Rangfolge beim Anzeigen von Apps in App-Stores

Oberlandgericht Hamburg

Beschluss vom 19. 06.2013

Az.: 5 W 31/13

Tenor

Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin vom 19.03.2013 wird der Beschluss des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 27, vom 28.02.2013 abgeändert.

Im Wege der einstweiligen Verfügung – der Dringlichkeit wegen ohne mündliche Verhandlung – wird der Antragsgegnerin bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens € 250.000,-, Ordnungshaft insgesamt höchstens zwei Jahre) untersagt,

im geschäftlichen Verkehr die Bezeichnungen „...“ und/oder „...“ im iPhone App Store zu verwenden und/oder verwenden zu lassen, so dass bei deren Eingabe als Suchbegriff im Suchfeld die ...-App als Suchergebnis in der Rangfolge vor der auf das Angebot „...“ hinweisenden App der Antragstellerin angezeigt wird,

insbesondere wenn dies wie nachstehend wiedergegeben geschieht:

Abbildung

Die weitergehende sofortige Beschwerde wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Verfahrens in erster und zweiter Instanz trägt die Antragstellerin $\frac{3}{4}$, die Antragsgegnerin trägt $\frac{1}{4}$.

Der Streitwert wird auch für die Beschwerdeinstanz auf € 100.000,- festgesetzt.

Entscheidungsgründe

Die zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin hat zum Teil auch Erfolg. Der Antragstellerin steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch in dem tenorierten Umfang zu, der als minus“ bereits in dem ursprünglich gestellten Hauptantrag enthalten ist.

1. Mit ihrem Verfügungsantrag verfolgt die Antragstellerin nach ihrem Hauptantrag einen Unterlassungsanspruch mit dem sie verhindern will, dass die ...-App bei Eingabe der Bezeichnungen „...“ und/oder ...“ überhaupt an irgendeiner Stelle als Suchergebnis angezeigt wird. Diesen Anspruch stützt sie auf unterschiedliche Anspruchsgrundlagen. Bereits erstinstanzlich hatte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 27.02.2013 allerdings klargestellt, dass sie für den Fall der Erfolglosigkeit ihres Hauptbegehrens hilfsweise zumindest das Ziel verfolgt, dass eine derartige Anzeige jedenfalls nicht in der Rangfolge vor ihrer App erscheint. Nach Auffassung der Antragstellerin ist dieses Begehren in dem ursprünglich gestellten Hauptantrag enthalten. Lediglich vorsorglich – und nur für den Fall, dass der Senat diese Auffassung nicht teilt – hatte die Antragstellerin dieses Hilfsbegehren auch als gesonderten Hilfsantrag formuliert.

In rechtlicher Hinsicht stützt die Antragstellerin dabei ihren Verfügungsantrag sowohl nach dem Haupt- als auch nach dem Hilfsbegehren zunächst auf ihre Gemeinschafts-Bildmarke ... Nr. ... (Anlage ASt 2), hilfsweise auf Wettbewerbsrecht und in diesem Rahmen sowohl auf ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutz (§ 4 Nr. 9 UWG) als auch auf eine gezielte wettbewerbswidrige Behinderung (§ 4 Nr. 10 UWG) und auf

Irreführung (§ 5 UWG). Weiter hilfsweise stützt sich die Antragstellerin schließlich auf Ansprüche aus einem Werktitel ...“ sowie auf Ansprüche aus ihrer deutschen Wort-/Bild-Marke Nr. (Anlage ASt 2).

2. Der von der Antragstellerin verfolgte Unterlassungsanspruch ist in dem tenorierten Umfang allein nach ihrem Hilfsbegehren begründet. Dabei teilt der Senat die Auffassung der Antragstellerin, dass dieses Begehren bereits als minus in dem ursprünglichen Hauptantrag mit enthalten ist (vgl. BGH GRUR 1999, 509, 511 – Vorratslücken) und auf dessen Grundlage zugesprochen werden kann, ohne dass es deshalb eines Rückgriffs auf den gestellten Hilfsantrag bedürfte. Vorrangige Ansprüche nach dem Hauptbegehren in dem ursprünglich gestellten Umfang (im Folgenden: Hauptantrag) bestehen hingegen nicht.

a. Dabei kann der Senat in markenrechtlicher Hinsicht offen lassen, ob die Antragstellerin aus der als Wort-/Bildmarke registrierten Gemeinschaftsmarke Nr. überhaupt Ansprüche in Bezug allein auf den Wortanteil geltend machen kann. Denn jedenfalls fehlte es insoweit an einer Rechtsverletzung. Dies hat das Landgericht zutreffend ausgeführt.

b. Auf der Grundlage der geltenden Rechtsprechung des EuGH sowie des BGH kann es die Antragstellerin nicht beanspruchen, dass es die Antragsgegnerin unterlässt, ein mit der Marke identisches Zeichen als Schlüsselwort für die Anzeige von Apps im iPhone App Store zu verwenden. Insoweit ist weder die Herkunfts- noch die Werbefunktion der Marke beeinträchtigt. Der Senat kann insoweit zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf die Ausführungen des Landgerichts in dem Beschluss vom 28.02.2013 Bezug nehmen.

aa. Zwar werden die Suchergebnisse im iPhone App Store – anders als etwa bei einer Google-Suche – nicht getrennt nach natürlichen Suchergebnissen einerseits und bezahlten Suchanzeigen über AdWords andererseits angezeigt. Vielmehr

erfolgt die Anzeige im Rahmen einer einheitlichen Ergebniszusammenstellung, in der die Apps nacheinander angezeigt werden und bei der durch Wischbewegungen von einer App zur anderen geblättert werden kann. Dessen ungeachtet tritt der Senat der Beurteilung des Landgerichts bei, dass die Grundsätze der höchstrichterlichen Rechtsprechung – insbesondere der Entscheidung EuGH GRUR 2010, 641, 642 – Bananabay – jedenfalls dann auf eine derartige Situation entsprechend anwendbar sind, wenn die als rechtsverletzend beanstandete App den markenrechtlich geschützten Suchbegriff nicht enthält, auch ansonsten keinerlei Hinweise auf eine wirtschaftliche bzw. organisatorische Verbindung zu dem Markeninhaber bietet und erst nachrangig nach der App des Markeninhabers, dessen Marke als Schlüsselwort verwendet wird, erscheint. Jedenfalls in einem derartigen Fall gibt es für den Durchschnittsinternetbenutzer überwiegend wahrscheinlich keinen hinreichenden Anlass, die beanstandete App dem Markeninhaber zuzuordnen. Wegen der nachrangigen Einblendung ist auch die Werbefunktion der Marke nicht in relevanter Weise beeinträchtigt. Die gegenteilige Auffassung der Antragstellerin teilt der Senat aus den von dem Landgericht zutreffend ausgeführten Erwägungen – auf die Bezug genommen wird – nicht.

bb. Auch der Umstand, dass der Suchende die Begriffe „...“ bzw. ... selbst eingegeben hat und deshalb mit einem entsprechenden Suchergebnis hierzu rechnet, vermag hieran nichts zu ändern.

aaa. Denn es ist im Wirtschaftsleben nicht ungewöhnlich und auch rechtlich nicht grundsätzlich zu beanstanden, dass ein Unternehmen versucht, in einen fremden Kundenkreis einzudringen und Kunden der Konkurrenz abzufangen. Hierauf wird noch im Rahmen eines Anspruchs wegen gezielter wettbewerbsrechtlicher Behinderung einzugehen sein. Allein der Umstand, dass nicht das erwartete Suchergebnis, sondern die App eines Konkurrenten erscheint, gibt dem Suchenden deshalb noch keine Veranlassung, insoweit von wirtschaftlichen oder

organisatorischen Verbindungen der Unternehmen auszugehen.

bbb. Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass beide verwendeten Begriffe ...“ und ...“ bei isolierter Betrachtung rein beschreibend und auch in ihrer Kombination nicht frei von beschreibenden Anteilen sind. In der Wahrnehmung der angesprochenen Verkehrskreise kann das Substantiv ...“ in Beziehung auf ...“ im Rahmen der Suche nach einem ... Suchdienst auch außerhalb der bewussten Eingabe eines Markennamens zu gewünschten – allgemeinen – Suchergebnissen führen, wenn z.B. ... aus dem „gehobenen gesellschaftlichen bzw. Bildungssegment“ recherchiert werden sollen. Insoweit muss jedenfalls bei Eingabe dieser konkreten Begriffe – anders als etwa bei der Eingabe einer klassischen“ Marke wie z.B. „Coca Cola“ – die Ausgabe der App eines Konkurrenten für den Suchenden nicht von vornherein überraschend sein, selbst wenn die Antragsgegnerin gezielt eine Umleitung derjenigen Interessenten beabsichtigt hätte, die nach dem Angebot der Antragstellerin suchen.

c. Bei einer derartigen Sachlage stehen der Antragstellerin nach ihrem Hauptantrag auch wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche nicht zu.

aa. Ansprüche unter dem Gesichtspunkt des ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutzes gem. § 4 Nr. 9 UWG scheidet schon deshalb aus, weil die Antragstellerin nicht dargelegt hat, dass die Antragsgegnerin ein geschütztes Leistungsergebnis, das über wettbewerbliche Eigenart verfügt, nachgeahmt hat und es hierdurch zu einer vermeidbaren Herkunftstäuschung gekommen ist oder dass die Antragsgegnerin die Wertschätzung der nachgeahmten Dienstleistungen ausgenutzt bzw. beeinträchtigt hat. Die Apps der Parteien sind schon in ihrem optischen Eindruck erheblich unterschiedlich ausgestaltet. Anhaltspunkte für die Nachahmung eines Leistungsergebnisses liegen fern und werden von der Antragstellerin auch nicht erläutert.

bb. Wettbewerbsrechtliche Ansprüche gem. § 5 Abs. 2 Nr. 1 UWG

unter dem Gesichtspunkt einer irreführenden geschäftlichen Handlung bestehen ebenfalls nicht. Insoweit kann auf die Ausführungen zu den markenrechtlichen Ansprüchen Bezug genommen werden. Die angesprochenen Verkehrskreise haben keine Veranlassung zu der Annahme, bei der eingeblendeten App der Antragsgegnerin handele es sich um ein Angebot der Antragstellerin. Vielmehr können die angesprochenen Verkehrskreise die Leistungsangebote der Parteien schon im Hinblick auf die unübersehbar unterschiedlichen Bezeichnungen „...“ und „...“ ohne Weiteres auseinander halten, ohne insoweit einer Fehlvorstellung zu unterliegen.

cc. Wettbewerbsrechtliche Ansprüche gem. § 4 Nr. 10 UWG unter dem Gesichtspunkt einer gezielten Behinderung in der Form des Abfangens von Kunden kommen nach Sachlage zwar grundsätzlich in Betracht, sind nach dem Hauptantrag hingegen ebenfalls nicht begründet. Denn der Mitbewerber hat grundsätzlich keinen Anspruch auf Erhaltung seines Kundenstamms. Das Ausspannen oder Abfangen von Kunden ist deshalb nur wettbewerbswidrig, wenn besondere, die Unlauterkeit begründende Umstände hinzutreten. Daran fehlt es vorliegend jedenfalls nach dem Hauptantrag, der allein darauf abstellt, dass die App der Antragsgegnerin überhaupt, und zwar an beliebiger Stelle der Ergebnisliste, angezeigt wird. In dem Umstand, dass bei der Eingabe eines fremden Unternehmenskennzeichens (oder einer Marke) als Suchwort auch eine Anzeige eines Mitbewerbers erscheint, liegt nach höchstrichterlicher Rechtsprechung allein noch keine unangemessene Beeinflussung potenzieller Kunden (BGH GRUR 2011, 828, 831 Tz. 35 – banabay II; BGH GRUR 2009, 500, 502 Tz. 23 – Beta Layout).

d. Markenrechtliche Ansprüche aus einem Werktitel „...“ stehen der Antragstellerin gem. § 15 MarkenG ebenfalls nicht zu. Selbst wenn davon auszugehen ist, dass die Antragstellerin z.B. durch die Verwendung der Bezeichnung „...“ auf ihrer Website im Internet als Werk Titelschutz erlangt hat, bestünde ein Unterlassungsanspruch insoweit grundsätzlich nur gegen

unmittelbare Verwechslungen. Hierfür ist aus den oben bereits genannten Gründen nichts ersichtlich. Der Frage, ob der Werktitel der Antragstellerin möglicherweise bekannt ist, braucht ebenfalls nicht nachgegangen werden. Selbst der dann eröffnete weitere Schutzbereich auch vor mittelbaren Verwechslungen wäre aus den oben genannten Gründen hier nicht verletzt. Denn die angesprochenen Verkehrskreise haben keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür, dass zwischen den Unternehmen beider Parteien markenrechtlich relevante Verbindungen bestehen.

e. Schließlich bestehen nach dem Hauptantrag markenrechtliche Ansprüche auch auf der Grundlage der deutschen Wort-/Bildmarke Nr. nicht (Anlage ASt 2). Die Antragsgegnerin hatte bereits die rechtserhaltende Benutzung dieser Marke bestritten, die sich nicht mehr in der Benutzungsschonfrist befindet, ohne dass die Antragstellerin hierzu nähere Angaben gemacht hat. Im Übrigen wird jedenfalls diese Marke maßgeblich auch durch den Bildbestandteil geprägt, so dass eine Verletzung allein in dem Wortbestandteil nicht nahe liegt. Schließlich gelten insoweit ebenfalls die oben ausgeführten Gründe, aus denen ein markenrechtlicher Anspruch auch in Bezug auf die Gemeinschaftsmarke verneint worden ist.

3. Der von der Antragstellerin verfolgte Unterlassungsanspruch ist in dem tenorierten Umfang allerdings nach dem in ihrem Hauptantrag als „minus“ mit enthaltenen Hilfsbegehren aus Wettbewerbsrecht unter dem Gesichtspunkt einer gezielten wettbewerblichen Behinderung gem. § 4 Nr. 10 UWG begründet.

a. Vorrangige markenrechtliche Ansprüche bestehen jedoch auch nach dem Hilfsbegehren nicht.

aa. Soweit die mögliche Beeinträchtigung einer Herkunftsfunktion der Gemeinschaftsmarke der Antragstellerin in Frage steht, gelten die Ausführungen im Rahmen des Hauptantrags entsprechend. Für eine hierauf gestützte Verletzung ist es nicht von entscheidender Bedeutung, ob die

App der Antragsgegnerin an erster oder nachrangiger Stelle erscheint, so lange die angesprochenen Verkehrskreise keine Veranlassung haben, die Angebote der Parteien einander zuzuordnen.

bb. Auch eine Beeinträchtigung der Werbefunktion der Marke scheidet im Ergebnis überwiegend wahrscheinlich aus. Denn die Antragstellerin ist auch bei dem zum Gegenstand des Hilfsantrags gemachten Verhalten der Antragsgegnerin nicht gehindert, die Werbefunktion ihrer Marke zur Entfaltung zu bringen.

aaa. Nach der Rechtsprechung des EuGH darf es der Inhaber einer Marke verbieten, dass ohne seine Zustimmung ein mit seiner Marke identisches Zeichen für Dienstleistungen benutzt wird, die mit denjenigen identisch sind, für die die Marke eingetragen ist, wenn durch diese Benutzung seine Möglichkeit, die Marke als Element der Verkaufsförderung oder Instrument der Handelsstrategie einzusetzen, beeinträchtigt wird.

bbb. Eine derartige Beeinträchtigung liegt nach Auffassung des EuGH aber dann noch nicht vor, wenn die Werbe-Website (hier: die App) des Markeninhabers in der Liste der natürlichen Ergebnisse gleichwohl „an einer der vordersten Stelle dieser Liste erscheint (EuGH 2010, 445, 450 – Google/Google France). Der Senat entnimmt dieser Rechtsprechung mit dem Landgericht, dass selbst die Verdrängung von dem ersten Listenplatz noch nicht notwendigerweise eine rechtlich relevante Beeinträchtigung der Werbefunktion der Marke beinhaltet, soweit der Markeninhaber mit seinem Werbeauftritt weiterhin im unmittelbaren vorderen Bereich der Suchergebnisse vertreten ist und unverändert auf sein Angebot unter der geschützten Marke hinweisen kann. Der Senat vermag den Ausführungen der Antragstellerin nicht zu entnehmen, dass eine solche Situation hier nicht unverändert gegeben ist, selbst wenn die App der Antragsgegnerin diejenige der Antragstellerin – wie z.B. aus der in den Tenor dieses Beschlusses eingeblendeten Abbildung ersichtlich – bei 4 Suchergebnissen von dem ersten auf den

zweiten Platz verdrängt hat (Symbol ...“ am rechten Bildrand sichtbar).

b. Während Ansprüche aus wettbewerblichem Leistungsschutz gem. § 4 Nr. 9 UWG und wettbewerblicher Irreführungsgefahr gem. § 5 Abs. 2 Nr. 1 UWG aus den zum Hauptantrag genannten Gründen ersichtlich auch im Rahmen des Hilfsbegehrens keine abweichende Beurteilung erfahren können, erweist sich der Unterlassungsantrag aber nach dem hilfsweise verfolgten Begehren unter dem Gesichtspunkt einer gezielten wettbewerbsrechtlichen Behinderung gem. § 4 Nr. 10 UWG als begründet.

aa. Soweit es der Antragsgegnerin verlässlich gelingt, das Suchergebnis im Rahmen des iPhone App Store in einer Weise zu beeinflussen, dass bei Eingabe der Begriffe „...“ bzw. ...“ ihre ...“-App stets in der Rangfolge vor der ...“-App der Antragstellerin angezeigt wird – nur auf diesen Fall ist der Hilfsantrag nach dem Verständnis des Senats gerichtet -, so liegt darin eine gezielte Behinderung der Antragstellerin, die es ihr unmöglich macht, sich mit den ihr zur Verfügung stehenden lautereren Mitteln im Wettbewerb gegenüber ihren Kunden bzw. Interessenten an ihren Dienstleistungen angemessen zu entfalten. Ein derartiges Verhältnis ist nach dem Verständnis des Senats auch auf der Grundlage der insoweit stark restriktiven Rechtsprechung des BGH (BGH, a.a.O., Beta Layout) unverändert wettbewerbswidrig. Die gegenteilige Auffassung des Landgerichts teilt der Senat nicht.

bb. Jedenfalls in Fällen der hier vorliegenden Art, bei der – anders als z.B. bei der Google-Suche – nicht deutlich räumlich zwischen einem natürlichen Suchergebnis einerseits und bezahlten (AdWord)-Anzeigen unterschieden wird, haben die angesprochenen Verkehrskreise keine hinreichende Veranlassung zu der Annahme, die Reihenfolge des Suchergebnisses sei zumindest ganz wesentlich durch andere als sachlich begründete Umstände beeinflusst. Dabei mögen die Umstände, die für die Relevanz der Darstellung entscheidend sind, durchaus

unterschiedlich sein. Es mag hierbei nicht allein die Bezeichnung des Angebots/der Seite, sondern z.B. auch die Häufigkeit der Seitenaufrufe, das Maß einer Verlinkung auf die Seite usw. mit eine entscheidende Rolle spielen. Die angesprochenen Verkehrskreise rechnen indes nicht damit, dass sich Mitbewerber wettbewerbswidrig eine Manipulation des als inhaltliches Suchergebnis ausgegebenen Vorgangs erkaufen“, um auf diese Weise den gesuchten Anbieter gezielt vom erster Listenplatz zu verdrängen und sich an diese Stelle zu setzen. Die gegenteilige Auffassung des Landgerichts teilt der Senat nicht. Selbst wenn die Ausführungen des Landgerichts hierzu die Erwartungshaltung der angesprochenen Verkehrskreise im Wesentlichen zutreffend wiedergeben sollten, ergäbe sich kein abweichendes Ergebnis. Denn eine Verrohung der Wettbewerbssitten, die sich gezielter Manipulationen und Täuschungen bedient, ist selbst dann nicht schutzwürdig, wenn Teile der Verkehrskreise ein derartiges Verhalten als Ergebnis ihrer bisherigen – negativen – Erfahrungen mit in Betracht ziehen (müssen).

cc. Selbst wenn auch in natürlichen“ Suchergebnissen z.B. der Google-Suche der eigene Seitenauftritt des Markeninhabers häufig nicht stets an erster Stelle steht, sondern diese Stellen von Drittseiten belegt werden, weil diese häufiger frequentiert werden und deshalb in der Relevanz höher eingestuft werden, stellt es sich unverändert als wettbewerblich unlauter dar, wenn ein Mitbewerber sich unter Eingabe einer fremden Marke als Schlüsselwort in dem Suchergebnis gezielt vor dem Markeninhaber zu positionieren versucht. Auch wenn der Anbieter wie die Antragstellerin nicht verhindern kann, dass Werbung der Antragsgegnerin generell bewusst in das Umfeld ihrer App geschaltet wird, drängt sich die Antragsgegnerin in unlauterer Weise gezielt zwischen die Antragstellerin und ihre potentielle Kunden, wenn sie sich diesen nicht lediglich als eine von mehreren Alternativen, sondern als vorrangiger Anbieter präsentiert. Denn insoweit hatte sich der potentielle Kunde durch die Art der Suchanfrage

bereits für einen bestimmten Anbieter – nämlich die Antragstellerin – entschieden und diesem damit die erste Priorität eingeräumt. Diese konkrete Auswahlentscheidung unterläuft die Antragsgegnerin durch die streitgegenständliche Positionierung ihrer App. Sie drängt sich damit gewissermaßen zwischen die Mitbewerberin und ihren potentiellen Kunden, der gezielt nach dem Angebot der Antragstellerin sucht, um diesem eine Änderung seines Entschlusses, die Dienstleistungen der Antragstellerin in Anspruch zu nehmen, aufzudrängen. Ein derartiges Verhalten ist als unangemessene Einwirkung auf den Kunden nach höchstrichterlicher Rechtsprechung im Rahmen von § 4 Nr. 10 UWG wettbewerblich unzulässig (vgl. BGH, a.a.O., – Beta Layout, Tz. 23).

4. Auch ein Verfügungsgrund liegt vor. Dieser wird gem. § 12 Abs. 2 UWG zu Gunsten der Antragstellerin vermutet. Diese Vermutung ist nicht widerlegt. Da das tenorierte Verbot als Hilfsbegehren bereits in dem ursprünglich gestellten Hauptantrag mit enthalten ist, kommt es nicht darauf an, ob sich die Vermutungswirkung des § 12 Abs. 2 UWG auch noch auf den später gestellten Hilfsantrag erstrecken kann.

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Da der Unterlassungsanspruch nur nach dem Hilfsbegehren, und auch insoweit nicht nach der erstrangig zur Entscheidung gestellten Anspruchsgrundlage, begründet ist, hat die Antragstellerin in erheblichem Umfang die Kosten des Verfahrens zu tragen. Soweit der Unterlassungstenor im Wortlaut von dem gestellten Hilfsantrag abweicht, hat der Senat zur Klarstellung des begründeten Hilfsbegehrens von seinem im Rahmen von § 938 Abs. 1 ZPO eröffneten Ermessen Gebrauch gemacht, ohne dass damit nachteilige Kostenfolgen für die Antragstellerin verbunden sind.