vgl. *Senat*, a.a.O.). An dieser Rspr. hält der *Senat* auch im Hinblick auf die Ausführungen der Beteiligten und die zwischenzeitlich veröffentlichten Entscheidungen anderer Gerichte fest.

Dass eine Rechtsverletzung in gewerblichem Ausmaß jedenfalls dann vorliegt, wenn ein Musikalbum unmittelbar nach seiner Veröffentlichung widerrechtlich im Internet öffentlich zugänglich gemacht wird, entspricht dem Willen des Gesetzgebers, der dem Änderungsvorschlag des *Rechtsausschusses* zu § 101 Abs. 1 Satz 1 UrhG gefolgt ist; danach soll eine Rechtsverletzung „in gewerblichem Ausmaß“ u.a. dann vorliegen, wenn eine besonders umfangreiche Datei kurz nach ihrer Veröffentlichung im Internet angeboten wird (BT-Drs. 16/8783, S. 50). Dieser klar geäußerte Wille des Gesetzgebers ist im Gesetzeswortlaut hinreichend zum Ausdruck gekommen und daher, weil sich