

Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

3
K&R

- Editorial: Klarstellung zur Verantwortlichkeit im Internet:
Websperren möglich · *Dr. Florian Drücke*
- 145 Das Anhängen an Angebote bei Amazon · *Dr. Bernd Lorenz*
- 150 Framing zulässig oder unzulässig? · *Christian Galetzka*
- 152 Softwaremängel 4.0 – Wieviel (Un-) Sicherheit können wir uns leisten? · *Dr. Florian Deusch* und *Prof. Dr. Tobias Eggendorfer*
- 158 Die Novellierung des Informationsweiterverwendungsgesetzes
Carl Christian Müller
- 163 Anonymitätsschutz für „Pick-Up Artists“? · *Dr. Marc-Oliver Srocke*
- 166 Telekommunikationsrechtliche Meldepflicht eines E-Mail-Dienstes
Sebastian Telle
- 168 Länderreport USA · *Clemens Kochinke*
- 171 BGH: Störerhaftung des Access-Providers
mit Kommentar von *Franz Gernhardt*
- 179 BGH: Werbung in automatisch generierten Bestätigungs-E-Mails
unzulässig
- 182 BGH: Anforderungen an Preisangabe für Telekommunikations-
dienstleistung
- 185 BGH: Gutscheinkauf beim Buchkauf verstößt gegen Preisbindung
- 194 OLG Köln: Anschlussinhaber hat keinen Anspruch auf sofortige
Löschung von IP-Adressen
- 197 OLG Frankfurt a. M.: Anforderungen an wirksame Werbe- und
Cookie-Einwilligung mittels Gewinnspiel
- 213 LAG Mainz: Fristlose Kündigung nach Installation
von Schadsoftware auf Arbeitgeber-PC
mit Kommentar von *Marie Herberger*

19. Jahrgang

März 2016

Seiten 145 – 216



RA Dr. Bernd Lorenz, Essen*

Das Anhängen an Angebote bei Amazon

Der folgende Beitrag untersucht das Anhängen an fremde Angebote bei Amazon unter den Gesichtspunkten des Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrechts.

I. Einleitung

Wer ein identisches Produkt bei Amazon anbieten will, kann sich an das Angebot eines Mitbewerbers anhängen. Das Angebot des Mitbewerbers wird dann derselben Identifikationsnummer von Amazon zugeordnet. Für jedes Produkt, das bei Amazon eingestellt wird, vergibt Amazon nämlich eine individuelle Identifikationsnummer (sog. Amazon Standard Identification Number, ASIN). Die Zuordnung zu derselben Identifikationsnummer führt dazu, dass bei Aufruf des Angebots mehrere Mitbewerber angezeigt werden. Diese können das gleiche Produkt zu einem unterschiedlichen Preis anbieten.

Das Anhängen an Angebote wird von Amazon ausdrücklich gewünscht. Zum einen ist es das Ziel von Amazon für jedes Produkt nur eine Identifikationsnummer zu vergeben. Das gleiche Produkt soll nicht doppelt in den Produktkatalog aufgenommen werden. Zum anderen dient das Anhängen an Angebote der Förderung des Wettbewerbs. Die Kunden erhalten zu jedem Produkt die verschiedenen Preise der Anbieter angezeigt. Sie können sich das günstigste Angebot aussuchen.

Das Anhängen an Angebote hat in der Vergangenheit immer wieder zu Streitfragen geführt. Derjenige, der das Angebot bei Amazon eingestellt hat, will von Mitbewerbern nicht unterboten werden. Geltend gemacht wurden und werden deshalb Unterlassungsansprüche aus dem Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrecht. Das Anhängen an fremde Angebote wird unter diesen Gesichtspunkten im Folgenden näher untersucht.

II. Identifizierungsnummern

In der Warenwirtschaft werden verschiedene Produktidentifizierungsnummern verwandt. Jedem Produkt wird eine eindeutige Nummer zugeordnet, um es zweifelsfrei identifizieren zu können. Diese zweifelsfreie Identifikation ist für die automatische Erfassung und Verarbeitung von Produkten notwendig.

Die Amazon Standard Identification Number (ASIN) ist eine zehnstellige alphanumerische Produktidentifizierungsnummer von Amazon.¹ Bei Büchern entspricht die ASIN der ISBN-Nummer.² Die Internationale Standard Book Number (ISBN) ist eine Nummer zur eindeutigen Kennzeichnung von Büchern und anderen selbstständigen Veröffentlichungen mit redaktionellem Anteil.³ Bei allen anderen Produkten wird eine neue ASIN angelegt, wenn das Produkt dem Katalog von Amazon hinzugefügt wird.⁴

Derjenige, der zuerst ein neues Produkt bei Amazon einstellt, erhält dafür eine neue ASIN. Mit der ASIN kann man im Produktkatalog von Amazon suchen. Die ASIN ist auch in der URL der jeweiligen Produktseite enthalten.

Die Global Trade Item Number (GTIN) ist eine von der GS1 verwaltete und vergebene Identifikationsnummer, mit der Produkte und Dienstleistungen weltweit eindeutig identifiziert werden können.⁵ Sie besteht in der Regel aus 13 Ziffern. Vergeben werden aber auch achtstellige Kurznummern. Die GTIN hat 2009 die European Article Number (EAN) abgelöst.⁶ Eine EAN ist eine international unverwechselbare Produktkennzeichnung für Handelsartikel, bestehend aus 8 bzw. 13 Ziffern.⁷

Das eigentliche Problem liegt jedoch nicht darin, dass bei einem Sich-Anhängen Identifikationsnummern übernommen werden. Vielmehr ist jedes Produkt bei Amazon mit einem Herkunftshinweis versehen. Bei jedem Angebot gibt es die „von-Zeile“. Hier wird der Hersteller des Produkts oder eine Marke angegeben, z. B. „von XYZ“. Bei Büchern wird der Autor angegeben, bei Musik der Interpret oder bei klassischer Musik auch der Komponist. Händler tauchen in der „von-Zeile“ praktisch nicht auf. Eine Ausnahme kann allerdings für Importeure gelten, die z. B. Produkte aus China importieren und in Deutschland als ihr eigenes Produkt anbieten. Bei einem Sich-Anhängen kann durch Verwendung der „von-Zeile“ der falsche Eindruck entstehen, dass das Produkt von einem bestimmten Hersteller oder einer bestimmten Marke stammt.

III. Rechtsverletzungen

1. Urheberrecht

Ein untauglicher Versuch ist es, Mitbewerbern das Anhängen an Angebote wegen einer Urheberrechtsverletzung untersagen zu wollen.

* Der Autor ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für IT-Recht, Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht und Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz bei Schulz Sozien in Essen. Mehr über ihn erfahren Sie auf S. VIII.

- 1 Wikipedia, Stichwort „Amazon Standard Identification Number“, https://de.wikipedia.org/wiki/Amazon_Standard_Identification_Number, abgerufen am 4. 11. 2015.
- 2 Amazon, Was sind EANs, UPCs, ISBNs und ASINs?, <https://www.amazon.de/gp/seller/asin-upc-isbn-info.html>.
- 3 Wikipedia, Stichwort „Internationale Standardbuchnummer“, https://de.wikipedia.org/wiki/Internationale_Standardbuchnummer, abgerufen am 4. 11. 2015.
- 4 Amazon, Was sind EANs, UPCs, ISBNs und ASINs?, <https://www.amazon.de/gp/seller/asin-upc-isbn-info.html>.
- 5 GS1, Globale Artikelnummer GTIN, <https://www.gs1-germany.de/gs1-standards/identifikation/artikel-gtin-sgtin/>.
- 6 dnv online vom 23. 1. 2009, EAN heißt jetzt GTIN, <http://www.dnv-online.net/handel/detail.php?rubric=Handel&nr=30231>.
- 7 Wikipedia, Stichwort „European Article Number“, https://de.wikipedia.org/wiki/European_Article_Number, abgerufen am 4. 11. 2015.

Der eingestellte Angebotstext wird in der Regel schon gar nicht urheberrechtlich geschützt sein.⁸ Erforderlich für die Schutzfähigkeit ist nach § 2 Abs. 2 UrhG eine gewisse Schöpfungshöhe. Produktbeschreibungen in der Form von Gebrauchstexten erfüllen die Schöpfungshöhe nicht.⁹ Einen urheberrechtlichen Schutz genießen nur aus dem Alltäglichen herausragende Produktbeschreibungen, die die Durchschnittsgestaltung deutlich übertreffen.¹⁰ Diesen Anforderungen genügen die meisten Produktbeschreibungen bei Amazon nicht. Sie zählen nur die Eigenschaften des Produkts auf (Maße, Gewicht usw.) und enthalten allenfalls eine kurze Produktbeschreibung.

Urheberrechtlich geschützt sind allerdings Fotos von Produkten und zwar entweder nach § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG als Lichtbildwerke oder nach § 72 UrhG als Lichtbilder. Im Hinblick auf die Produktfotos stellt sich deshalb die Frage, ob das Anhängen an Angebote eine Urheberrechtsverletzung darstellt. Nach einer Auffassung soll in dem Sich-Anhängen tatsächlich eine Urheberrechtsverletzung liegen.¹¹ Allerdings soll ein Schadensersatzanspruch mangels eines Verschuldens ausscheiden. Eine andere Ansicht geht davon aus, dass die Person, die das Angebot eingestellt hat, den anderen Mitbewerbern ein Nutzungsrecht an dem Foto einräumt.¹² Dies ergäbe sich aus der Nr. XIII. der Teilnahmebedingungen von Amazon¹³ oder aus einer schlichten Einwilligung. Das soll nur dann gelten, wenn das Foto mit einem Schriftzug des Angebotseinstellers versehen ist. Nach zutreffender Auffassung fehlt es schon an einer urheberrechtlich relevanten Nutzungshandlung, da der Sich-Anhängende das Foto nicht selbst bei Amazon eingestellt hat.¹⁴

Der Sich-Anhängende stellt das Foto nicht selbst bei Amazon ein. Das Foto wird vielmehr von dem ursprünglichen Angebotseinsteller eingestellt und hochgeladen. Eine Vervielfältigung des Fotos nach § 16 UrhG durch den Sich-Anhängenden findet nicht statt. Es wird lediglich sein Angebot zusätzlich unter dem Foto des Angebotseinstellers angezeigt. Der Sich-Anhängende macht das Foto auch nicht nach § 19 a UrhG öffentlich zugänglich. Die Zugänglichmachung erfolgt vielmehr durch den Angebotseinsteller bzw. durch Amazon. Das Foto selbst befindet sich überhaupt nicht in der Zugriffssphäre des Sich-Anhängenden. Dies wäre aber Voraussetzung für eine täterschaftliche Haftung des Sich-Anhängenden.¹⁵

Selbst wenn sich der Sich-Anhängende das Foto zu Eigen machen würde, läge keine Urheberrechtsverletzung vor. Es reicht nicht aus, dass der Sich-Anhängende den Eindruck erweckt, er halte das Foto selbst zum Abruf bereit. Der Tatbestand einer urheberrechtlichen Nutzungshandlung wird nur durch Vornahme der Nutzungshandlung selbst erfüllt, nicht aber dadurch, dass deren Merkmale vorgetäuscht werden.¹⁶

Nach dem EuGH liegt eine urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung nur vor, wenn das Werk für ein neues Publikum oder nach einem speziellen technischen Verfahren wiedergegeben wird, das sich von demjenigen der ursprünglichen Wiedergabe unterscheidet.¹⁷ Beides ist nicht der Fall. Damit liegt keine urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung des Sich-Anhängenden vor.

Der Sich-Anhängende haftet auch nicht als Störer.¹⁸ Als Störer kann nach dem BGH in Anspruch genommen werden, wer – ohne Täter oder Teilnehmer zu sein – in irgendeiner Weise willentlich und adäquat-kausal zur Verletzung des geschützten Rechts beiträgt.¹⁹ Der Sich-Anhängende

eröffnet selbst keine Gefahrenquelle und wirkt auch nicht an der Entstehung einer solchen mit. Das Foto wurde vielmehr vom Angebotseinsteller eingestellt. Eine Entfernung des Fotos kann nur vom Angebotseinsteller oder durch Amazon erfolgen. Dementsprechend haftet der Sich-Anhängende weder für rechtmäßig noch für rechtswidrig eingestellte Fotos.

Auch eine Beauftragtenhaftung nach § 99 UrhG kommt nicht in Betracht.²⁰ Diese Haftung setzt voraus, dass der Beauftragte in die betriebliche Organisation des beauftragenden Unternehmens eingegliedert ist. Die Eingliederung muss dergestalt erfolgen, dass der Erfolg der Geschäftstätigkeit des Beauftragten dem Betriebsinhaber zugutekommt, und der Betriebsinhaber muss einen bestimmenden, durchsetzbaren Einfluss auf diejenige Tätigkeit des Beauftragten haben, in deren Bereich das beanstandete Verhalten fällt.²¹ Wenn der Beauftragte ein selbstständiges Unternehmen ist, muss das beauftragende Unternehmen ihm gegenüber seinen Willen und Einfluss durchsetzen können.²² Der Sich-Anhängende hat jedoch überhaupt keine Möglichkeit auf die Modalitäten der Vertriebstätigkeiten von Amazon entscheidenden Einfluss zu nehmen. Insofern ist es fernliegend, anzunehmen, Amazon wäre in die betriebliche Organisation des Sich-Anhängenden eingebunden.

2. Markenrecht

Ein Sich-Anhängen kann eine Markenrechtsverletzung oder eine Verletzung eines Unternehmenskennzeichens darstellen. Angebote bei Amazon enthalten nämlich eine „von-Zeile“, in der eine Marke oder der Hersteller angegeben wird.

a) Markenrechtsverletzung

In der Rechtsprechung ist es bereits mehrfach entschieden worden, dass das Sich-Anhängen an eine Marke eine Verletzung von § 14 Abs. 1 MarkenG bzw. Art. 9 Abs. 1 S. 1

- 8 LG Bremen, 10. 1. 2012 – 7 O 1983/11, BeckRS 2015, 16259.
- 9 LG Stuttgart, 4. 11. 2010 – 17 O 525/10, ZUM-RD 2011, 649.
- 10 OLG Düsseldorf, 6. 5. 2014 – 20 U 174/12, WRP 2014, 1236 Rn. 9; OLG Köln, 30. 9. 2011 – 6 U 82/11, ZUM-RD 2012, 35.
- 11 LG Stuttgart, 25. 2. 2014 – 17 S 4/13, ZUM 2014, 736, 738.
- 12 OLG Köln, 19. 12. 2014 – 6 U 51/14, K&R 2015, 333, 335, vorgehend LG Köln, 13. 2. 2014 – 14 O 184/13, K&R 2014, 444, im Volltext: KuRL2014-444-2; LG Nürnberg-Fürth, 4. 2. 2011 – 4 HKO 9301/10, K&R 2011, 606, im Volltext: KuRL2011-606-1; Berger, jurisPR-ITR 7/2014 Anm. 5 D.
- 13 Teilnahmebedingungen Amazon Services Europe S.à.r.l., in der Fassung vom 13. 6. 2014, <https://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html?nodeId=3367031>.
- 14 LG München I, 26. 3. 2013 – 33 O 19285/12, BeckRS 2015, 01790, bestätigt durch OLG München, 27. 3. 2014 – 6 U 1859/13, MMR 2014, 694; so offenbar auch LG Bremen, 10. 1. 2012 – 7 O 1983/11, BeckRS 2015, 16259.
- 15 LG Köln, 4. 12. 2013 – 28 O 347/13, ZUM-RD 2014, 440, 441 f.; LG München I, 26. 3. 2013 – 33 O 19285/12, BeckRS 2015, 01790.
- 16 OLG München, 16. 2. 2012 – 6 U 1092/11, CR 2013, 331, 332; LG Köln, 4. 12. 2013 – 28 O 347/13, ZUM-RD 2014, 440, 442; LG München I, 26. 3. 2013 – 33 O 19285/12, BeckRS 2015, 01790; v. Ungern-Sternberg, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 19 a Rn. 46.
- 17 EuGH, 21. 10. 2014 – C-348/13, K&R 2014, 794.
- 18 OLG München, 27. 3. 2014 – 6 U 1859/13, MMR 2014, 694; LG Köln, 4. 12. 2013 – 28 O 347/13, ZUM-RD 2014, 440, 442 f.
- 19 BGH, 5. 2. 2015 – I ZR 240/12, K&R 2015, 326, Rn. 49; BGH, 8. 1. 2014 – I ZR 169/12, K&R 2014, 513, Rn. 22; BGH, 22. 7. 2010 – I ZR 139/08, K&R 2011, 117, Rn. 45; BGH, 12. 5. 2010 – I ZR 121/08, K&R 2010, 492, Rn. 19; BGH, 30. 4. 2008 – I ZR 73/05, K&R 2008, 435, Rn. 50; BGH, 18. 10. 2001 – I ZR 22/99, WRP 2002, 532, 533.
- 20 OLG München, 27. 3. 2014 – 6 U 1859/13, MMR 2014, 694, 695.
- 21 OLG München, 27. 3. 2014 – 6 U 1859/13, MMR 2014, 694, 695.
- 22 Wild, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 16), § 99 Rn. 6.

GMVO darstellt.²³ Danach steht ausschließlich dem Inhaber der Marke das Recht zu, die Marke zu benutzen. In dem Sich-Anhängen an ein Angebot liegt eine rechtswidrige Benutzung einer fremden Marke, wenn es sich bei dem Produkt des Sich-Anhängenden nicht um den Markenartikel handelt.

Der Unterlassungsanspruch folgt in diesem Fall aus § 14 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 5 MarkenG bzw. bei Gemeinschaftsmarken aus Art. 9 Abs. 1 S. 2 lit. a GMVO. Danach ist es Dritten untersagt, im geschäftlichen Verkehr ein mit der Marke identisches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die mit demjenigen identisch sind, für die sie Schutz genießen. Erforderlich ist hiernach Zeichen- und Warenidentität. Eine Zeichenidentität liegt vor, denn durch das Anhängen an das Angebot verwendet der Sich-Anhängende das gleiche Zeichen wie der das Angebot einstellende Markeninhaber. Die Marke wird nämlich in dem Angebot in der „von-Zeile“ benannt. Eine Warenidentität liegt ebenfalls vor, denn der Sich-Anhängende und der Markeninhaber bieten das gleiche Produkt an. Liefert der Sich-Anhängende jedoch nicht den Markenartikel, sondern ein vergleichbares Produkt von einem anderen Hersteller, liegt eine rechtswidrige Benutzung einer fremden Marke vor.

b) Verletzung eines Unternehmenskennzeichens

Wenn anstelle der Marke ein Unternehmenskennzeichen in der „von-Zeile“ angegeben wird, kann in dem Anhängen an das Angebot eine Verletzung des Unternehmenskennzeichens des Angebotseinstellers liegen.²⁴ Diese Fälle betreffen die Konstellation, in denen in der „von-Zeile“ der Name oder die Firma eines bestimmten Herstellers angegeben wird.

Als Unternehmenskennzeichen kann nach § 5 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 MarkenG ein Name, eine Firma oder eine andere besondere Bezeichnung eines Geschäftsbetriebes oder eines Unternehmens geschützt sein. Voraussetzung eines Unternehmenskennzeichens mit Namensfunktion ist, dass die Bezeichnung schutzfähig ist und benutzt wird. Sie muss hinreichende Unterscheidungskraft aufweisen und ihr muss eine Namensfunktion zukommen.²⁵ Unterscheidungskraft besitzt eine geschäftliche Bezeichnung, wenn sie geeignet ist, den Verkehr die Bezeichnung als einen Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen verstehen zu lassen.²⁶ Weiterhin muss die Bezeichnung geeignet sein, im Verkehr als Name des Unternehmensträgers bzw. des Unternehmens oder Geschäftsbetriebs zu dienen.²⁷ Der Schutz entsteht – wie sich aus § 5 Abs. 2 S. 1 MarkenG ergibt – mit der Benutzungsaufnahme.²⁸ Eine Eintragung in ein Register ist nicht erforderlich. Mit der Benutzung des Unternehmenskennzeichens ist dieses automatisch geschützt.

Der Unterlassungsanspruch folgt in diesem Fall aus § 15 Abs. 2, 4 MarkenG. Danach ist es Dritten untersagt, das Unternehmenskennzeichen im geschäftlichen Verkehr unbefugt in einer Weise zu benutzen, die geeignet ist, Verwechselungen mit der geschützten Bezeichnung hervorzurufen. Durch das Anhängen benutzt der Sich-Anhängende das Unternehmenskennzeichen, denn sein Angebot wird unter dem Unternehmenskennzeichen des Angebotseinstellers angeboten. Liefert der Sich-Anhängende jedoch nicht ein Produkt des Angebotseinstellers, sondern ein eigenes vergleichbares Produkt, liegt eine unbefugte Benutzung des Unternehmenskennzeichens vor. In diesem

Fall wird das Unternehmenskennzeichen für ein Produkt benutzt, das von dem Inhaber des Unternehmenskennzeichens gar nicht hergestellt wurde.

c) Händler

Wenn ein Händler ein Produkt bei Amazon einstellt, ist er im Hinblick auf die Marke des Herstellers und dessen Unternehmenskennzeichen nicht aktiv legitimiert. Ein bloßer Händler, der nicht Hersteller des Produkts und damit Rechteinhaber ist, kann sich nicht auf eine Markenrechtsverletzung berufen.²⁹

3. Wettbewerbsrecht

Ein Sich-Anhängen an fremde Angebote kann unter dem Gesichtspunkt der Täuschung über die betriebliche Herkunft der Ware wettbewerbswidrig sein. Dagegen liegt keine wettbewerbswidrige Behinderung vor.

a) Unterschiedliche Hersteller

In der Rechtsprechung ist bereits mehrfach entschieden worden, dass eine Täuschung über die betriebliche Herkunft der Ware nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG vorliegt, wenn der Sich-Anhängende ein Produkt von einem anderen als in der „von-Zeile“ angegeben Hersteller liefert.³⁰ Die „von-Zeile“ fungiert als Hinweis auf eine Marke bzw. einen bestimmten Hersteller. Wenn die Kunden das Angebot sehen, gehen sie davon aus, dass sie das Produkt einer bestimmten Marke bzw. eines bestimmten Herstellers erhalten. Sie werden deshalb über die Herkunftsstätte des Produkts getäuscht, wenn der Sich-Anhängende ein vergleichbares Produkt eines anderen Herstellers liefert.

Der Schutz des § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG kommt auch demjenigen zugute, der weder über eine Marke noch ein geschütztes Unternehmenskennzeichen verfügt. Insofern kommt der Norm in derartigen Fällen eine Auffangfunktion zu.

- 23 LG Köln, 21.10.2014 – 81 O 100/14; LG Düsseldorf, 28.5.2014 – 2a O 277/13, JurPC Web-Dok. 98/2014, <http://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20140098>, bestätigt durch OLG Düsseldorf, 12.5.2015 – I-20 U 92/14, NRWE, https://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2015/I_20_U_92_14_Urteil_20150512.html; LG Düsseldorf, 20.1.2014 – 2a O 58/13, JurPC Web-Dok. 48/2014, <http://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20140048>; LG Berlin, 25.11.2011 – 15 O 436/11, JurPC Web-Dok. 96/2013, <http://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20130096>.
- 24 OLG Hamm, 5.3.2013 – 4 U 139/12 NRWE, http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2013/4_U_139_12_Urteil_20130305.html, vorgehend LG Bochum, 26.6.2012 – I-17 O 25/12 NRWE, http://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/bochum/lg_bochum/j2012/I_17_O_25_12_Urteil_20120626.html.
- 25 Fezer, Markenrecht, 4. Aufl. 2009, § 5 Rn. 3; Hacker, in: Ströbele/Hacker, Markengesetz, 11. Aufl. 2015, § 5 Rn. 36.
- 26 Hacker, Markenrecht, 3. Aufl. 2013, Rn. 772; Hacker, in: Ströbele/Hacker, Markengesetz (Fn. 25), § 5 Rn. 39.
- 27 Hacker, in: Ströbele/Hacker, Markengesetz (Fn. 25), § 5 Rn. 49.
- 28 Fezer, Markenrecht (Fn. 25), § 5 Rn. 3; Goldmann, Der Schutz des Unternehmenskennzeichens, 3. Aufl. 2014, § 3 Rn. 3, § 5 Rn. 1; Hacker, Markenrecht (Fn. 26), Rn. 770; Ingerl/Rohrke, Markengesetz, 3. Aufl. 2010, § 5 Rn. 32, 57; Hacker, in: Ströbele/Hacker, Markengesetz (Fn. 25), § 5 Rn. 35.
- 29 Vgl. LG Bremen, 10.1.2012 – 7 O 1983/11, BeckRS 2015, 16259.
- 30 OLG Hamm, 19.7.2011 – I-4 U 22/11 NRWE, https://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2011/I_4_U_22_11urteil20110719.html; LG Düsseldorf, 28.5.2014 – 2a O 277/13, JurPC Web-Dok. 98/2014, <http://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20140098>; LG Essen, 14.3.2014 – 43 O 40/14, der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wurde später im Rahmen einer Einigung wieder zurückgenommen; LG Düsseldorf, 20.1.2014 – 2a O 58/13, JurPC Web-Dok. 48/2014, <http://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20140048>; LG Berlin, 25.11.2011 – 15 O 436/11, JurPC Web-Dok. 96/2013, <http://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20130096>; LG Bochum, 21.6.2011 – 14 O 98/11, NRWE, https://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/bochum/lg_bochum/j2011/I_14_O_98_11urteil20110721.html.

b) Bezug aus derselben ausländischen Fabrik

Eine immer wieder auftauchende Frage ist, wie die Fälle zu behandeln sind, in denen Mitbewerber das gleiche Produkt aus derselben Fabrik beziehen. Oftmals lassen Mitbewerber Produkte in China produzieren und bieten diese dann in Deutschland als ihr eigenes Produkt an. Das LG Köln geht von einer Täuschung über die betriebliche Herkunft aus.³¹ Das LG Düsseldorf lehnt eine Täuschung über die betriebliche Herkunft ab.³² Es stellt sich die Frage, ob derartige Mitbewerber selbst als Hersteller gelten oder ob sie nur einen Zwischenhändler darstellen.

Für eine Täuschung über die betriebliche Herkunft spricht, dass sich jeder Hersteller auch eines Subunternehmens oder Zulieferers bedienen darf. Auch die Definitionen des Herstellers im Produkthaftungs- und Produktsicherheitsgesetz sprechen für eine Täuschung über die betriebliche Herkunft. Nach § 4 Abs. 1 S. 2 ProdHaftG, § 2 Nr. 14 Hs. 2 lit. a ProdSG gilt auch als Hersteller, wer seinen Namen, seine Marke oder ein anderes unterscheidungskräftiges Kennzeichen an dem Produkt anbringt und sich dadurch als Hersteller ausgibt. Nach § 4 Abs. 2 ProdHaftG gilt auch der Importeur, der ein Produkt in den Europäischen Wirtschaftsraum einführt oder verbringt, als Hersteller. Aus Sicht der Produkthaftung wären die deutschen Mitbewerber jeweils als eigene Hersteller anzusehen.

Gegen die Täuschung über die betriebliche Herkunft spricht, dass die Produkte tatsächlich aus derselben Fabrik stammen. Der Ursprung der Produkte ist identisch. Die Produkte verfügen über identische Eigenschaften. Qualitätsabweichungen sind nicht vorhanden. Für den Begriff der betrieblichen Herkunft kommt es in solchen Fällen maßgeblich darauf an, ob aufgrund eines anderen Herstellers Abweichungen in der Beschaffenheit des Produkts oder Qualitätsabweichungen vorliegen. Vor diesem Hintergrund sind die deutschen Mitbewerber lediglich als Zwischenhändler der Produkte anzusehen.

Die in dieser Konstellation auftretenden Fragen sind über das Markenrecht zu lösen. Wenn der Angebotseinsteller die von ihm importierten Produkte unter einer eigenen Marke oder einem schutzfähigen Unternehmenskennzeichen anbietet, werden seine Angebote durch das Markenrecht geschützt. Fehlt es dagegen an einer Marke oder einem schutzfähigen Unternehmenskennzeichen, ist ein Anhängen zulässig. Es liegt weder eine Markenrechtsverletzung noch eine Täuschung über die betriebliche Herkunft vor.³³

c) Behinderung

Das LG Bremen hat zutreffend entschieden, dass die Mitbenutzung einer fremden EAN keine gezielte Behinderung nach § 4 Nr. 4 UWG darstellt.³⁴ Das Anhängen an Angebote zielt nicht primär darauf ab, die wettbewerbliche Entfaltung des Mitbewerbers zu beeinträchtigen. Vielmehr soll dadurch die eigene wettbewerbliche Entfaltung gefördert werden. Voraussetzung einer gezielten Behinderung ist aber, dass die Maßnahme in erster Linie die wettbewerbliche Entfaltung des Mitbewerbers beeinträchtigen will.³⁵ Es muss gezielt der Zweck verfolgt werden, den Mitbewerber an seiner Entfaltung zu hindern und ihn dadurch zu verdrängen (Verdrängungsabsicht) oder die Behinderung muss dazu führen, dass der Mitbewerber seine Leistung am Markt durch eigene Anstrengung nicht

mehr in angemessener Weise zur Geltung bringen kann (Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltung).³⁶ Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Das Anbieten eines Produktes zu einem niedrigeren Preis ist Gegenstand jeden Wettbewerbs. Daran ändert auch die Mitbenutzung einer ASIN, EAN oder GTIN nichts, da diese Identifizierungsnummern dem Angebotseinsteller nicht exklusiv zustehen. Der Angebotseinsteller hat kein immaterielles Recht an einer Identifizierungsnummer.

IV. Rechtsmissbräuchlichkeit

Die Verfolgung der Ansprüche kann rechtsmissbräuchlich sein, wenn die Marke bzw. das Unternehmenskennzeichen bzw. der Herkunftshinweis erst nachträglich im Angebot hinzugefügt wird.³⁷ Eine solche Rechtsmissbräuchlichkeit liegt nach § 242 BGB bzw. § 8 Abs. 4 S. 1 UWG vor, wenn die Marke bzw. das Unternehmenskennzeichen bzw. der Herkunftshinweis erst, nachdem sich der Mitbewerber schon angehängt hat, hinzugefügt wird, und der Mitbewerber von der Änderung nicht informiert wird. Wenn der Angebotseinsteller das Angebot nachträglich verändern will, obliegt es ihm, die Mitbewerber rechtzeitig über die Änderung des Angebots und die daraus resultierenden Konsequenzen zu unterrichten. Denn wenn das Anhängen an ein Angebot grundsätzlich zulässig ist und sich dies durch eine Änderung des Angebots ändert, muss der Angebotseinsteller die Mitbewerber auf die veränderte Rechtslage hinweisen und ihnen eine ausreichende Übergangsfrist gewähren. Erst wenn die Mitbewerber auf seinen Hinweis nicht reagieren, ist eine Abmahnung zulässig.

Nicht zu folgen ist dem LG Frankfurt a. M., dass das nachträgliche Hinzufügen einer Marke durch den Angebotseinsteller unzulässig ist.³⁸ Das Gericht sah hierin eine Behinderung der Mitbewerber nach § 4 Nr. 4 UWG. Eine Behinderung der Sich-Anhängenden liegt jedoch nicht vor. Die Sich-Anhängenden haben die Möglichkeit ihr eigenes Produkt unter einer eigenen ASIN anzubieten. Wenn es sich tatsächlich um verschiedene Produkte handelt, dann sind diese auch als verschiedene Produkte in den Produktkatalog von Amazon einzustellen.

V. Schadensersatz

1. Markenrecht

Bei einer Markenrechtsverletzung bzw. der Verletzung eines Unternehmenskennzeichens schuldet der Sich-An-

31 LG Köln, 3. 12. 2014 – 84 O 149/14, JurPC Web-Dok. 1/2015, <http://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20150001> und LG Köln, 14. 10. 2015 – 84 O 149/14, JurPC Web-Dok. 177/2015, <http://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20150177>.

32 LG Düsseldorf, 15. 4. 2015 – 2a O 243/14, JurPC Web-Dok. 124/2015, <http://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20150124>.

33 OLG Düsseldorf, 20. 10. 2014 – I-20 W 104/14, NRWE, http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2014/I_20_W_104_14_Beschluss_20141020.html und LG Düsseldorf, 15. 4. 2015 – 2a O 243/14, JurPC Web-Dok. 124/2015, <http://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20150124>.

34 LG Bremen, 10. 1. 2012 – 7 O 1983/11, BeckRS 2015, 16259.

35 BGH, 10. 1. 2008 – I ZR 38/05, WRP 2008, 785 Rn. 32; BGH, 11. 1. 2007 – I ZR 96/04, WRP 2007, 951 Rn. 23; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 33. Aufl. 2015, § 4 UWG Rn. 10.8.

36 BGH, 22. 1. 2014 – I ZR 164/12, WRP 2014, 424, Rn. 28; BGH, 15. 1. 2009 – I ZR 123/06, WRP 2009, 1082, Rn. 13; Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 35), § 4 UWG Rn. 10.8 ff.

37 OLG Frankfurt a. M., 27. 10. 2011 – 6 U 179/10, NJW-RR 2012, 282.

38 LG Frankfurt a. M. 11. 5. 2011 – 2-08 O 140/10, K&R 2011, 678. Das Urteil wurde in der Berufungsinstantz wegen einer Klagerücknahme für wirkungslos erklärt; vgl. auch OLG Köln, 19. 12. 2014 – 6 U 51/14, K&R 2015, 333, 336.

hängende Schadensersatz nach § 14 Abs. 6, § 15 Abs. 5 MarkenG. Der Schaden kann auf drei Arten berechnet werden: Gefordert werden kann der Ersatz des konkreten Schadens einschließlich des entgangenen Gewinns nach §§ 249 ff. BGB. Verlangt werden kann alternativ der Verletzerertrag nach § 14 Abs. 6 S. 2 MarkenG. Schließlich kann alternativ eine fiktive Lizenzgebühr nach § 14 Abs. 6 S. 3 MarkenG geltend gemacht werden.

Auch bei einem nach § 5 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 MarkenG geschützten Unternehmenskennzeichen handelt es sich um ein immaterielles Recht. Auch für die Verletzung eines Unternehmenskennzeichens kann deshalb eine fiktive Lizenzgebühr verlangt werden. Der Inhaber hätte mit dem Rechtsverletzer auch einen Lizenzvertrag abschließen können, damit dieser unter seinem Unternehmenskennzeichen Produkte anbieten kann. Für das Recht, unter seinem Unternehmenskennzeichen Produkte anzubieten, hätte der Inhaber eine Lizenzgebühr verlangen können.

In Betracht kommt die Zahlung einer fiktiven Lizenzgebühr auch aus der Eingriffskondition des § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB. Die Eingriffskondition setzt voraus, dass jemand in sonstiger Weise auf Kosten eines anderen etwas ohne Rechtsgrund erlangt hat. Der Gebrauch des immateriellen Schutzguts stellt den objektiven Vermögenswert dar, den der Verletzer erlangt hat.³⁹ Der Sich-Anhängende greift in den Zuweisungsgehalt der Marke bzw. des Unternehmenskennzeichens ein, nämlich in die Verwertungsbefugnis aus § 14 Abs. 1 MarkenG bzw. Art. 9 Abs. 1 S. 1 GMVO bzw. § 15 Abs. 1 MarkenG, wenn er eine fremde Marke bzw. ein fremdes Unternehmenskennzeichen ohne Einwilligung des Inhabers verwendet. Der bereicherungsrechtliche Anspruch dient dem Ausgleich eines grundlosen Vermögenszuwachses, nämlich der Kompensation des Gebrauchs der fremden Marke bzw. des fremden Unternehmenskennzeichens.

2. Wettbewerbsrecht

Bei einer Wettbewerbsverletzung schuldet der Sich-Anhängende Schadensersatz nach § 9 S. 1 UWG. Fraglich ist dabei, ob alternativ zum konkreten Schaden auch der Verletzerertrag oder eine fiktive Lizenzgebühr verlangt werden kann. Der Anspruch auf Herausgabe des Verletzerertrags ist kein Anspruch auf Ersatz des konkret entstandenen Schadens.⁴⁰ Vielmehr zielt der Anspruch in anderer Weise auf einen billigen Ausgleich des Vermögensnachteils ab, den der Rechtsinhaber durch die Rechtsverletzung erlitten hat. Bei dem Anspruch auf eine fiktive Lizenzgebühr handelt es sich auch nicht um den Ersatz des konkreten Schadens, sondern um eine fiktive Berechnung.

Die Rechtsprechung hat die dreifache Schadensberechnung im Wettbewerbsrecht bislang lediglich im Falle der Nachahmung von Waren oder Dienstleistungen nach § 4 Nr. 3 UWG⁴¹ und in Bezug auf geschützte Geschäftsgeheimnisse und Vorlagen nach §§ 17 ff. UWG⁴² anerkannt. Köhler weist zutreffend darauf hin, dass eine Anwendung der dreifachen Schadensberechnung auf sonstige Wettbewerbsverstöße ausscheidet.⁴³

Im Falle der Verletzung einer Marke oder eines geschützten Unternehmenskennzeichens kann die fiktive Lizenzgebühr aus § 14 Abs. 6 S. 1, 3, § 15 Abs. 5 MarkenG verlangt werden. Wenn jedoch keine Marke und kein ge-

schütztes Unternehmenskennzeichen vorliegen, kann keine fiktive Lizenzgebühr verlangt werden, auch nicht aus § 9 S. 1 UWG. Der Firmeninhaber hätte dann keinen Lizenzvertrag für die Nutzung einer Marke bzw. eines Namens bzw. einer Firma abschließen können. In diesem Fall kann nur der konkrete Schaden, insb. der entgangene Gewinn nach § 252 BGB, geltend gemacht werden.

3. Kausalität

Wenn entgangener Gewinn geltend gemacht wird, kommt es nach § 252 S. 2 BGB darauf an, ob es nach den gewöhnlichen Umständen des Falls wahrscheinlicher ist, dass der Gewinn ohne das haftungsbegründende Ereignis erzielt worden wäre, als dass er ausgeblieben wäre.⁴⁴ Bei der Darlegung des entgangenen Gewinns kann es problematisch sein, auf den Umsatz des Verletzers abzustellen. Oftmals kann nicht einfach davon ausgegangen werden, dass der Umsatz des Verletzers in vollem Umfang dem Berechtigten zugutegekommen wäre.⁴⁵

Beim Anhängen an Angebote bei Amazon liegt der Fall jedoch anders. Hätte sich der Verletzer nicht an das Angebot des Angebotseinstellers angehängt, dann hätten die Kunden die Artikel beim Angebotseinsteller gekauft. Die Kunden hätten nämlich nur das Angebot des Angebotseinstellers angezeigt bekommen. Aus diesem Grunde kann man für die Berechnung des entgangenen Gewinns den Umsatz des Verletzers in vollem Umfang zugrunde legen.⁴⁶

4. Berechnung des Schadensersatzes

Wenn der entgangene Gewinn nach § 252 BGB geltend gemacht wird, ist dieser wie folgt zu berechnen: Von dem Brutto-Verkaufspreis sind die Umsatzsteuer, der Einkaufspreis, die Provision für Amazon und die Versandkosten abzuziehen. Dies ergibt dann den pro Stück entgangenen Gewinn.

Wenn die fiktive Lizenzgebühr geltend gemacht wird, so hat das Gericht die fiktive Lizenzgebühr nach § 287 ZPO zu schätzen. Für die Schadensschätzung hat der Rechteinhaber konkrete Anhaltspunkte zu liefern.

VI. Fazit

Das Anhängen an fremde Angebote ist nur dann zulässig, wenn es sich tatsächlich um das gleiche Produkt von demselben Hersteller handelt. Andernfalls liegt eine Markenrechtsverletzung bzw. die Verletzung eines Unternehmenskennzeichens vor. Wenn das Produkt unter einem nicht geschützten Unternehmenskennzeichen angeboten wird, liegt zumindest eine Täuschung über die betriebliche Herkunft der Ware vor.

³⁹ Lorenz, VuR 2011, 417, 420.

⁴⁰ BGH, 16. 8. 2012 – I ZR 96/09, ZUM 2013, 406, Rn. 27.

⁴¹ BGH, 21. 9. 2006 – I ZR 6/04, WRP 2007, 533, Rn. 21; BGH, 6. 6. 2002 – I ZR 79/00, WRP 2002, 993, 997; BGH, 22. 4. 1993 – I ZR 52/91, WRP 1993, 625, 627; BGH, 17. 6. 1992 – I ZR 107/90, WRP 1992, 700, 702; BGH, 23. 1. 1981 – I ZR 48/79, WRP 1981, 514, 516.

⁴² BGH, 19. 3. 2008 – I ZR 225/06, WRP 2008, 938, Rn. 6; BGH, 18. 2. 1977 – I ZR 112/75, WRP 1977, 332, 335 f.; KG, 9. 6. 1987 – 5 U 6153/85, GRUR 1988, 702, 703; a. A. noch BGH, 17. 5. 1960 – I ZR 34/59, GRUR 1960, 554, 555 f.

⁴³ Köhler, in: Köhler/Bornkamm (Fn. 35), § 9 UWG Rn. 1.36b; kritisch allerdings Köhler, GRUR 2007, 548, 554.

⁴⁴ BGH, 14. 2. 2008 – I ZR 135/05, WRP 2008, 1227, Rn. 19.

⁴⁵ BGH, 14. 2. 2008 – I ZR 135/05, WRP 2008, 1227, Rn. 20.

⁴⁶ LG Köln, 14. 10. 2015 – 84 O 149/14, JurPC Web-Dok. 177/2015 S. 6, <http://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20150177>.