

Haftung eines Marketplace-Händlers für durch Amazon.de begangene Wettbewerbsverstöße

Oberlandesgericht Hamm

Urteil vom 09. Juli 2015

Az.: I-4 U 59/15

Tenor

Die Berufung der Verfügungsbeklagten gegen das am 22.01.2015 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Arnsberg (Az.: I-8 O 104/14) wird zurückgewiesen.

Die Verfügungsbeklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Entscheidungsgründe

I.

Die Parteien handeln im Internet mit Sonnenschirmen.

Die Verfügungsbeklagte bot am 06.08.2014 auf der Verkaufsplattform Amazon unter der Bezeichnung „Zuhause ist – Alles für Ihr Zuhause“ den Sonnenschirm „Doppler TELESTAR 4x4m-Rohr – Rohr 65mm – D.831 terra-cotta“ sowie den „Schneider Sonnenschirm 690-15 SAMOS“ zum Verkauf an. Wegen der Einzelheiten der beiden Angebote wird auf die als Anlagen Ast6 und Ast9 zu den Akten gereichten Screenshots Bezug genommen.

Die Verfügungsklägerin mahnte die Verfügungsbeklagte mit

anwaltlichem Schreiben vom 11.08.2014 (Anlage Ast10) hinsichtlich dieser beiden Angebote ab und forderte sie zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auf. Dies lehnte die Verfügungsbeklagte mit anwaltlichem Schreiben vom 13.08.2014 (Anlage Ast11) ab.

Auf Antrag der Verfügungsklägerin vom 21.08.2014 hat das Landgericht Arnsberg der Verfügungsbeklagten mit Beschlussverfügung vom 25.08.2014 untersagt,

1. im geschäftlichen Verkehr für Sonnenschirme und/oder Sonnenschirmzubehör mit einem Qualitätskennzeichen zu werben, das gar nicht vergeben ist, wenn dies wie folgt geschieht:

...

2. im geschäftlichen Verkehr Sonnenschirme und/oder Sonnenschirmzubehör mittels der Zurverfügungstellung einer Weiterempfehlungsfunktion zu bewerben, wenn dies wie folgt geschieht:

...

3. im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs gegenüber Letztverbrauchern bei der Bewerbung von Sonnenschirmen und dem entsprechenden Zubehör wie nachfolgend dargestellt zu werben, wenn die abgebildeten Produkte nicht vollständig zu dem angegebenen Angebotspreis erworben werden können:

...

Hiergegen hat die Verfügungsbeklagte Widerspruch eingelegt.

Die Verfügungsklägerin hat die Ansicht vertreten, die im Angebot der Verfügungsbeklagten auf der Plattform „amazon.de“ vorgesehene und damit von der Verfügungsbeklagten genutzte Weiterempfehlungsfunktion stelle eine unzumutbare Belästigung i.S.d. § 7 UWG dar, wenn der Empfänger der E-Mail vor deren Erhalt nicht ausdrücklich in die Vornahme der Werbung

eingewilligt habe. Die Verfügungsbeklagte mache sich die mit dieser Funktion bezweckte Kontaktaufnahme zu Werbezwecken zunutze. Denn beim Anklicken des Links, der in der Werbe-E-Mail enthalten sei, werde das zum Kauf angebotene Produkt der Verfügungsbeklagten aufgerufen.

Die Verfügungsbeklagte werbe zudem irreführend, wenn in dem Angebot des Schneider-Sonnenschirms nicht darauf hingewiesen werde, dass vom Angebotspreis zwar den Schirmständer, nicht aber die auf dem dem Angebot beigefügten Bild des Sonnenschirms zu sehenden Betonplatten umfasst seien. Der Hinweis darauf, dass die abgebildeten Platten nicht vom Angebot umfasst seien, nehme nicht am Blickfang teil.

Schließlich werbe die Verfügungsbeklagte mit einem Qualitätszeichen, das gar nicht vergeben sei, wenn bei der Beschreibung des Doppler-Sonnenschirms die Kennzeichnung „TÜV/GS geprüft“ erscheine, ohne dass die Verfügungsbeklagte oder der Hersteller über ein solches Zertifikat verfüge.

Die Verfügungsbeklagte hafte täterschaftlich. Denn sie habe sich das Angebot zunutze gemacht, ohne ihren diesbezüglichen Prüfungs-, Überwachungs- und Eingreiffpflichten nachgekommen zu sein. Sie habe rein gar nichts getan, um derlei Rechtsverletzungen zu verhüten, obwohl es ihr durchaus zuzumuten gewesen sei, den eigenen Vertrieb rechtskonform zu gestalten.

Die Verfügungsklägerin hat deshalb beantragt, die einstweilige Verfügung der Kammer vom 25.08.2014 aufrechtzuerhalten.

Die Verfügungsbeklagte hat beantragt, die einstweilige Verfügung der Kammer vom 25.08.2014 aufzuheben und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Die Verfügungsbeklagte hat die Ansicht vertreten, sie sei an der Einstellung der Empfehlungsfunktion auf der von der Firma Amazon betriebenen Internetseite nicht beteiligt gewesen. Sie selbst betreibe keine Weiterempfehlungsfunktion und habe diese

auch nicht betrieben. Sie könne diese Einstellung auch gar nicht beeinflussen. Hierum habe sie sich – so ihre Behauptung – vergeblich bemüht. Allein im Bereitstellen der Funktion liege noch keine unverlangte Werbung, zumal im vorliegenden Fall der Testmail der Prozessbevollmächtigten der Verfügungsklägerin deren Einverständnis vorgelegen habe.

Die E-Mail werde allein von dem empfehlenden Amazon-Kunden, der nicht dem UWG unterfalle, versendet, ohne dass insoweit irgendeine Ausuferungsgefahr bestehe. Ein entsprechender Hinweis finde sich sodann auch in der Empfehlung, womit die Identität des Empfehlenden auch gar nicht verschleiert werde. Weitere Werbung beinhalte die E-Mail nicht. Letztlich werde dem Kunden lediglich eine technische Hilfe eröffnet, seine eigene Produktempfehlung per E-Mail an andere Personen zu versenden. Es stehe allein in seinem Ermessen, hiervon Gebrauch zu machen. Der private Zweck der Empfehlung überwiege somit. Die Verfügungsbeklagte selbst sei in der Empfehlungs-E-Mail nicht als Anbieter genannt. Sie erhalte von der Weiterempfehlung nicht einmal Kenntnis. Sie sei damit hierfür nicht verantwortlich.

Die Verfügungsbeklagte hat behauptet, bei der Bezeichnung „TÜV/GS geprüft“ handele es sich um eine eigenmächtige Veröffentlichung der Firma amazon.de. Diese Angabe sei in ihren eigenen Produktdaten nicht hinterlegt gewesen. Im Übrigen habe der Schirm über entsprechende TÜV-Zertifikate verfügt.

Die Verfügungsbeklagte hat ferner die Ansicht vertreten, eine Irreführung scheidet aus, weil die Angabe, dass der Schneider-Schirm nicht mit den Platten angeboten werde, sich neben dem Foto finde. Das Foto, das – so ihre Behauptung – nicht von ihr stamme, stelle ohnehin nur eine Information dar, wie der Schirm zu beschweren und zu befestigen sei.

Im Übrigen handele es sich nicht um ein wesentliches Merkmal des Schirms, da die Betonplatten zum Preis von 2,00 bis 3,00 € verkauft würden.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien erster Instanz einschließlich der Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Das Landgericht hat die einstweilige Verfügung vom 25.08.2014 mit Urteil vom 22.01.2015 aufrechterhalten. Wegen der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Hiergegen wendet sich die Verfügungsbeklagte unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens wie folgt:

Das erstinstanzliche Urteil gehe fehlerhaft davon aus, dass das TÜV-Zertifikat nicht vergeben gewesen sei und stelle hierzu im Urteil tatsachenfehlerhaft auf den Sonnenschirm „Schneider 690-15 Samos“ ab. Im erstinstanzlichen Verfahren habe der Hersteller das aktuelle Zertifikat zur Verfügung gestellt. Das Vorgängerzertifikat aus dem Jahre 2003 sei erst nach dem erstinstanzlichen Urteil zur Verfügung gestellt worden. Damit habe der Schirm seit dem Jahre 2003 über das TÜV-Zertifikat verfügt.

Es habe schon erstinstanzlich kein Rechtsschutzbedürfnis bestanden, da der Verfügungsklägerin bekannt gewesen sei, dass der in Rede stehende Schirm aktuell über ein TÜV-Zertifikat verfüge. Das erstinstanzliche Urteil sei aus diesem Grunde auch nicht vollstreckungsfähig. Denn für das Vollstreckungsorgan entstehe der Anschein, dass der Schirm nicht zertifiziert sei, was nicht der Wahrheit entspreche. Schon aus diesem Grunde sei die einstweilige Verfügung aufzuheben.

Schließlich setze sich das Landgericht zu seinen eigenen Ausführungen im Beschluss über die Gehörsrüge in Widerspruch. Denn richtigerweise habe es sich um Inhalte der Firma Amazon auf deren eigener Internetseite gehandelt. Einen Auftrag zur Veröffentlichung des TÜV-Zertifikats habe sie, die Verfügungsbeklagte, nicht erteilt. Ihre Produktbeschreibung

habe keine Angaben hierzu beinhaltet.

Das Landgericht habe im Hinblick auf die Weiterempfehlungsfunktion den seiner Entscheidung entgegenstehenden § 8 TMG nicht beachtet. Weder die Beklagte noch die Firma Amazon seien nach § 8 TMG für die übermittelte Information verantwortlich.

Es handele sich nicht um eine Direktwerbung i.S.d. EU-Richtlinie 2002/58 EG. Nur wer bei Amazon als Kunde registriert und eingeloggt sei, könne die Funktion nutzen. Die Mail werde im Namen des Empfehlenden, der Name und Adresse selbst eingebe, durch Amazon als Dienstleister versendet und hierauf werde der Empfänger hingewiesen. Die Mail verschleierte nicht die Identität des Empfehlenden.

Das Landgericht habe die zitierte Entscheidung des BGH zu Unrecht auf den vorliegenden Fall angewendet. Im dortigen Fall habe eine andere Empfehlungsfunktion zugrunde gelegen. Tatsächlich liege im reinen Bereitstellen einer solchen Funktion noch keine unverlangte E-Mail-Werbung. Der Versender, der seine Mitteilung gezielt an Bekannte oder Dritte versende, werde nicht vom UWG erfasst, solange es ihm nicht um den Absatz eigener Waren gehe. Wenn er hierfür seinen eigenen Account nutze, fasse der Empfänger dies auch nicht als „ungewollte Werbung“ auf. Diesen Charakter bekomme die Mail erst, wenn ohne Kenntnis des Senders weitere Werbung angehängt werde. Dies sei hier nicht der Fall gewesen. Die Verfügungsbeklagte trete in der Empfehlungsmail auch nicht in Erscheinung.

Tatsächlich sei die Weiterempfehlung ausschließlich produktbezogen. Unter dem Link aus der Weiterempfehlungs-Mail der Verfügungsklägerin sei ausschließlich das Produkt hinterlegt. Welcher der verschiedenen Zwischenhändler als möglicher Lieferant angezeigt werde, ermittle die Amazon-Software.

An einer E-Mail des Händlers fehle es schon dann, wenn dieser

lediglich technische Hilfe leiste, damit der Kunde „bequem“ eine eigene persönliche Produktempfehlung per Mail an andere Personen versenden könne. Dies sei hier der Fall, wobei Amazon und nicht die Verfügungsbeklagte die Funktion zur Verfügung stelle. Die Verfügungsbeklagte spiele bei der Versendung der Mail noch nicht einmal eine Rolle und könne das „Ob“ der Nutzung nicht beeinflussen. Es handele sich auch nicht um ihr „Werbekonzept“. Vielmehr trete der werbende Effekt hinter den privaten Zweck der persönlichen Empfehlung zurück.

Schließlich bestünden weder eine Ausuferungs- noch eine Additionsgefahr, da nur registrierte Amazon-Benutzer Empfehlungen, und zwar für jeweils ein Produkt an jeweils eine Adresse versenden könnten.

Die Voraussetzungen für eine umfangreiche Haftung des Händlers, der sich an ein bestehendes Amazon-Verkaufsangebot unter der bestehenden ASIN anhänge, lägen nicht vor. Eine Störerhaftung sei immer nur dann anzunehmen, wenn der Rechtsverletzer in Kenntnis gesetzt worden sei und nicht alles Zumutbare unternommen habe, um eine Rechtsverletzung zu verhindern oder zu unterbinden. Hier habe die Verfügungsbeklagte aber erstmals mit der Abmahnung von der Empfehlung erfahren. Zudem habe sie die entsprechende Funktion für sie nicht abschaltbar gewesen.

Der Klageantrag und der entsprechende erstinstanzliche Tenor seien allein mit dem Foto ohne jegliche Erklärung, wie die Weiterempfehlungsfunktion von stattdessen gehe, zu weit gefasst. Die Verfügungsbeklagte werde hierdurch unzumutbar beschränkt.

Das Landgericht sei fälschlicherweise davon ausgegangen, dass die Verfügungsbeklagte nicht darauf hingewiesen habe, dass die auf dem Bild abgebildeten Betonplatten nicht mitgeliefert würden. Die Frage, ob Platten beigefügt seien, betreffe keine wesentlichen Merkmale des Schirms. Zudem erfolge der entsprechende Hinweis sowohl beim Angebot direkt neben dem Foto mit den Platten als auch ein weiteres Mal in der ersten

Zeile des Lieferumfangs. Auch finde sich bei den Hinweisen „Wird oft zusammen gekauft“ das Angebot einer Universal-Bodenplatte der Firma Schneider. Die Abbildung der Platten stelle tatsächlich lediglich eine Information dar, wie der Schirm zu beschweren und zu befestigen sei. Der Schirm könne – wie sich aus den Hinweisen ergebe – ohne entsprechende Platten nicht aufgestellt werden. Derlei Platten könnten über Amazon für 2,58€/2 Stück bestellt werden. Der vermeintliche Wettbewerbsverstoßes sei damit nicht erheblich.

Die Verfügungsbeklagte sei durchweg nicht passivlegitimiert. Die beanstandeten Angebotstexte und die Weiterempfehlungsfunktion würden nicht von ihr, sondern von Amazon stammen. Sie habe keine Weiterempfehlungsfunktion betrieben und betreibe sie auch nicht. Die Firma Amazon habe dies bestätigt und ausgeführt, dass die Verfügungsbeklagte hierauf keinen Einfluss habe.

Die Verfügungsbeklagte beantragt deshalb, das Urteil des Landgerichts Arnsberg und die einstweilige Verfügung gemäß Beschluss vom 25.08.2014 in Gestalt des Berichtigungsbeschlusses vom 03.09.2014 Aktgenzeichen I-8 0 104/14 vollständig aufzuheben und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Die Verfügungsklägerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das Urteil des Landgerichts unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens wie folgt: Weder dem Klageantrag noch dem Tenor des erstinstanzlichen Urteils fehle es an der notwendigen Bestimmtheit. Denn es werde die konkrete Verletzungsform genannt. Zudem fänden sich weitere Erläuterungen hierzu in der Klagebegründung.

Der in Rede stehende Doppler-Schirm habe zum Zeitpunkt der Abmahnung nicht über ein gültiges TÜV-Zertifikat bzw. GS-Zeichen verfügt. Mit dem nunmehr vorgelegten TÜV-Bericht vom 04.03.2003 sei die Verfügungsbeklagte ohnehin präkludiert. Im

Übrigen sei dieses Zertifikat zum Zeitpunkt der Abmahnung nicht mehr gültig gewesen.

Nach Ablauf desselben dürfe mit diesem jedoch nicht mehr geworben werden. Das erstinstanzlich vorgelegte Zertifikat sei erst am 08.10.2014 ausgestellt worden. Dass das Landgericht den Schirm in den Entscheidungsgründen falsch bezeichnet habe, sei unerheblich, da im Tenor die korrekte Bezeichnung verwendet worden sei. Für das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis komme es allenfalls darauf an, dass der Schirm zum Zeitpunkt der Werbung über kein TÜV-Zertifikat verfügt habe. Schließlich sei der entsprechende Antrag auch vollstreckungsfähig. Ein Verstoß liege nur vor, wenn die Verfügungsbeklagte erneut ein Produkt mit einem TÜV-Zertifikat bewerbe, wenn dieses tatsächlich über kein solches verfüge.

Entgegen der Ansicht der Verfügungsbeklagte finde keine Privilegierung nach § 8 TMG statt. Denn diese sei bei Unterlassungsansprüchen nicht einschlägig. Zudem sei die Vorschrift nicht anwendbar, wenn es sich um eigene Inhalte handele. Dies sei hier der Fall, wenn Amazon die Funktion bereit stelle, die Verfügungsbeklagte sich diese zu Eigen mache und hierbei noch die Bedeutung von Amazon für die Bewerbung nutze. Anknüpfungspunkt sei nämlich die Zurverfügungstellung. Ohne Belang sei dabei, dass die Verfügungsbeklagte in der Mail nicht namentlich genannt sei.

Tatsächlich handele es sich bei den Mails um Werbung, auch wenn der Werbende erst nach Anklicken des Links, der unmittelbar zum Angebot der Verfügungsbeklagten führe, namentlich genannt werde. Hierdurch fördere er den eigenen Absatz. Dass die Empfängerin im konkreten Verletzungsfall in den Empfang eingewilligt hatte, sei unerheblich. Für einen Verstoß, genüge die Zurverfügungstellung der Funktion.

Dass die Verfügungsbeklagte erst im Nachhinein Kenntnis von der Empfehlungsmail erlangt habe, sei ohne Belang. Denn auf ein Verschulden komme es nicht an.

Im Hinblick auf die Platten fehle es an einem Aufklärungshinweis, der am Blickfang teilnehme. Da die Platten mitabgebildet seien und der Kaufgegenstand sich maßgeblich nach dem Produktbild richte, seien insoweit hohe Anforderungen zu stellen.

Die Verfügungsbeklagte sei für die Verstöße verantwortlich und insoweit auch die richtige Anspruchsgegnerin. Immerhin seien die in Rede stehenden Schirme von ihr selbst angeboten worden. Zudem habe die Verfügungsbeklagte sich die Angebote zu Eigen gemacht, indem sie den Text mit ihrem eigenen Namen versehen und die Werbung damit für sich nutzbar gemacht habe. Die Praxis und das Layout von Amazon seien der Verfügungsbeklagten bekannt gewesen. Trotzdem habe sie es unterlassen, das Angebot auf Rechtsverstöße zu untersuchen. Anknüpfungspunkt für die Haftung der Verfügungsbeklagten sei deren Untätigkeit und nicht das Handeln von Amazon. Die Verfügungsbeklagte habe nichts unternommen, um Amazon zu einem rechtskonformen Handeln anzuhalten.

Dies zeige sich schon anhand des vorgelegten Schreibens von Amazon, das auf einen Zeitpunkt nach der Abmahnung datiert sei. Dass es ihr nicht möglich sei, auf Amazon einzuwirken, habe sie nicht dargetan. Im Übrigen hafte der Händler auch, wenn er keinen Einfluss auf das Angebot habe. Es ,sei der Verfügungsbeklagten zumutbar, den eigenen Vertrieb rechtskonform zu gestalten. Wenn feststehe, dass ein bestimmter Vertriebsweg aufgrund von Rechtsverstößen nicht möglich sei, könne sie diesen nicht nutzen.

Wegen des weiteren Vorbringens wird auf den Inhalt der Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

II.

Die zulässige Berufung ist unbegründet.

I.

Die Verfügungsanträge sind zulässig.

1.

Die Anträge sind mit der Wiedergabe der jeweiligen Produktangebotsseite als konkreter Verletzungshandlung hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO).

Es bestehen insbesondere keine Bedenken hinsichtlich der Vollstreckbarkeit des Verfügungsantrages zu 1.. Es wird nicht der Eindruck erweckt, es gebe kein gültiges Zertifikat für den von der Verfügungsbeklagten beworbenen Sonnenschirm. Der Verfügungsbeklagten wird „lediglich“ untersagt, hiermit zu werben, sofern ein solches Zertifikat nicht existiert. Ist dies jedoch der Fall – und das ist ggf. im Vollstreckungsverfahren zu prüfen -, kommt es zu keinem Verstoß gegen das Unterlassungsgebot.

2.

Es bestehen keine Zweifel bezüglich des Rechtsschutzbedürfnisses der Verfügungsklägerin hinsichtlich des Verfügungsantrages zu 1., auch wenn der von der Verfügungsbeklagten beworbene Sonnenschirm der Firma Doppler jedenfalls mittlerweile entsprechend zertifiziert sein mag – und tatsächlich handelt es sich hierbei ohnehin allenfalls um eine Frage der Wiederholungsgefahr. Denn das Risiko, dass die Verfügungsbeklagte zukünftig erneut, und sei es nach Ablauf des befristeten Zertifikats zumindest kerngleich handelt, ist damit nicht beseitigt.

3.

Die Verfügungsklägerin ist antragsbefugt i.S.d. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG.

Das nach der Legaldefinition des §2 Abs. 1 Nr. 3 UWG hierfür erforderliche konkrete Wettbewerbsverhältnis setzt voraus, dass sich die beteiligten Parteien beim Anbieten oder Nachfragen gleichartiger oder austauschbarer Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Abnehmerkreises beeinträchtigen, also im Absatz behindern oder stören können, mithin auf demselben sachlichen und räumlichen Markt tätig sind (hierzu BGH GRUR

2002, 828, 829 – Lottoschein; KöWer/Bornkamm, UWG, 31. Aufl., § 2 Rn. 106a; Teplitzky, 10. Aufl., Kap. 13 Rn. 5). Dies ist hier der Fall. Denn die Parteien sind mit dem Angebot von Sonnenschirmen über das Internet auf demselben sachlichen und räumlichen Markt tätig.

II.

Der für den Erlass der einstweiligen Verfügung erforderliche Verfügungsgrund liegt vor. Die hierfür nötige Dringlichkeit wird gemäß § 12 Abs. 2 UWG tatsächlich vermutet. Diese Dringlichkeitsvermutung ist nicht widerlegt.

III.

Die Verfügungsanträge sind durchweg begründet.

Der Verfügungsklägerin stehen die hiermit geltend gemachten Unterlassungsansprüche aus § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 UWG zu.

1.

Die beiden in Rede stehenden Angebote auf der Internetplattform Amazon stellen, und zwar auch in der konkret von der Verfügungsklägerin beanstandeten Form, geschäftliche Handlungen der Verfügungsbeklagten i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG dar.

a) Die Verfügungsbeklagte kann sich nicht von vorneherein darauf berufen, sie habe – wie dem Schreiben der Firma Amazon vom 27.08.2014 (Anlage AG1) zu entnehmen sei – auf die konkret beanstandeten Angebotsinhalte ohnehin keinen Einfluss gehabt.

Denn dies steht der verschuldensunabhängigen Haftung für ihre eigenen Angebote nicht entgegen. Maßgeblich ist, dass sich der Anbieter, der seine Waren auf der Verkaufsplattform Amazon bewirbt und verkauft, die dortigen Angaben und Funktionen für sein Angebot zu eigen macht und sich diese demzufolge als eigenes Handeln zurechnen lassen muss. Er ist unabhängig von der Anzahl und dem Umfang seiner Geschäftstätigkeit gehalten, diese auf Wettbewerbsverstöße hin zu kontrollieren. Zur Vermeidung einer Inanspruchnahme muss er entweder die

beanstandete Werbung einstellen oder beim Betreiber der Plattform auf eine Änderung der Angaben hinwirken (vgl. schon OLG Köln, Urteil vom 28. Mai 2014 – 6 U 178/13, BeckRS 2014, 21852) – und dies hat die Verfügungsbeklagte nicht getan. Ihrem Vorbringen ist noch nicht einmal zu entnehmen, wann und inwieweit sie in dieser Hinsicht noch vor der konkreten Verletzungshandlung tätig geworden ist. Selbst das Schreiben der Firma Amazon vom 27.08.2014 stellt „lediglich“ eine Reaktion auf eine erst nach der Abmahnung vom 11.08.2014 erfolgte Anfrage der Verfügungsbeklagten vom 12.08.2014 dar.

b) Der Verfügungsbeklagten kommt dementsprechend auch nicht das Privileg des § 8 TMG, das auf Unterlassungsansprüche ohnehin keine Anwendung findet (Müller-Broich, TMG, § 7 Rn. 10), zugute. Denn dieses gründet darauf, dass der Access- und Network-Provider – und auf diesen zielt die Vorschrift – sich gegenüber den betreffenden Informationen neutral zeigt und es ihm insbesondere an der Einwirkungsmöglichkeit in Bezug auf die von ihm durchgeleiteten fremden Informationen fehlt, weil er im automatisiert ablaufenden Prozess der Zugangsvermittlung im Hinblick auf die Informationen keine eigene Entscheidung trifft (Müller-Broich, TMG, § 8 Rn. 1)

2.

Das Handeln der Verfügungsbeklagten ist unlauter i.S.d. § 8 Abs. 1 UWG.

a) Die mit dem Verfügungsantrag zu 1. beanstandete Bezeichnung des auf der Internetplattform Amazon angebotenen Doppler-Sonnenschirms als „TÜV/GS geprüft“ (Anlage ASt6) erfüllt den Tatbestand der Verwendung von Gütezeichen ohne die erforderliche Genehmigung gemäß Nr. 2 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG.

aa) Das in Rede stehende Zeichen stellt ein Prüfzeichen dar, auch wenn hiermit nicht die Qualität oder Güte des Produktes, sondern dessen geprüfte Sicherheit ausgewiesen wird (Harte/Henning-Weiden, UWG, 3. Aufl., Anh. zu § 3 Abs. 3 Nr. 2

Rn. 8).

bb) Zum Zeitpunkt der Abmahnung lag die erforderliche Genehmigung des TÜV zur Verwendung des Zeichens für den in Rede stehenden Sonnenschirm der Firma Doppler nicht vor. Jedenfalls kann hiervon nach wie vor nicht ausgegangen werden.

Das von der Verfügungsbeklagten erstinstanzlich vorgelegte Zertifikat Z(...) vom 08.10.2014 (Anlage AG2) – und dies ist das maßgebliche Datum – ist ohne Belang. Denn entscheidend ist allein, ob zum Zeitpunkt der Verwendung bereits zugestimmt worden war. Eine erst nachträgliche Einwilligung ist damit ohne Belang. Irrelevant ist gleichermaßen, ob die erforderliche Einwilligung hätte ohnehin erteilt werden müssen, ob ein Rechtsanspruch hierauf bestand und ob die Ware die mit dem Zeichen verbürgte Qualität aufwies (Harte/Henning-Weiden, aaO. Rn. 12).

Das nun vorgelegte Zertifikat Z(...) (Anlage B1) ist ebenso unerheblich. Denn dieses am 03.07.2003 ausgestellte Zertifikat ist ausweislich der von der Verfügungsklägerin vorgelegten Auskunft des zuständigen TÜV Süd vom 07.07.2015 (Anlage ASt20) bereits seit dem 16.11.2010 ungültig. Da damit die Befristung zum Zeitpunkt der Abmahnung bereits abgelaufen war, fehlte die erforderliche Genehmigung (Harte/Henning-Weiden, aaO. Rn. 14).

cc) Die in der „Schwarzen Liste“ des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG aufgeführten Verstöße sind stets unzulässig. Eine Prüfung der Spürbarkeit erübrigt sich damit.

b) Das mit dem Verfügungsantrag zu 2. beanstandete Zusenden sog. Weiterempfehlungs-E-Mails mittels der im Rahmen des Angebots für den Doppler-Sonnenschirm zur Verfügung gestellten Weiterempfehlungsfunktion erfüllt den Tatbestand der unzumutbaren Belästigung nach § 7 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 UWG.

Bei den solchermaßen ohne Zustimmung des Adressaten versendeten Empfehlungs-E-Mails handelt es sich um unverlangt zugesandte Werbung i.S.d. §§ 7 Abs. 1, 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG, und

zwar vorliegend solche der Verfügungsbeklagten.

aa) Der Begriff der Werbung umfasst nach dem allgemeinen Sprachgebrauch alle Maßnahmen eines Unternehmens, die auf die Förderung des Absatzes seiner Produkte oder Dienstleistungen gerichtet sind. Damit ist außer der unmittelbar produktbezogenen Werbung auch die mittelbare Absatzförderung – beispielsweise in Form der Imagewerbung oder des Sponsoring – erfasst. Werbung ist deshalb in Übereinstimmung mit Art. 2 lit. a Richtlinie 2006/113/EG über irreführende und vergleichende Werbung jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerkes oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern (BGH GRUR 2013, 1259 -Empfehlungs-E-Mail mwN).

Danach ist jedenfalls die in der Weiterempfehlungs-E-Mail (Anlage ASt 7) enthaltene Produktabbildung nebst der Wiedergabe des Produktnamens und dem gegebenenfalls auf die Produktangebotsseite der Verfügungsbeklagten führenden Link „Weitere Informationen“ (Anlage ASt 8) Werbung i.S.d. § 7 UWG.

Dass die Verfügungsbeklagte selbst nicht schon in der Empfehlungs-E-Mail als Anbieterin genannt ist, steht dem nicht entgegen. Denn der Begriff der Werbung im vorgenannten Sinne setzt eine solche Angabe nicht zwingend voraus (vgl. BGH GRUR 2013, 1259 – Empfehlungs-E-Mail, wonach im Rahmen der Subsumtion unter den Begriff der Werbung ebenso wenig auf die Absenderangabe abgestellt wird). Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich die Identität des Anbieters ohnehin – wie vorliegend bei der Testmail der Verfügungsklägerin mit dem unmittelbar auf die .Angebotsseite der Verfügungsbeklagten führenden Link „Weitere Informationen“ – aus den mit der E-Mail verfügbaren Informationen ohne weiteres entnehmen lässt.

Ohne Belang ist insoweit auch, dass das Versenden der Empfehlungs-E-Mails letztlich auf dem Willen eines Dritten beruht. Entscheidend ist vielmehr allein das Ziel, das die Verfügungsbeklagte mit dem Zurverfügungstellen der

Empfehlungsfunktion erreichen will. Da eine solche Funktion erfahrungsgemäß den Zweck hat, Dritte auf die Beklagte und die von ihr angebotenen Leistungen aufmerksam zu machen, enthalten die auf diese Weise versandten Empfehlungs-E-Mails Werbung (vgl. BGH GRUR 2013, 1259, 1260 – Empfehlungs-E-Mail).

bb) Die Verfügungsbeklagte haftet für die Zusendung der Empfehlungs-E-Mails als Täterin. Auch insoweit ist es ohne Bedeutung, dass der Versand der Empfehlungs-E-Mails letztlich auf die Eingabe der E-Mail-Adresse durch einen Dritten zurückgeht. Maßgeblich ist vielmehr, dass der Versand der Empfehlungs-E-Mails auf die gerade zu diesem Zweck von der Verfügungsbeklagten genutzte Weiterempfehlungsfunktion zurückgeht und die Verfügungsbeklagte beim Empfänger der Empfehlungs-E-Mail durch den Link auf ihre Angebotsseite als Absenderin erscheint.

Der Sinn und Zweck der Weiterleitungsfunktion besteht auch und gerade darin, Dritten (unter Mitwirkung unbekannter weiterer Personen) solchermaßen einen Hinweis auf den Internetauftritt der Verfügungsbeklagten zu übermitteln. Dieser Beurteilung steht nicht entgegen, dass die Verfügungsbeklagte den Missbrauch der Empfehlungsfunktion nicht in Kauf nimmt. Denn es ist offensichtlich, dass die Weiterleitungsfunktion gerade dazu benutzt wird, an Dritte Empfehlungs-E-Mails zu versenden, ohne dass Gewissheit darüber besteht, ob sie sich damit einverstanden erklärt haben (Vgl. BGH GRUR 2013, 1159, 1260 - Empfehlungs-E-Mail).

c) Die mit dem Verfügungsantrag zu 3. beanstandete Abbildung eines Sonnenschirms mit den zur Beschwerung des Schirmständers erforderlichen Betonplatten im Angebot „Schneider Sonnenschirm 690-15 Samos“ (Anlage ASt 9) ist irreführend.

Eine Werbung ist irreführend i.S.d. § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG, wenn durch sie bei den angesprochenen Verkehrskreisen ein unrichtiger, da von den tatsächlichen Gegebenheiten abweichender Eindruck vermittelt wird (u.a.

Piper/Ohly/Sosnitza, 6. Aufl., § 5 UWG, Rn. 105 m.w.N.).

Dies ist hier der Fall.

aa) Wie eine Werbung verstanden wird, hängt maßgeblich von der Auffassung des Personenkreises ab, an den sie sich richtet. Die hier in Rede stehende Werbung richtet sich an jeden potentiellen Kunden. Ihr Adressat ist damit das allgemeine Publikum, mithin im Prinzip jedermann – und dessen Verkehrsauffassung können die Mitglieder des erkennenden Senates aufgrund eigener Sachkunde beurteilen, ohne dass es hierfür besonderer Sachkunde bedürfen würde (vgl. hierzu Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl., §5 Rn. 2.77; 3.11f.),

bb)

Ein durchschnittlich informierter und verständiger Verbraucher, der der Werbung die der Situation angemessene Aufmerksamkeit entgegenbringt – und dessen Eindruck ist maßgeblich (vgl. u.a. BGH GRUR 2000, 619 – Orient-Teppichmuster) -, wird fälschlicherweise annehmen, dass das Angebot des solchermaßen beworbenen Sonnenschirms auch die abgebildeten Betonplatten umfasst. Denn er wird davon ausgehen, einen Schirm zu erwerben, den er dank des dazugehörigen Plattenständers ohne weiteres Zubehör sofort – eben wie auf dem Foto dargestellt – in Gebrauch nehmen kann.

(1) Dass die Abbildung mitsamt den Betonplatten nur der Information des Verbrauchers dienen soll, wie der Schirm zu beschweren und befestigen ist, ist demgegenüber fernliegend. Denn derlei Anleitungen finden sich üblicherweise allenfalls an späterer Stelle des Angebots, wenn nicht gar erst in einer separaten Bedienungsanleitung.

(2) Ohne Belang ist, dass sich in der weiteren Beschreibung zum mitgelieferten Plattenständer die in Klammern gesetzte Einschränkung findet, dass dieser ohne Platten geliefert wird. Denn mit der Platzierung des hier in Rede stehenden Fotos an prominenter Stelle des Angebots unmittelbar neben der

Überschrift wird dieses blickfangmäßig herausgestellt. Das heißt, allein durch die konkrete Gestaltung der Werbung wird beim angesprochenen Verbraucher der maßgebliche Eindruck erweckt, dass hiermit der Inhalt des Angebots verlässlich beschrieben und alles Wesentliche gesagt ist (vgl. Ohly/Sosnitza, UWG, 6. Aufl., § 5 Rn. 132).

Zwar mag der tatsächlich interessierte Verbraucher den Leistungstext durchlesen und hierbei gegebenenfalls auch auf die entsprechende Einschränkung stoßen. Ob diese nähere Befassung mit der Werbung die Irreführung sodann wieder beseitigt, ist jedoch unerheblich, da der Verkehr bereits dann im Sinne des § 5 UWG irreführt wird, wenn er durch eine unzutreffende Angabe veranlasst wird, sich mit dem beworbenen Angebot überhaupt erst oder näher zu befassen. Aufklärende Hinweise im (begleitenden oder nachfolgenden) Werbetext beseitigen dementsprechend die durch den Blickfang oder sonstige Werbeaussagen einmal eingetretene Irreführung im Hinblick auf die vom Gesetz missbilligte Anlockwirkung einer täuschenden Werbung nicht. Anders verhält es sich nur, wenn durch einen Sternchenhinweis oder sonst durch eine Anmerkung auf eine nicht zu übersehende Einschränkung aufmerksam gemacht wird (BGH GRUR 2003, 249 – Preis ohne Monitor; Köhler/Born/camm, UWG, 33. Aufl., § 5 Rn. 2.95; Ohly/Sosnitza, UWG, 6. Aufl., § 5 Rn. 132/133). Hieran fehlt es vorliegend jedoch.

cc) Diese Irreführung ist als solche über ein positives Leistungsmerkmal auch wettbewerbslich relevant i.S.d. § 5 UWG. Denn in der Regel kann schon auf Grund des Hervorrufens einer Fehlvorstellung auf die wettbewerbsrechtliche Relevanz der Irreführung geschlossen werden (BGH GRUR 2008, 443 Rn. 29 – Saugeinlagen; Köhler/'Bornkamm, UWG, 33. Aufl., § 5 Rn. 2.178a).

Diese Regel wird zwar durchbrochen, wenn über Umstände getäuscht worden ist, die für das Marktverhalten der Gegenseite nur eine unwesentliche Bedeutung haben (vgl. BGH

GRUR 2007, 1079 Rn 26 – Bundesdruckerei; Köhler/Bornkamm, aa0.).

Dies ist hier jedoch nicht der Fall. Allein der Umstand, dass die Betonplatten zu einem vergleichsweise günstigen Preis (separat) erworben werden können, lässt nämlich keineswegs den Schluss zu, sie seien für die Marktentscheidung des angesprochenen Verkehrs nebensächlich. Das Gegenteil ist der Fall. Denn der Sonnenschirm kann bei Anlieferung ohne die Platten trotz des mitgelieferten Schirmständers gar nicht erst aufgestellt werden. Die damit zwingend notwendige Anschaffung der Wegeplatten ist schon in Anbetracht deren Gewichts regelmäßig mit nicht unerheblichem finanziellem oder tatsächlichem Aufwand verbunden. Die Bestellung mitsamt der Platten ist damit für den Verbraucher durchaus attraktiv.

4.Im Hinblick auf die Verfügungsanträge zu 1. und 3. wird die Wiederholungsgefahr schon aufgrund des bereits verwirklichten Verstoßes tatsächlich vermutet (Köhler/Bo/n/camm, UWG, 33. Aufl., §8 Rn. 1.33).

Hinsichtlich des Verfügungsantrags zu 2. ist jedenfalls die für einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch erforderliche Erstbegehungsgefahr i.S.d. § 8 Abs. 1 S. 2 UWG glaubhaft gemacht. Allein mit dem Zurverfügungstellen der in Rede stehenden Weiterempfehlungsfunktion besteht nämlich schon die ernstlich drohende und unmittelbar bevorstehende Gefahr einer erstmaligen Begehung. Denn hiermit hat die Verfügungsbeklagte alles getan, um die Nutzung der Funktion zu ermöglichen und den Versand von E-Mails mit einem weiterführenden Link auf ihr Angebot, und zwar auch ohne Einwilligung des jeweiligen Adressaten auszulösen. Dass ein Versenden von derlei E-Mails auf diesem Wege unproblematisch möglich ist, hat die Verfügungsklägerin mit der Vorlage der Testmail ihrer Prozessbevollmächtigten (Anlage ASt 7) und eines Screenshots der sodann mittels des weiterführenden Links geöffneten Angebotsseite der Verfügungsbeklagten (Anlage ASt 8) glaubhaft gemacht. Hiermit sind sämtliche vorbereitenden Maßnahmen

getroffen, die einen künftigen Eingriff unmittelbar befürchten lassen und die notwendige Erstbegehungsgefahr begründen (vgl. Köhler/Bom/camm, UWG, 33. Aufl., § 8 Rn. 1.23 mwN), auch wenn nicht ausnahmslos jede Weiterempfehlungsmail zum Angebot der Verfügungsbeklagten führen mag.

III.

Die Entscheidungen zur Kostentragung und vorläufigen Vollstreckbarkeit beruhen auf den §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 11, 711, 713 ZPO.