

YouTube (Beschluss vom 13. September 2018 - I ZR 140/15)

uploaded (Beschluss vom 20. September 2018 - I ZR 53/17)

Die Entscheidungen betreffen die Frage, inwieweit Plattformbetreiber wie YouTube oder Uploaded für auf ihrer Plattform begangene Urheberrechtsverletzungen haften.

I. Folgende Sachverhalte lagen den Entscheidungen zugrunde:

1. YouTube

Der Kläger ist Musikproduzent. Die Beklagte zu 3, die YouTube LLC, betreibt die Internetplattform YouTube, auf die Nutzer kostenlos audiovisuelle Dateien hochladen und anderen Internetnutzern zugänglich machen können. Die Beklagte zu 1, die Google Inc., ist alleinige Gesellschafterin der Beklagten zu 3.

Der Kläger hat mit der Sängerin Sarah Brightman im Jahr 1996 einen Künstlerexklusivvertrag geschlossen, der ihn zur Auswertung von Aufnahmen ihrer Darbietungen berechtigt. Im November 2008 erschien das Album "A Winter Symphony" mit von der Künstlerin interpretierten Musikwerken. Zugleich begann Sarah Brightman ihre "Symphony Tour", auf der sie die auf dem Album aufgenommenen Werke darbot. Anfang November 2008 waren auf YouTube Musikstücke aus dem Album „A Winter Symphony“ und aus privaten Konzertmitschnitten der „Symphony Tour“ eingestellt. Der Kläger mahnte die Beklagte zu 3 mit anwaltlichem Schreiben ab. Diese sperrte jedenfalls einen Teil der Videos. Mitte November waren bei „YouTube“ erneut Tonaufnahmen von Darbietungen der Künstlerin abrufbar.

Der Kläger nimmt die Beklagten auf Unterlassung, Auskunftserteilung und Feststellung ihrer Schadensersatzpflicht in Anspruch. Das Landgericht hat der Klage hinsichtlich dreier Musiktitel stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Beklagten verurteilt, es zu unterlassen, Dritten in Bezug auf sieben näher bezeichnete Musiktitel zu ermöglichen, Tonaufnahmen oder Darbietungen der Künstlerin aus dem Studioalbum "A Winter Symphony" öffentlich zugänglich zu machen. Ferner hat es die Beklagten zur Erteilung von Auskünften über die Nutzer der Plattform verurteilt, die diese Musiktitel unter Pseudonymen auf das Internetportal hochgeladen haben. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Der Kläger verfolgt mit seiner Revision seine Klageanträge weiter. Die Beklagte erstrebt mit ihrer Revision die vollständige Abweisung der Klage.

2. uploaded

Die Beklagte betreibt den Sharehosting-Dienst "uploaded". Dieser Dienst bietet jedermann kostenlos Speicherplatz für das Hochladen von Dateien beliebigen Inhalts. Für jede hochgeladene Datei erstellt die Beklagte automatisch einen elektronischen Verweis (Download-Link) auf den Speicherplatz und teilt diesen dem Nutzer automatisch mit. Die Nutzer können diese Download-Links in sogenannte Linksammlungen im Internet einstellen. Diese Linksammlungen werden von Dritten angeboten und enthalten Informationen zum Inhalt der gespeicherten Dateien. Auf diese Weise können andere Nutzer auf die auf den Servern der Beklagten gespeicherten Dateien zugreifen.

Der Download von auf der Plattform der Beklagten gespeicherten Dateien ist kostenlos möglich. Allerdings sind dann die Datenmenge und die Downloadgeschwindigkeit begrenzt. Zahlende Nutzer haben, bei Preisen zwischen 4,99 € für zwei Tage bis 99,99 €

für zwei Jahre, ein tägliches Downloadkontingent von 30 GB bei unbeschränkter Downloadgeschwindigkeit. Die Beklagte zahlt den Nutzern, die von anderen Nutzern heruntergeladene Dateien auf den Server der Beklagten hochgeladen haben, Downloadvergütungen, und zwar bis zu 40 € für 1.000 Downloads.

Der Dienst der Beklagten wird sowohl für legale als auch für urheberrechtsverletzende Anwendungen genutzt. Die Beklagte ist in der Vergangenheit in großem Umfang von im Auftrag der Rechtsinhaber handelnden Dienstleistungsunternehmen mit sogenannten Abuse-Mitteilungen auf die Verfügbarkeit rechtsverletzender Inhalte hingewiesen worden. Nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten ist es den Nutzern untersagt, über die Plattform der Beklagten Urheberrechtsverstöße zu begehen.

Die Klägerin, ein internationaler Fachverlag, sieht eine Verletzung ihrer Urheberrechte darin, dass auf den Servern der Beklagten über externe Linksammlungen Dateien erreichbar sind, an denen ihr die ausschließlichen urheberrechtlichen Nutzungsrechte zustehen. Sie hat die Beklagte in erster Linie als Täterin, hilfsweise als Teilnehmerin und weiter hilfsweise als Störerin auf Unterlassung, Auskunftserteilung und Feststellung ihrer Schadensersatzpflicht in Anspruch genommen.

Das Berufungsgericht hat die Beklagte (nur) als Störerin zur Unterlassung verurteilt; die Anträge auf Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht hat es abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Ansprüche auf Auskunftserteilung und Schadensersatzfeststellung weiter.

II. Der Bundesgerichtshof hat beide Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof der Europäischen Union im Wesentlichen gleichlautende Fragen zur Auslegung der Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr und der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums zur Vorabentscheidung vorgelegt.

1. Rechtsgrundlagen

a) Nach **deutschem Recht** haftet bei Urheberrechtsverletzungen der **Verletzer** auf **Unterlassung** (§ 97 Abs. 1 UrhG) und - wenn er vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat - auf **Schadensersatz** (§ 97 Abs. 2 UrhG). Darüber hinaus haftet derjenige, der - etwa durch das Bereitstellen einer Plattform im Internet - zu einer Urheberrechtsverletzung beigetragen hat, nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen unter bestimmten Voraussetzungen als **Störer** auf **Unterlassung**. Dabei ist zu beachten, dass der **Betreiber einer Internetplattform** sich nach dem Telemediengesetz als Diensteanbieter auf **Haftungserleichterungen** berufen kann. Er haftet nur, wenn er Kenntnis von der Rechtsverletzung hatte, oder nach Erlangung der Kenntnis (etwa durch einen Hinweis) nicht unverzüglich tätig geworden ist, um die Rechtsverletzung zu beenden (§ 10 Satz 1 TMG). Die Haftungsregeln des deutschen Rechts beruhen auf Vorgaben des Unionsrechts und sind daher unionsrechtskonform auszulegen.

b) Nach dem **Unionsrecht** müssen die Mitgliedstaaten bei Schutzrechtsverletzungen wie Urheberrechtsverletzungen vorsehen, dass der **Verletzer** auf **Unterlassung** und - wenn er wusste oder vernünftigerweise hätte wissen müssen, dass er eine Verletzungshandlung vornahm - auf **Schadensersatz** haftet (für Schutzrechtsverletzungen Art. 11 Satz 1 und Art. 13 Abs. 1 der Richtlinie 2004/48/EG; für Urheberrechtsverletzungen nach Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2001/29/EG), und dass **Personen, deren Dienste von Dritten für Schutzrechtsverletzungen wie**

Urheberrechtsverletzungen genutzt worden sind, auf **Unterlassung** haften (für Schutzrechtsverletzungen Art. 11 Satz 3 der Richtlinie 2004/48/EG; für Urheberrechtsverletzungen Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29/EG; für Rechtsverletzungen Art. 14 Abs. 3 der Richtlinie 2000/31/EG). Im Unionsrecht ist allerdings nicht von einem Anspruch auf Unterlassung, sondern - was dem aber gleichsteht - von einer **(gerichtlichen) Anordnung** die Rede, die Rechtsverletzung abzustellen oder zu verhindern. Die Person, deren Dienste von Dritten für Schutzrechtsverletzungen genutzt worden sind, heißt im Unionsrecht nicht Störer, sondern **Mittelsperson**. Sind deren Dienste von Dritten für Urheberrechtsverletzungen genutzt worden, wird sie **Vermittler** genannt. Handelt es sich bei dem Dienst um einen Dienst in der Informationsgesellschaft, wird sie als **Diansteanbieter** bezeichnet. Für Diansteanbieter gelten **Haftungsprivilegien**. Zu den Diansteanbietern gehört der **Plattformbetreiber**. Er haftet nur, wenn er Kenntnis von der Rechtsverletzung hatte, oder nach Erlangung der Kenntnis von der Rechtsverletzung (etwa durch einen Hinweis) nicht unverzüglich tätig geworden ist, um die Rechtsverletzung zu beenden (Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31/EG).

2. Fragen zur Auslegung des Unionsrechts

a) Zunächst stellt sich die Frage, ob und - wenn ja - unter welchen Voraussetzungen ein Plattformbetreiber wie YouTube oder uploaded als **Verletzer** auf Unterlassung und auf Schadensersatz haftet, wenn Nutzer der Plattform das Urheberrecht verletzen.

Wer urheberrechtlich geschützte Inhalte ohne Zustimmung des Rechtsinhabers auf eine Internetplattform wie YouTube oder uploaded **hochlädt** und damit für alle Internetnutzer abrufbar macht, **verletzt** das ausschließliche Recht des Urhebers zur öffentlichen Zugänglichmachung seines Werkes und kann daher auf Unterlassung und auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden. **Fraglich** ist, ob in einem solchen Fall **daneben** auch der **Betreiber** der Internetplattform als Verletzer auf Unterlassung und Schadensersatz haftet. Da die Plattform von Dritten für Urheberrechtsverletzungen genutzt worden ist, ist es denkbar, dass der Betreiber lediglich als **Vermittler** haftet und sich damit auf die Haftungsprivilegien des Diansteanbieters berufen kann. Es kommt aber auch eine Haftung des Plattformbetreibers als **Verletzer** in Betracht.

Ob ein Schutzrecht durch eine bestimmte Verhaltensweise verletzt wird, hängt vom **Schutzumfang des Schutzrechts** ab. Das **Recht der öffentlichen Zugänglichmachung** ist ein besonderer Fall des **Rechts der öffentlichen Wiedergabe**. Das Recht der öffentlichen Wiedergabe einschließlich des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung ist durch das Unionsrecht vollständig harmonisiert (Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG). Sein Schutzumfang wird daher durch das Unionsrecht und dessen Auslegung durch den Gerichtshof der Europäischen Union bestimmt. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat dem Recht der öffentlichen Wiedergabe in seiner neueren Rechtsprechung eine große Reichweite beigemessen. Er hat den Betreiber der Internetplattform „**The Pirate Bay**“, dessen Dienste von Dritten zur Verletzung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe genutzt worden waren, **nicht** als **Vermittler**, **sondern** als **Verletzer** angesehen. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat angenommen, dieser Plattformbetreiber habe sich **nicht** wie ein Vermittler **darauf beschränkt**, mit der Plattform eine **Einrichtung zur Verfügung zu stellen**, die eine öffentliche Wiedergabe urheberrechtlich geschützter Inhalte durch Nutzer der Plattform ermöglicht oder bewirkt; **vielmehr** habe dieser Plattformbetreiber eine **eigene Handlung der Wiedergabe vorgenommen** und damit den Tatbestand der öffentlichen Wiedergabe selbst erfüllt. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen

Union ist bei der Beurteilung, ob eine Handlung der Wiedergabe vorliegt, maßgeblich auf das Kriterium der **zentralen Rolles des Nutzers** und der **Vorsätzlichkeit seines Handelns** abzustellen. Im Hinblick auf dieses Kriterium liegt eine Handlung der Wiedergabe vor, **wenn der Nutzer in voller Kenntnis der Folgen seines Verhaltens tätig wird, um Dritten einen Zugang zu einem geschützten Werk oder einer geschützten Leistung zu verschaffen.**

Der Gerichtshof der Europäischen Union hat angenommen, der Betreiber der Internetplattform „The Pirate Bay“ habe eine solche **zentrale Rolle** bei der öffentlichen Wiedergabe gespielt, weil er den Nutzern seiner Plattform durch die **Indexierung von geschützten Werken** und das **Anbieten einer Suchmaschine** in voller Kenntnis der Folgen seines Verhaltens den Zugriff auf ohne Zustimmung der Rechtsinhaber bereitgestellte Werke ermöglicht hat (EuGH, GRUR 2017, 790 Rn. 35 bis 39).

Die **Voraussetzungen**, unter denen Plattformbetreiber wie YouTube oder uploaded eine **zentrale Rolle** bei der unbefugten öffentlichen Wiedergabe urheberrechtlich geschützter Inhalte durch Nutzer seiner Plattform spielt, sind durch diese Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union allerdings **nicht hinreichend geklärt.**

Konkret stellt sich bezüglich **YouTube** die Frage (Vorlagefrage 1), ob der Betreiber einer Videoplattform wie YouTube eine Handlung der Wiedergabe vornimmt, wenn er **einerseits** (1) mit der Plattform **Werbeeinnahmen** erzielt, (2) für die Dauer der Einstellung der Videos eine weltweite, nicht-exklusive und gebührenfreie **Lizenz** an den Videos erhält sowie (3) die **Suchergebnisse** auf der Plattform in Form von Ranglisten und inhaltlichen Rubriken **aufbereitet** und registrierten Nutzern eine **Übersicht** mit empfohlenen Videos **anzeigen lässt**; **andererseits** (1) der Vorgang des Hochladens **automatisch** und ohne vorherige Ansicht oder Kontrolle durch den Betreiber erfolgt, (2) der Betreiber in den Nutzungsbedingungen und im Rahmen des Hochladevorgangs darauf **hinweist**, dass urheberrechtsverletzende Inhalte nicht eingestellt werden dürfen und (3) der Betreiber Rechtsinhabern **Hilfsmittel** zur Verfügung stellt, mit denen sie auf eine Sperrung rechtsverletzender Videos hinwirken können. Nach Ansicht des Senats spielt der Plattformbetreiber unter diesen Umständen **keine zentrale Rolle** bei der öffentlichen Wiedergabe, wenn er **keine konkrete Kenntnis** von der Verfügbarkeit urheberrechtsverletzender Inhalte hat oder **nach Erlangung der Kenntnis** diese Inhalte unverzüglich **löscht** oder unverzüglich den Zugang zu ihnen **sperrt.**

Im Fall von **uploaded** stellt sich die Frage (Vorlagefrage 1), ob der Betreiber eines Sharehosting-Dienstes wie uploaded eine Handlung der Wiedergabe vornimmt, wenn **einerseits** (1) der Vorgang des Hochladens **automatisch** und ohne vorherige Ansicht oder Kontrolle des Betreibers erfolgt und (2) der Betreiber in den Nutzungsbedingungen darauf **hinweist**, dass urheberrechtsverletzende Inhalte nicht eingestellt werden dürfen; **andererseits** (1) der Betreiber mit dem Betrieb des Dienstes **Einnahmen** erzielt, (2) die von ihm bereitgestellten unbeschränkten Download-Links von Dritten in **Linksammlungen** im Internet eingestellt werden können, die Informationen zum Inhalt der Dateien enthalten und die Suche nach bestimmten Inhalten ermöglichen, (3) er durch die Gestaltung der von ihm nachfrageabhängig gezahlten Vergütung für Downloads einen **Anreiz schafft**, urheberrechtlich geschützte Inhalte hochzuladen, die anderweitig für Nutzer nur kostenpflichtig zu erlangen sind, (4) er durch die Einräumung der Möglichkeit, Dateien anonym hochzuladen, die **Wahrscheinlichkeit erhöht**, dass Nutzer für Urheberrechtsverletzungen nicht zur Rechenschaft gezogen werden können, (5) der Betreiber aber **Kenntnis** davon hat, dass in seinem Dienst eine **erhebliche Anzahl urheberrechtsverletzender Inhalte** (mehr

als 9.500 Werke) verfügbar sind. Nach **Ansicht des Senats** spielt der Plattformbetreiber unter diesen Umständen eine **zentrale Rolle** bei der öffentlichen Wiedergabe, weil er **Kenntnis** davon hat, dass in seinem Dienst in erheblichem Umfang urheberrechtsverletzende Inhalte verfügbar sind und weil er zugleich durch die Gestaltung seines Vergütungssystems, die Bereitstellung unbeschränkter Download-Links und die Ermöglichung der anonymen Nutzung seines Dienstes die **Gefahr** der rechtsverletzenden Nutzung erheblich erhöht. Nach dem im Revisionsverfahren mangels entsprechender Feststellungen des Berufungsgerichts als richtig zu unterstellenden Vortrag der Klägerin werden über den Sharehosting-Dienst „upload“ in einem Umfang von **90 bis 96% der Gesamtnutzung** urheberrechtsverletzende Angebote bereitgestellt.

b) Für den Fall, dass YouTube oder uploaded keine zentrale Rolle bei der öffentlichen Wiedergabe gespielt haben, stellt sich die Frage, ob sie sich **als Vermittler** auf die **Haftungsprivilegien des Plattformbetreibers** berufen können (Vorlagefrage 2).

Das setzt voraus, dass YouTube oder uploaded als **Vermittler** im Sinne von Art. 14 der Richtlinie 2000/31/EG anzusehen sind. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist der Anbieter eines Dienstes in der Informationsgesellschaft, wie der Plattformbetreiber, dessen Dienst in der Speicherung von durch einen Nutzer eingegebenen Informationen besteht, **nur dann Vermittler**, der sich auf die Haftungsprivilegien des Diensteanbieters berufen kann, wenn er sich auf seine **neutrale Rolle** beschränkt und **keine aktive Rolle** gespielt hat. Im Blick auf den Betreiber des Online-Marktplatzes Ebay hat der Gerichtshof der Europäischen Union ausgeführt (EuGH, GRUR 2011, 1025 Rn. 112 bis 116 - L'Oréal/Ebay), dass ein solcher Plattformbetreiber eine **neutrale Rolle** wahrt, wenn er sich auf eine **rein technische und automatische Verarbeitung der von seinen Kunden eingegebenen Daten** beschränkt, die **Verkaufsangebote auf seinem Server speichert**, die **Modalitäten für seinen Dienst festlegt**, für diesen eine **Vergütung erhält** und seinen Kunden **Auskünfte allgemeiner Art erteilt**. Dagegen spielt ein solcher Plattformbetreiber eine **aktive Rolle**, wenn er **Hilfestellung leistet**, die unter anderem darin besteht, die **Präsentation der betreffenden Verkaufsangebote zu optimieren** oder **diese Angebote zu bewerben**.

Die **Voraussetzungen**, unter denen der Betreiber einer Videoplattform wie YouTube oder eines Sharehosting-Dienstes wie uploaded eine **neutrale Rolle** oder aber eine **aktive Rolle** bei der unbefugten öffentlichen Wiedergabe urheberrechtlich geschützter Inhalte durch Nutzer seiner Plattform spielt, sind durch diese Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union **nicht hinreichend geklärt**. Konkret stellt sich in den Streitfällen die Frage (Vorlagefrage 2), ob der Betreiber einer solchen Plattform unter den (in Vorlagefrage 1) genannten Umständen des Streitfalls als Vermittler anzusehen ist, der sich auf die **Haftungsprivilegien des Plattformbetreibers** berufen kann.

c) Für den Fall, dass YouTube oder uploaded **als Vermittler** einzustufen sein sollten, stellen sich zwei Fragen zur **Haftung des Vermittlers** (Vorlagefragen 3 und 4).

aa) Nach **Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31/EG** ist ein solcher Vermittler für Rechtsverletzungen durch Nutzer seiner Plattform nicht verantwortlich, sofern er a) keine tatsächliche Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information hat und in Bezug auf Schadensersatzansprüche sich auch keiner Tatsachen oder Umständen bewusst ist, aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird oder b) sobald er diese Kenntnis oder dieses Bewusstsein erlangt, unverzüglich tätig

wird, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren. Im Hinblick auf diese Regelung stellt sich die Frage, ob sich die tatsächliche **Kenntnis** von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information **und** das **Bewusstsein** der Tatsachen oder Umstände, aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird, auf **konkrete rechtswidrige Tätigkeiten oder Informationen** beziehen muss (Vorlagefrage 3). Nach **Ansicht des Senats** ist diese Frage zu **bejahen**. Es **genügt nicht**, wenn dem Anbieter nur **allgemein bekannt oder bewusst** ist, dass seine Dienste für **irgendwelche rechtswidrigen Tätigkeiten** genutzt werden. Vielmehr müssen sich die Kenntnis der Umstände und das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit auf konkrete Tätigkeiten oder Informationen beziehen. Ein Vermittler der die Voraussetzungen der Haftungsprivilegierung nicht erfüllt, haftet wie ein Verletzer.

bb) Nach **Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29/EG** müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die Rechtsinhaber **gerichtliche Anordnungen gegen Vermittler** beantragen können, deren Dienste von einem Dritten zur Verletzung eines Urheberrechts oder verwandter Schutzrechte genutzt werden. Es stellt sich die Frage, ob es Blick mit dieser Vorschrift vereinbar ist, wenn der Rechtsinhaber gegen einen Plattformbetreiber, dessen Plattform von Nutzern zur Verletzung eines Urheberrechts oder verwandter Schutzrechte genutzt worden ist, eine **gerichtliche Anordnung erst dann** erlangen kann, **wenn es nach einem Hinweis auf eine klare Rechtsverletzung erneut zu einer derartigen Rechtsverletzung gekommen ist** (Vorlagefrage 4). Nach **Ansicht des Senats** ist auch diese Frage zu **bejahen**. Nach **Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31/EG** haftet der Plattformbetreiber, der keine Kenntnis von der Rechtsverletzung hat, weder auf Schadensersatz noch auf Unterlassung. Nach **Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG** trifft den Plattformbetreiber keine allgemeine Verpflichtung nach Anhaltspunkten für Rechtsverletzungen zu forschen. Danach kann ein Plattformbetreiber, der von Rechtsverletzungen der Nutzer seiner Plattform weder Kenntnis hat noch Kenntnis haben muss, erst nach einem Hinweis auf eine Rechtsverletzung dazu verpflichtet sein, diese Rechtsverletzung abzustellen. Daraus folgt, dass die Verletzungshandlung, die Gegenstand des Hinweises ist, keinen Unterlassungsanspruch gegen den Plattformbetreiber begründet (vgl. BGHZ 191, 19 Rn. 39 - Stiftparfüm; GRUR 2015, 1129 Rn. 42 - Hotelbewertungsportal). Danach besteht im Übrigen auch kein Anspruch auf Erstattung der Kosten einer Abmahnung, mit der der Plattformbetreiber erstmals auf eine Rechtsverletzung hingewiesen wird.

d) Schließlich stellt sich für den Fall, dass ein Plattformbetreiber wie YouTube oder uploaded bei der unbefugten öffentlichen Wiedergabe urheberrechtlich geschützter Inhalte auf seiner Plattform weder eine zentrale Rolle noch eine neutrale Rolle, sondern eine **aktive Rolle** spielt, die Frage, nach welchen Grundsätzen sich dann seine **Haftung** richtet (Vorlagefragen 5 und 6).

aa) Zunächst stellt sich die Frage, ob ein Plattformbetreiber, der eine aktive Rolle spielt, als **Verletzer** anzusehen ist, der auch auf Schadensersatz haften kann (Vorlagefrage 5). Nach **Ansicht des Senats** ist diese Frage zu **bejahen**, weil ein Plattformbetreiber der bei einer Rechtsverletzung durch Nutzer seiner Plattform eine aktive Rolle spielt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union kein Vermittler sein kann und nach dem Regelungssystem der Richtlinien folglich Verletzer sein muss.

cc) Falls der Plattformbetreiber, der eine aktive Rolle spielt, als Verletzer haftet, stellen sich zwei Fragen zur den **Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs** (Vorlagefrage 6).

(1) Die vom Unionsrecht geforderte Haftung des Verletzers auf Unterlassung und Schadensersatz ist im deutschen Recht für das Urheberrecht durch **§ 97 Abs. 1 und 2 UrhG** umgesetzt. Sie ist dadurch näher ausgestaltet, dass das deutsche Recht verschiedene Arten von Verletzern kennt und bei den Voraussetzungen ihrer Haftung unterscheidet (das Unionsrecht kennt dagegen nur den „Einheitsverletzer“). Für eine deliktische Handlung wie die Verletzung eines Schutzrechts kommt nach deutschem Recht zivilrechtlich eine Haftung als **Täter** oder **Teilnehmer** in Betracht. Die Frage, ob jemand für eine deliktische Handlung wie die Verletzung eines Schutzrechts zivilrechtlich als Täter oder Teilnehmer haftet, beurteilt sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich nach den **im Strafrecht entwickelten Rechtsgrundsätzen**. Als Täter haftet danach, wer die Zuwiderhandlung selbst oder durch einen anderen begeht (§ 25 Abs. 1 StGB). Mittäterschaft erfordert eine gemeinschaftliche Begehung, also ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken (§ 25 Abs. 2 StGB; vgl. § 830 Abs. 1 Satz 1 BGB). Als **Teilnehmer** - also Anstifter (§ 26 StGB) oder Gehilfe (§ 27 Abs. 1 StGB) - haftet, wer **vorsätzlich** einen anderen zu dessen **vorsätzlich** begangener rechtswidriger Tat bestimmt oder ihm dazu Hilfe geleistet hat (sogenannter doppelter Gehilfenvorsatz). Dabei setzt die Teilnehmerhaftung neben einer objektiven Teilnahmehandlung **in Bezug auf die Haupttat** einen zumindest bedingten **Vorsatz** voraus, der das **Bewusstsein der Rechtswidrigkeit** einschließen muss (BGH, GRUR 2011, 1018 Rn. 17 und 24 - Automobil-Onlinebörse). Bei einem Plattformbetreiber, der keine zentrale, aber eine **aktive Rolle** gespielt und den Nutzern seiner Plattform bei deren Urheberrechtsverletzungen **Hilfestellung** geleistet hat, kommt in erster Linie eine Haftung als **Gehilfe** in Betracht. Es ist fraglich, ob die Ausgestaltung der Haftung eines solchen Verletzers im deutschen Recht mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

(1) Zum einen stellt sich die Frage, ob die Verpflichtung eines solchen Verletzers zur Leistung von Schadensersatz nach Art. 13 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 2004/48/EG davon abhängig gemacht werden darf, dass der Verletzer sowohl in Bezug auf seine eigene Verletzungshandlung als auch in Bezug auf die Verletzungshandlung des Dritten **vorsätzlich** gehandelt hat („doppelter Gehilfenvorsatz“).

Möglicherweise muss es auch bei solchen Fallgestaltungen für einen Schadensersatzanspruch nach Art. 13 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 2004/48/EG ausreichen, wenn der Verletzer vernünftigerweise hätte wissen müssen, dass er eine Verletzungshandlung vornahm. Dann käme eine Haftung des Gehilfen auf Schadensersatz bereits beim Vorliegen von **Fahrlässigkeit** in Betracht.

(2) Zum anderen stellt sich die Frage, ob die Verpflichtung eines solchen Verletzers zur Leistung von Schadensersatz nach Art. 13 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 2004/48/EG davon abhängig gemacht werden darf, dass der Verletzer von **konkreten Rechtsverletzungen** durch die Nutzer der Plattform wusste oder - falls Fahrlässigkeit genügt - vernünftigerweise hätte wissen müssen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss der Teilnehmer in Bezug auf die Haupttat des Dritten einen zumindest bedingten Vorsatz haben, der das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit einschließen muss. Dabei müssen sich der Vorsatz und das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit auf eine **konkrete Haupttat** beziehen. Danach haftet der Plattformbetreiber, der wusste, dass Dritte seine Plattform zur Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums nutzen, nicht als Teilnehmer auf Schadensersatz, wenn sich sein Wissen nicht auf konkrete Rechtsverletzungen bezieht.

Es ist fraglich, ob dies mit dem Unionsrecht in Einklang steht. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat es im Falle der Internetplattform „The Pirate Bay“ für die Annahme einer rechtsverletzenden Handlung der Wiedergabe ausreichen lassen, dass der Plattformbetreiber bewusst eine gefährliche Handlung vorgenommen und allgemein mit rechtswidrigen Nutzungen gerechnet hat (vgl. EuGH, GRUR 2017, 790 Rn. 45).

Dead Island (Urteil vom 26. Juli 2018 - I ZR 64/17)

Die Entscheidung betrifft die Frage, unter welchen Voraussetzungen der **Inhaber eines ungesicherten Internetanschlusses** - wie der Betreiber eines offenen WLAN-Hotspots - für **Rechtsverletzungen** haftet, **die Dritte über diesen Anschluss begehen**.

I. Die Klägerin ist Inhaberin der ausschließlichen urheberrechtlichen Nutzungsrechte an dem Computerspiel "Dead Island". Der Beklagte unterhält einen Internetanschluss. Anfang des Jahres 2013 wurde das Programm „Dead Island“ über den Internetanschluss des Beklagten in einer Internet-Tauschbörse zum Herunterladen angeboten. Die Klägerin mahnte den Beklagten ab und forderte ihn zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auf. Die Klägerin hatte den Beklagten zuvor bereits zweimal wegen im Jahr 2011 über seinen Internetanschluss begangener Urheberrechtsverletzungen durch Filesharing anwaltlich abgemahnt.

Der Beklagte hat geltend gemacht, selbst keine Rechtsverletzung begangen zu haben. Er betreibe unter seiner IP-Adresse fünf öffentlich zugängliche WLAN-Hotspots und drahtgebunden zwei eingehende Kanäle aus dem Tor-Netzwerk („Tor-Exit-Nodes“).

Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Unterlassung und Erstattung von Abmahnkosten in Anspruch. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass dem Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln aufgegeben wird, Dritte daran zu hindern, das Computerspiel oder Teile davon der Öffentlichkeit mittels seines Internetanschlusses über eine Internettauschbörse zur Verfügung zu stellen. Gegen diese Entscheidung hat der Beklagte Revision eingelegt.

Der Bundesgerichtshof hat das Urteil des Berufungsgerichts hinsichtlich der Verurteilung zur Unterlassung aufgehoben und die Sache insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von Abmahnkosten hat der Bundesgerichtshof dagegen bestätigt.

II. Für den **Anspruch auf Erstattung von Abmahnkosten** kommt es auf die **Rechtslage zum Zeitpunkt der Abmahnung** im Jahr 2013 an. Der Anspruch ist begründet, wenn der Klägerin zum Zeitpunkt der Abmahnung des Beklagten ein Anspruch auf Unterlassung zugestanden hat. Das ist der Fall.

1. Das Computerspiel „Dead Island“ ist über den Internetanschluss des Beklagten in einer Internettauschbörse zum Herunterladen angeboten worden. Dadurch wurde das der Klägerin ausschließlich zustehende **Recht zum öffentlichen Zugänglichmachen** des Computerspiels **verletzt**.

2. Der **Beklagte** ist nach der damals bestehenden Rechtslage als sogenannter **Störer** für diese Rechtsverletzung verantwortlich. Als Störer kann bei der Verletzung absoluter Rechte wie des Urheberrechts auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wer zur Verletzung des geschützten Rechtsguts beigetragen und ihm mögliche und zumutbare Verhaltenspflichten verletzt hat. Danach kann der Anbieter eines Internetzugangs für von Dritten über seinen Internetanschluss begangene Rechtsverletzungen als Störer auf Unterlassung haften.

a) Einer solchen Störerhaftung **steht nicht** die damals geltende Regelung des **§ 8 Abs. 1 TMG entgegen**. Nach dieser Bestimmung ist ein **Diensteanbieter**, der Dritten den Zugang zum Internet eröffnet, grundsätzlich **nicht** für Rechtsverletzungen **verantwortlich** ist, die von diesen Dritten über den Internetanschluss begangen werden.

Dennoch konnte ein solcher Diensteanbieter auf **Unterlassung** in Anspruch genommen werden. Die in § 8 TMG vorgesehene Regelung der Haftung des Anbieters eines Internetzugangs beruht auf **Art. 12 der Richtlinie 2000/31/EG** über den elektronischen Geschäftsverkehr. Nach dieser Richtlinienbestimmung lässt die Haftungsprivilegierung des Zugangsvermittlers (Absatz 1) die Möglichkeit unberührt, dass ein Gericht vom **Diensteanbieter** verlangt, die **Rechtsverletzung abzustellen oder zu verhindern** (Absatz 3). Nach zwei anderen Vorschriften des Unionsrechts (**Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29/EG** zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft und **Art. 11 Satz 3 der Richtlinie 2004/48/EG** zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums) haben die Mitgliedstaaten sogar sicherzustellen, dass die Inhaber von Rechten des geistigen Eigentums wie des Urheberrechts **gerichtliche Anordnungen gegen Vermittler** beantragen können, deren Dienste von einem Dritten zur Verletzung dieser Rechte genutzt werden. Bei der beantragten Verurteilung des Beklagten zur Unterlassung handelt es sich um eine solche gerichtliche Anordnung gegen einen Vermittler.

b) Nach den Grundsätzen der Störerhaftung **haftet der Beklagte** für Rechtsverletzungen, die Dritte über den von ihm betriebenen WLAN-Zugang begangen haben, als Störer auf Unterlassung, weil er seinen **Internetzugang nicht hinreichend gesichert** hat. Dabei kommt es nicht darauf an, ob er diesen Anschluss privat oder gewerblich betrieben hat.

aa) Der Betreiber eines **privaten WLAN-Anschlusses** haftet nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für über diesen Anschluss von Dritten begangene Rechtsverletzungen, wenn er das WLAN ohne die im privaten Gebrauch üblichen und zumutbaren Zugangssicherungen betrieben hat („Sommer unseres Lebens“). Zu diesen Sicherungen gehört die Verwendung eines individuellen, ausreichend langen und sicheren **Passwords**. Die dem privaten Anschlussinhaber obliegende Verpflichtung zur Sicherung seines WLAN besteht bereits **ab Inbetriebnahme des Anschlusses**.

bb) Der Betreiber eines gewerblichen **WLAN-Anschlusses** haftet gleichfalls, wenn er sein WLAN nicht gegen den unbefugten Zugang durch Dritte sichert. Er ist allerdings - anders als der Betreiber eines privaten WLAN - **erst nach Erhalt eines Hinweises auf eine Rechtsverletzung** zur Sicherung verpflichtet. Eine Verpflichtung, den Anschluss bereits ab Inbetriebnahme ohne Anlass mit einem Passwort zu verschlüsseln, wäre geeignet, das Geschäftsmodell der gewerblichen Bereitstellung von Internetzugängen unverhältnismäßig zu erschweren.

cc) Danach haftet der Beklagte auf Unterlassung, weil er keine Maßnahmen zur Sicherung seines Internetzugangs getroffen hat. Soweit er den Internetanschluss **privat** betrieben hat, hätte er ihn **ab Inbetriebnahme** gegen den unbefugten Zugriff durch Dritte sichern müssen. Soweit er ihn **gewerblich** betrieben hat, war er **aufgrund** der im Jahr 2011 an ihn ergangenen **Abmahnungen** wegen der Verletzung von Urheberrechten mittels Filesharing zur Sicherung verpflichtet. Den Zugang zum Internet über das **WLAN** hätte der Beklagte durch die Einrichtung eines **Passwords** sichern können und müssen. Dem Beklagten war es nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ferner möglich und zumutbar, den Zugang zu Internettauschbörsen über den **Tor-Exit-Node** durch eine **Portsperr**e für Peer-to-peer-Software zu verhindern.

II. Der von der Klägerin erhobene **Unterlassungsanspruch** war dagegen nicht begründet. Ein Unterlassungsanspruch ist nur begründet, wenn die Unterlassung des beanstandeten Verhaltens **auch noch zum Zeitpunkt der Entscheidung** über den Unterlassungsanspruch verlangt werden kann. Die künftige Unterlassung eines

Verhaltens, das nicht oder nicht mehr verboten ist, kann nicht beansprucht werden. Danach kam es darauf an, ob der zum Zeitpunkt der Abmahnung begründete Unterlassungsanspruch auch noch zum Zeitpunkt der Entscheidung in der Revisionsinstanz begründet war. Das war jedoch nicht mehr der Fall.

1. Nach Erlass des Berufungsurteils ist mit Wirkung vom 13. Oktober 2017 als **§ 8 Abs. 1 Satz 2 TMG** eine neue Regelung ins Telemediengesetz eingefügt worden. Danach können Diensteanbieter, die Nutzern einen Zugang zum Internet zur Verfügung stellen, wegen einer rechtswidrigen Handlung eines Nutzers nicht auf Schadensersatz, Beseitigung oder Unterlassung oder Ersatz von Abmahnkosten in Anspruch genommen werden. Danach ist der von der Klägerin geltend gemachte Unterlassungsanspruch nunmehr ausgeschlossen.

2. Die Klägerin hat allerdings geltend gemacht, der Unterlassungsanspruch sei nach wie vor begründet, weil der Ausschluss des Unterlassungsanspruchs durch die Neuregelung des **§ 8 Abs. 1 Satz 2 TMG mit dem Unionsrecht unvereinbar** und daher unbeachtlich sei.

a) Richtig ist, dass ein nationales Gericht nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union eine nationale Vorschrift, nicht anwenden darf, wenn diese mit dem Unionsrecht unvereinbar ist. Richtig ist auch, dass es gegen das Unionsrecht verstieße, wenn der Inhaber eines Rechts des geistigen Eigentums wie des Urheberrechts nicht die Möglichkeit hätte, eine gerichtliche Anordnung gegen den Inhaber eines Internetanschlusses zu beantragen, dessen Anschluss von Dritten zur Verletzung dieser Rechte genutzt wird.

b) Die gesetzliche Neuregelung der Haftung bietet aber nach Ansicht des Senats den Rechtsinhabern grundsätzlich ausreichende Möglichkeiten, gerichtliche Anordnungen gegen den Inhaber des Internetanschlusses zu erwirken. Der Gesetzgeber hat **zwar** einen Unterlassungsanspruch ausgeschlossen. Er hat **aber** zugleich mit **§ 7 Abs. 4 TMG** einen neuen **Anspruch auf Sperrung von Informationen geschaffen**. Danach kann, wenn ein Internetzugang von einem Nutzer in Anspruch genommen wurde, um das Recht am geistigen Eigentum eines anderen zu verletzen, der Inhaber des Rechts von dem Zugangsanbieter grundsätzlich die Sperrung der Nutzung von Informationen verlangen. Dieser Sperranspruch **genügt den Anforderungen des Unionsrechts**. Dazu muss er allerdings unionsrechtskonform ausgelegt werden. **Zwei Punkte** der gesetzlichen Neuregelung waren im Streitfall **problematisch**.

aa) **Zum einen** richtet sich der **Sperranspruch** allein gegen den Betreiber eines WLAN und **nicht** gegen **andere Vermittler eines Zugangs zum Internet**, während der **Unterlassungsanspruch** gegen **sämtliche Zugangsvermittler** ausgeschlossen ist. Im Streitfall hätte das zur Folge gehabt, dass die Klägerin den Beklagten nur wegen Rechtsverletzungen über die von ihm betriebenen drahtlosen lokalen Netzwerke (WLAN), nicht aber wegen Rechtsverletzungen über den von gleichfalls betriebenen drahtgebundenen Zugang zum Tor-Netzwerk auf Sperrung in Anspruch nehmen könnte. Der Ausschluss von Ansprüchen gegen andere Anbieter eines Zugangs zum Internet als WLAN-Betreibern **wäre zweifellos unionsrechtswidrig**, weil die Rechtsinhaber ansonsten Rechtsverletzungen schutzlos ausgeliefert wären, die Dritte über andere Internetzugänge begehen. Der Senat konnte diesen Mangel des Gesetzes dadurch beheben, dass er den gesetzlichen Sperranspruch im Wege einer **unionsrechtskonformen Rechtsfortbildung auf andere Zugangsanbieter** erstreckt hat.

bb) **Zum anderen** hatte die Klägerin geltend gemacht, der Anspruch auf Sperrung von Informationen sei im hier vorliegenden Fall einer **Rechtsverletzung durch Filesharing** im Rahmen von Internettauschbörsen **nicht geeignet**, den Ausschluss des Unterlassungsanspruchs zu kompensieren, weil es gegen Filesharing keine wirksamen Sperrmaßnahmen gebe. Durch die Sperre einer Webseite könne Filesharing nicht unterbunden werden, weil Filesharing nicht auf bestimmten Webseiten, sondern in Netzwerken betrieben werde. Durch eine Sperre von Ports könnten solche Rechtsverletzungen gleichfalls nicht unterbunden werden, weil die aktuelle Tauschbörsentechnologie nicht mehr auf bestimmte Ports zugreife. Mit diesen Einwänden hatte die Klägerin keinen Erfolg. **Zum einen** hatte das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler festgestellt, dass Rechtsverletzungen durch Filesharing durch **Portsperrn** verhindert werden können. **Zum anderen** war nicht ersichtlich, dass es keine **anderen Sperrmaßnahmen** zur Verhinderung solcher Rechtsverletzungen gibt.

(1) Der Anspruch auf Sperrmaßnahmen ist nicht auf bestimmte Sperrmaßnahmen beschränkt. Um Sperrmaßnahmen handelt es sich auch bei der Verschlüsselung des Zugangs mit einem **Passwort** und der vollständigen **Sperrung** des Zugangs. **Zwar** bestimmt § 8 Abs. 3 TMG neuer Fassung, dass eine **Behörde** einen Diensteanbieter nicht verpflichten darf, den Zugang zum Internet mit einem Passwort zu verschlüsseln oder das Anbieten des Dienstes dauerhaft einzustellen. Den **Gerichten** ist **aber** (anders als Behörden) eine solche Verpflichtung des Diensteanbieters nicht verboten. Für den Fall, dass andere, mildere Sperrmaßnahmen nicht geeignet sind, die beanstandete Rechtsverletzung abzustellen, ist nach der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Rechtssache „McFadden“ zum Schutz der Rechtsinhaber auch die Sicherung des Zugangs durch ein Passwort und womöglich sogar - im äußersten Fall - die vollständige Sperrung des Zugangs in Betracht zu ziehen.

(2) Bei der Anordnung von Sperrmaßnahmen sind allerdings die betroffenen **Grundrechte** in ein angemessenes **Gleichgewicht** zu bringen. Betroffen sind das Recht des Rechtsinhabers auf Schutz des geistigen Eigentums, das Recht des Diensteanbieters auf unternehmerische Freiheit und das Recht der Internetnutzer auf Informationsfreiheit. Der Senat hat deutlich gemacht, dass sich bei dieser Abwägung nicht stets das Grundrecht des Rechtsinhabers auf Schutz des geistigen Eigentums durchsetzen muss, sondern im Ergebnis auch den Grundrechten des Diensteanbieters und der Internetnutzer der Vorrang zukommen kann. Das kann etwa dann der Fall sein, wenn einerseits das Angebot des Internetzugangs grundlegend in Frage gestellt und die Informationsfreiheit der Nutzer durch die Mitbetroffenheit legaler Inhalte nennenswert beeinträchtigt wäre und andererseits nur verhältnismäßig wenige oder geringfügige Rechtsverletzungen zu befürchten sind. Die Sperrmaßnahmen dürfen den Internetnutzern nicht unnötig die Möglichkeit vorenthalten, in rechtmäßiger Weise Zugang zu den verfügbaren Informationen zu erhalten.

III. Da die Neuregelung der Haftung des Anbieters eines Internetzugangs durch das Telemediengesetz mit dem Unionsrecht vereinbar ist, ist ein Unterlassungsanspruch der Klägerin gegen den Beklagten ausgeschlossen. Die Klage war **gleichwohl** nicht abzuweisen. Der Klägerin musste nach Ersetzung des Unterlassungsanspruchs durch den Sperranspruch während des laufenden Rechtsstreits aus Gründen des **Vertrauensschutzes** und zur Gewährleistung eines **fairen Verfahrens** Gelegenheit gegeben werden, ihren **Klageantrag neu zu fassen** und zu den **Voraussetzungen eines Sperranspruchs vorzutragen**. In der Revisionsinstanz ist das nicht möglich. Deshalb

musste das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Werbeblocker II (Urteil vom 19. April 2018 - I ZR 154/16)

Die wettbewerbsrechtliche Entscheidung betrifft die Frage, ob das **Angebot des Werbeblockers AdBlock Plus** als **gezielte Behinderung von Mitbewerbern** oder als **aggressive geschäftliche Handlung** gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb verstößt.

I. Die Klägerin, ein Verlag, velegt Zeitungen und Zeitschriften und stellt ihre redaktionellen Inhalte auch auf ihren Internetseiten zur Verfügung. Dieses Angebot finanziert sie mit dem Entgelt, das sie von anderen Unternehmen für die Veröffentlichung von Werbung auf diesen Internetseiten erhält.

Die Beklagte vertreibt das Computerprogramm AdBlock Plus, mit dem Werbung auf Internetseiten unterdrückt werden kann. Werbung, die von den Filterregeln erfasst wird, die in einer sogenannten Blacklist enthalten sind, wird automatisch blockiert. Die Beklagte bietet Unternehmen die Möglichkeit, ihre Werbung von dieser Blockade durch Aufnahme in eine sogenannte Whitelist ausnehmen zu lassen. Voraussetzung hierfür ist, dass diese Werbung die von der Beklagten gestellten Anforderungen an eine "akzeptable Werbung" erfüllt und die Unternehmen die Beklagte am Umsatz beteiligen. Bei kleineren und mittleren Unternehmen verlangt die Beklagte für die Ausnahme von der automatischen Blockade nach eigenen Angaben keine Umsatzbeteiligung. Die Klägerin hat mit der Beklagten keine Whitelisting-Vereinbarung getroffen. Daher wird sämtliche Werbung auf ihren Internetseiten beim Betrieb von AdBlock Plus blockiert.

Die Klägerin hält den Vertrieb des Werbeblockers durch die Beklagte für wettbewerbswidrig. Sie hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, ein Computerprogramm anzubieten, das Werbeinhalte auf ihren Webseiten unterdrückt. Hilfsweise hat sie das Verbot beantragt, ein solches Computerprogramm anzubieten, wenn und soweit Werbung nur nach von der Beklagten vorgegebenen Kriterien und gegen Zahlung eines Entgelts der Klägerin nicht unterdrückt wird. Ferner hat die Klägerin die Erteilung von Auskünften und die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten beantragt.

In erster Instanz hatte die Klage keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat die Beklagte nach dem Hilfsantrag zur Unterlassung verurteilt und die Schadensersatzpflicht der Beklagten festgestellt. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Der Bundesgerichtshof hat auf die Revision der Beklagten das Berufungsurteil aufgehoben und die Klage auch hinsichtlich des Hilfsantrags abgewiesen.

II. Die Klägerin ist als **Mitbewerber** klagebefugt (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG).

1. Mitbewerber sind Unternehmer, die miteinander in einem **konkreten Wettbewerbsverhältnis** stehen (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG). Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis liegt vor, wenn beide Parteien **gleichartige Waren oder Dienstleistungen** innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen versuchen und daher das **Wettbewerbsverhalten** des einen den anderen **beeinträchtigen**, das heißt im Absatz behindern oder stören kann. Auch wenn die Parteien **keine gleichartige Waren oder Dienstleistungen** innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen versuchen, besteht ein konkretes Wettbewerbsverhältnis, wenn zwischen den Vorteilen, die die eine Partei durch eine Maßnahme für ihr Unternehmen oder das eines Dritten zu erreichen sucht, und den Nachteilen, die die andere Partei dadurch erleidet, eine Wechselwirkung in dem Sinne besteht, dass der eigene Wettbewerb gefördert und der fremde Wettbewerb beeinträchtigt werden kann. Erforderlich ist allerdings, dass ein

wettbewerblicher Bezug zwischen zwischen den verschiedenartigen Waren und Dienstleistungen besteht.

2. Im Streitfall handelt es sich bei dem Angebot werbefinanzierter redaktioneller Inhalte im Internet durch die Klägerin und der Bereitstellung einer Software zur Unterdrückung von Werbung auf Internetseiten durch die Beklagte **nicht um gleichartige Waren oder Dienstleistungen. Gleichwohl** besteht der für die Annahme eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses erforderliche **wettbewerbliche Bezug**. Beide Parteien wenden sich mit ihrem Angebot an Nutzer redaktioneller Gratisangebote, die durch begleitende Werbung finanziert werden. Das Angebot der Beklagten kann den Absatz des Angebots der Klägerin beeinträchtigen, weil der Klägerin dadurch Werbeeinnahmen zur Finanzierung des kostenlosen Angebots redaktioneller Inhalte im Internet entgehen können.

III. Es liegt auch eine **geschäftliche Handlung** vor (§ 3 Abs. 1, § 8 Abs. 1, § 9 Satz 1 UWG).

1. Eine geschäftliche Handlung ist jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens, das mit der **Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen** oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrages über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG).

2. Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass das Angebot der Beklagten zur rechtlichen Beurteilung nicht in eine nicht-kommerzielle, da kostenlos verfügbare Blacklist-Funktion und eine potentiell entgeltlich vertriebene Whitelist-Funktion aufgespalten werden kann. Es handelt sich vielmehr um ein **einheitliches, der Absatzförderung des Unternehmens der Beklagten dienendes Geschäftsmodell**, dessen entgeltlich angebotene Whitelisting-Komponente nur abgesetzt werden kann, wenn zuvor der unentgeltlich abgegebene Bestandteil des Blacklistings zum Einsatz kommt. Für die Annahme einer geschäftlichen Handlung ist der unentgeltliche Charakter einzelner Aktionen des Unternehmers unerheblich, sofern das Geschäftsmodell insgesamt der Förderung der gewerblichen Tätigkeit des Unternehmers dient.

IV. Fraglich war, ob das Angebot des Werbeblockers eine **gezielte Behinderung** der Klägerin im Sinne des § 4 Nr. 4 UWG (§ 4 Nr. 10 UWG aF) darstellt (Hauptantrag). Der Bundesgerichtshof hat diese Frage verneint.

1. Nach § 4 Nr. 4 UWG (§ 4 Nr. 10 UWG aF) unlauter, wer Mitbewerber gezielt behindert. Eine unlautere Behinderung von Mitbewerbern setzt eine Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten der Mitbewerber voraus, die über die mit jedem Wettbewerb verbundene Beeinträchtigung hinausgeht und bestimmte Unlauterkeitsmerkmale aufweist. Unlauter ist die Beeinträchtigung im Allgemeinen dann, wenn **gezielt** der Zweck verfolgt wird, **Mitbewerber** an ihrer Entfaltung zu hindern und sie dadurch zu **verdrängen**, oder wenn die Behinderung **dazu führt**, dass die beeinträchtigten Mitbewerber ihre **Leistung** am Markt durch eigene Anstrengung **nicht mehr in angemessener Weise zur Geltung bringen können**. Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, lässt sich nur aufgrund einer Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Interessen der Mitbewerber, Verbraucher und sonstiger Marktteilnehmer sowie der Allgemeinheit beurteilen

2. Eine **Verdrängungsabsicht** liegt nicht vor. Das Verhalten der Beklagten ist in erster Linie nicht auf die Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltung der Klägerin,

sondern auf die Förderung des eigenen Wettbewerbs gerichtet. Die Beklagte erzielt Einnahmen, indem sie gegen Entgelt die Möglichkeit der Freischaltung von Werbung durch die Aufnahme in die Whitelist eröffnet. Das Geschäftsmodell der Beklagten setzt demnach die Funktionsfähigkeit der Internetseiten der Klägerin voraus.

2. Die Beklagte wirkt mit dem Angebot des Programms nicht **unmittelbar** auf die von der Klägerin angebotenen Dienstleistungen ein.

a) Eine produktbezogene Behinderung durch **unmittelbare Einwirkung auf das Produkt** des Wettbewerbers kommt in Betracht, wenn dieses vernichtet, beiseite geschafft, verändert oder beschädigt wird. Die Beeinträchtigung muss in diesen Fällen **unmittelbar vom Wettbewerber** ausgehen, dieser also **direkt auf das Produkt einwirken**.

b) Eine unmittelbare Einwirkung durch die Beklagte liegt im Streitfall schon deshalb nicht vor, weil der Einsatz des Werbeblockers in der **autonomen Entscheidung der Internetnutzer** liegt. Eine Beeinträchtigung, die sich erst aufgrund der freien Entscheidung eines weiteren Marktteilnehmers ergibt, stellt grundsätzlich keine unlautere Behinderung dar.

3. Die **mittelbare** Beeinträchtigung des Angebots der Klägerin ist nicht unlauter.

a) Eine **mittelbare Produkteinwirkung** kann im Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen liegen, die geeignet sind, Dritten einen **unberechtigten Zugang** zu einer entgeltlich angebotenen Leistung zu verschaffen. Unlauter ist regelmäßig auch die Bereitstellung eines Produkts, das auf das Produkt eines Mitbewerbers einwirkt, wenn dabei eine **Schutzvorkehrung unterlaufen** wird, die eine solche Einwirkung auf das Produkt verhindern soll.

Auch diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Insbesondere unterläuft das Programm keine gegen Werbeblocker gerichteten Schutzvorkehrungen des Internetangebots der Klägerin.

b) Die vorzunehmende **Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls** unter Berücksichtigung der Interessen der Mitbewerber, Verbraucher und sonstiger Marktteilnehmer sowie der Allgemeinheit führt gleichfalls zu dem Ergebnis, dass im Streitfall keine unlautere Behinderung in Form der mittelbaren Produkteinwirkung vorliegt.

Im Rahmen der Anwendung des lauterkeitsrechtlichen Behinderungstatbestands ist - wie auch im Falle anderer unbestimmter Rechtsbegriffe des Zivilrechts - die Ausstrahlungswirkung der **Grundrechte** zu beachten. Auf Seiten der **Klägerin** als Medienunternehmen sind die Grundrechte der **Pressefreiheit** (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) und der **Berufsfreiheit** (Art. 12 Abs. 1 GG) betroffen. Hinsichtlich der **Beklagten** ist ebenfalls das Grundrecht der **Berufsfreiheit** (Art. 12 Abs. 1 GG) zu berücksichtigen. Auf Seiten der **Internetnutzer** ist das **Interesse, von - zumal aufdringlicher - Werbung verschont zu bleiben**, zu berücksichtigen.

Bei der **Gewichtung** der betroffenen Rechte und Interessen ist auf Seiten der **Beklagten** zu berücksichtigen, dass das Verbot, die Software zu vertreiben, ihre Berufsfreiheit erheblich beeinträchtigen würde. Auf Seiten der **Klägerin** ist der Grundsatz zu beachten, dass Unternehmen sich den Herausforderungen des Marktes stellen müssen, der von der Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung und der Kraft der Innovation lebt. Unternehmen kann es daher zuzumuten sein, **Maßnahmen** zu entwickeln, mit deren Hilfe sie negativen Auswirkungen von Handlungen eines Wettbewerbers

entgegenwirken können. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist es der Klägerin technisch möglich, **Nutzer, die Werbeblocker einsetzen, von der Wahrnehmung kostenloser redaktioneller Inhalte auszuschließen**. Ferner ist es Anbietern redaktioneller Inhalte im Internet nach den Feststellungen des Berufungsgerichts möglich, **durch die Einführung von Bezahlangeboten für Einnahmen zu sorgen**. Auf Seiten der Nutzer ist zu berücksichtigen, dass deren Interesse, werbliche Inhalte nicht zur Kenntnis nehmen zu müssen, beeinträchtigt wäre, wenn ihnen der Werbeblocker nicht zur Verfügung stünde; sie hätten nur die Wahl, redaktionelle Inhalte auf den Internetseiten der Klägerin entweder gemeinsam mit unerwünschter Werbung oder gar nicht aufzurufen. **Nutzer** haben zwar **keinen Anspruch** darauf, vor aufdringlicher Werbung verschont zu werden, wenn sie freiwillig ein werbefinanziertes Angebot in Anspruch nehmen. Umgekehrt hat aber auch die **Klägerin keinen Anspruch** darauf, dass Nutzer die Werbung zur Kenntnis nehmen und keinen Werbeblocker einsetzen, wenn sie keine technischen Maßnahmen gegen eine Verwendung von Werbeblocken ergreift.

Die **Abwägung** der betroffenen Rechte und Interessen im Rahmen der Gesamtwürdigung führt nach Ansicht des Bundesgerichtshofs zu dem Ergebnis, dass das Lauterkeitsrecht ein Verbot der angegriffenen Software unter dem Aspekt der zielgerichteten Behinderung nicht rechtfertigt. Die **Klägerin** ist es auch mit Blick auf das Grundrecht der Pressefreiheit **zumutbar**, den vom Einsatz des Programms der Beklagten ausgehenden Beeinträchtigungen zu begegnen, indem sie die ihr möglichen **Abwehrmaßnahmen** ergreift und den Abruf ihres Internetangebots durch Nutzer von Werbeblockern verhindert oder ihr Angebot nicht durch Werbung, sondern durch Nutzungsentgelte finanziert. Auf diese Weise kann sie ihre Leistung am Markt durch eigene Anstrengung weiterhin in angemessener Weise zur Geltung bringen.

V. Zu prüfen war ferner, ob das Angebot des Werbeblockers - wie das Berufungsgericht angenommen hatte - eine **aggressive geschäftliche Handlung** gemäß § 4a UWG gegenüber Unternehmen darstellt, die an der Schaltung von Werbung auf den Internetseiten der Klägerin interessiert sind (Hilfsantrag).

1. § 4a UWG (vgl. § 4 Nr. 1 UWG aF in Verbindung mit Art. 8 und 9 der Richtlinie 2005/29/EG) verbietet aggressive geschäftliche Handlungen, die geeignet sind, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die dieser andernfalls nicht getroffen hätte. Im Streitfall kam allein in Betracht, dass die geschäftliche Handlung **aggressiv** ist, weil sie im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände geeignet ist, die **Entscheidungsfreiheit** eines sonstigen Marktteilnehmers **durch unzulässige Beeinflussung** erheblich zu beeinträchtigen (§ 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG). Eine unzulässige Beeinflussung setzt voraus, dass der Unternehmer eine **Machtposition** gegenüber dem sonstigen Marktteilnehmer zur Ausübung von Druck in einer Weise **ausnutzt**, die die Fähigkeit des sonstigen Marktteilnehmers zu einer informierten **Entscheidung** wesentlich **einschränkt** (§ 4a Abs. 1 Satz 3 UWG).

2. Diese Voraussetzung war nach Ansicht des Bundesgerichtshofs im Streitfall nicht erfüllt. Die Beklagte hat zwar gegenüber den werbewilligen Unternehmen aufgrund des Werbeblockers **möglicherweise** eine **Machtposition** inne; sie nutzt eine solche Machtposition aber **jedenfalls nicht** in einer Weise aus, die die **Fähigkeit** dieser Unternehmen **zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränkt**. Im Falle einer geschäftlichen Handlung gegenüber sonstigen Marktteilnehmern ist von einer durchschnittlichen geschäftlichen Erfahrung der beteiligten Unternehmen

auszugehen. Wird ein Unternehmen, das die Schaltung von Werbung im Internet beabsichtigt, mit dem Phänomen der Werblocker konfrontiert, ist davon auszugehen, dass die zur Verfügung stehenden Optionen kaufmännisch betrachtet und abgewogen werden. Es kann nicht angenommen werden, dass die Urteilsfähigkeit der handelnden Personen beeinträchtigt wird und diese zu irrationalen Handlungen verleitet werden.

ORTLIEB (Urteil vom 15. Februar 2018 - I ZR 138/16)

Die Entscheidung betrifft die Frage, ob es das Recht an einer Marke verletzt, wenn bei Eingabe eines mit der Marke identischen Suchworts in eine Suchmaschine in der Trefferliste auch Werbung für Produkte von Wettbewerbern des Markeninhabers angezeigt wird.

I. Die Klägerin ist Inhaberin einer ausschließlichen Lizenz an der deutschen Wortmarke "ORTLIEB", die unter anderem für Taschen und Transportsäcke eingetragen ist. Sie vertreibt unter dieser Marke wasserdichte Taschen und Transportbehälter.

Die Beklagten sind Gesellschaften des Amazon-Konzerns. Die Beklagte zu 3 betreibt die Internetseite "amazon.de" und die auf dieser Internetseite bereitgestellte Suchmaschine. Die Beklagte zu 1 bietet auf dieser Internetseite mit dem Hinweis "Verkauf und Versand durch Amazon" Produkte an. Die Beklagte zu 2 unterhält auf dieser Internetseite einen Marktplatz ("Amazon Marketplace"), auf dem Dritte ihre Waren anbieten.

Die Klägerin wendet sich dagegen, dass im Jahr 2014 nach Eingabe des Suchbegriffs "Ortlieb" in die seiteninterne Suchmaschine in der Trefferliste auch Angebote von Taschen und Transportsäcken anderer Hersteller erschienen und zwar sowohl Angebote der Beklagten zu 1 als auch Angebote von Drittanbietern. Sie sieht darin eine Verletzung des Rechts an ihrer Marke "ORTLIEB" und nimmt die Beklagten auf Unterlassung in Anspruch.

Die Vorinstanzen hatten der Klage stattgegeben. Der Bundesgerichtshof hat auf die Revision der Beklagten das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

II. Zunächst war zu prüfen, ob die **Beklagte zu 3** gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 5 MarkenG auf **Unterlassung** haftet. Das setzt voraus, dass die Beklagte zu 3 ohne Zustimmung der Klägerin als Inhaberin der Marke im geschäftlichen Verkehr ein mit der Marke identisches Zeichen für Waren benutzt hat, die mit den Waren identisch sind, für die die Marke Schutz genießt.

1. Das Zeichen "Ortlieb" wurde **als Schlüsselwort benutzt**, so dass bei Eingabe eines dem Zeichen entsprechenden Suchworts in die Suchmaschine mit dem Schlüsselwort verknüpfte Anzeigen auf der Internetseite dargestellt wurden. Das Zeichen wurde **ohne Zustimmung der Klägerin** als Inhaberin der Marke „ORTLIEB“ benutzt. Das Zeichen wurde **im geschäftlichen Verkehr**, also im Zusammenhang mit einer auf einen wirtschaftlichen Vorteil gerichteten kommerziellen Tätigkeit und nicht im privaten Bereich verwendet; bei Eingabe des Zeichens in die Suchmaske wurden Werbeanzeigen auf der Internetseite eingeblendet. Das Zeichen "Ortlieb" wurde **für Waren** benutzt; in den eingeblendeten Anzeigen wurde für Waren geworben. Das als Schlüsselwort benutzte **Zeichen "Ortlieb"** ist **mit der Marke "ORTLIEB" identisch**; der Umstand, dass das Zeichen "Ortlieb" klein und die Marke "ORTLIEB" groß geschrieben ist, steht der Annahme von Identität nicht entgegen. Die **Waren**, für die die Marke Schutz genießt, sind **mit den Waren**, für die das Zeichen benutzt worden ist, **identisch**; es handelt sich jeweils um Taschen und Transportbehälter.

2. Schwieriger zu beurteilen ist die Frage, **wer** das Zeichen „Ortlieb“ im geschäftlichen Verkehr **benutzt** hat.

a) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist dann, wenn - wie hier - ein mit der Marke identisches Zeichen als Schlüsselwort gespeichert wird und

anhand dieses Zeichens Werbeanzeigen einblendet werden, derjenige Benutzer des Zeichens, **der das Zeichen im Rahmen der eigenen kommerziellen Kommunikation benutzt**. Das ist regelmäßig derjenige, **der das die Werbeanzeige auslösende Schlüsselwort ausgewählt hat**.

Derjenige, **der das Zeichen als Schlüsselwort speichert**, ist **nicht zwangsläufig** derjenige, der das Zeichen für seine kommerziellen Zwecke als Schlüsselwort ausgewählt hat. Bietet der Betreiber einer Suchmaschine den Anbietern von Waren die Speicherung eines Schlüsselworts an, so dass bei Eingabe eines dem Schlüsselwort entsprechenden Suchworts eine Werbung des Anbieters angezeigt wird, ist nicht der das Schlüsselwort speichernde Suchmaschinenbetreiber, sondern der das Schlüsselwort für seine Werbezwecke auswählende Warenanbieter Benutzer des Zeichens.

Im Streitfall war allerdings davon auszugehen, dass das Zeichen „Ortlieb“ von der **Beklagten zu 3** als Betreiberin der seiteninternen Suchmaschine als **das die Werbeanzeigen auslösende Schlüsselwort ausgewählt** worden ist. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nehmen die Unternehmen, die auf der Internetseite "www.amazon.de" ihre Produkte anbieten, keinen Einfluss auf die durch die Verwendung der seiteninternen Suchmaschine erzeugte Ergebnisliste. Die Auswahl der in der Trefferliste angezeigten Suchergebnisse beruht vielmehr auf einer von der Beklagten zu 3 als Betreiberin der Suchmaschine veranlassten automatisierten Auswertung des Kundenverhaltens. Demnach veranlasst die Beklagte zu 3, dass das Schlüsselwort „Ortlieb“ bei Eingabe eines diesem Schlüsselwort entsprechenden Suchworts diese Werbeanzeigen auslöst. Damit wählt sie das diese Werbeanzeigen auslösende Schlüsselwort „Ortlieb“ aus.

Die **Beklagte zu 3** hat das Zeichen auch **im Rahmen ihrer eigenen kommerziellen Kommunikation** verwendet. Dem steht nicht entgegen, dass die Werbeanzeigen nicht von der Beklagten zu 3 stammen. Die Beklagte zu 3 verwendet das Zeichen zur Bewerbung der auf ihrer Internetseite eingestellten Angebote. Die Veröffentlichung der Werbung eines Dritten stellt eine **eigene kommerzielle Kommunikation zur Förderung fremden Wettbewerbs** dar, wenn, wie im Streitfall, die Dritten auf diese Veröffentlichung keinen Einfluss haben. Zudem erhöht die Beklagte zu 3 durch diese Beeinflussung des Suchergebnisses unter Berücksichtigung der Suchinteressen der Nutzer die **Attraktivität ihrer Internetseite**. Auch darin liegt eine eigene kommerzielle Kommunikation der Beklagten zu 3.

3. Ein Unterlassungsanspruch ist allerdings nur begründet, wenn die Benutzung des Zeichens "Ortlieb" durch die Beklagte zu 3 eine der **Funktionen** der Marke "ORTLIEB" beeinträchtigt oder beeinträchtigen könnte.

a) Nach der **Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union** kann der Inhaber einer Marke der Benutzung eines **mit dieser Marke identischen Zeichens** nur widersprechen, wenn diese Benutzung **eine der Funktionen der Marke beeinträchtigen** kann. Zu den Funktionen der Marke gehören neben der Hauptfunktion, der Gewährleistung der Herkunft der Ware oder Dienstleistung, auch ihre anderen Funktionen wie unter anderem die Gewährleistung der Qualität der mit ihr gekennzeichneten Ware oder Dienstleistung oder die Kommunikations-, Investitions- oder Werbefunktion.

b) Das **Berufungsgericht** hat allein darin, dass den Nutzern bei Eingabe des mit der Marke identischen Zeichens "Ortlieb" in die von der Beklagten zu 3 betriebene seiteninterne Suchmaschine auch **Angebote anderer Hersteller** gezeigt werden, eine

Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion der Marke gesehen. Mit dieser Begründung kann nach Ansicht des Bundesgerichtshofs eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion der Marke nicht bejaht werden.

aa) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union erfordert die Beurteilung, ob die Herkunftsfunktion einer Marke beeinträchtigt wird, wenn Internetnutzern anhand eines mit der Marke identischen oder der Marke ähnlichen **Schlüsselworts** eine **Anzeige** eines Dritten gezeigt wird, eine **zweistufige Prüfung**: **Zunächst** hat das Gericht festzustellen, ob bei einem normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer aufgrund der allgemein bekannten Marktmerkmale das **Wissen** zu unterstellen ist, **dass der Werbende und der Markeninhaber** nicht miteinander wirtschaftlich verbunden sind, sondern **miteinander im Wettbewerb stehen**. Falls ein solches allgemeines Wissen fehlt, hat das Gericht **sodann** festzustellen, ob für den Internetnutzer aus der Werbeanzeige **erkennbar** ist, dass die vom Werbenden angebotenen **Waren oder Dienstleistungen nicht vom Markeninhaber oder mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen** stammen. Diese Beurteilung hängt von der **Gestaltung der Anzeige** ab. Ist aus der Anzeige für einen normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer **nicht oder nur schwer zu erkennen**, ob die dort beworbenen Waren oder Dienstleistungen vom Inhaber der Marke oder von einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen oder vielmehr von einem Dritten stammen, ist die herkunftshinweisende Funktion der Marke beeinträchtigt. Ob nach diesen Grundsätzen eine Beeinträchtigung der herkunftshinweisenden Funktion vorliegt oder vorliegen kann, ist Sache der Würdigung durch das nationale Gericht.

bb) Das **Berufungsgericht** hat angenommen, dass diese **Grundsätze** im Streitfall **nicht anwendbar** sind, weil die **Anzeige der Drittprodukte nicht** auf das **Verhalten der Drittanbieter, sondern** auf die **Auswertung des Kundenverhaltens durch die Beklagten** zurückzuführen ist. Es hat daher nicht geprüft, ob nach diesen Grundsätzen im Streitfall eine Beeinträchtigung der herkunftshinweisenden Funktion vorliegt oder vorliegen kann. Vielmehr hat es allein in dem Umstand, dass bei Eingabe eines der Marke entsprechenden Suchwortes in die Suchmaschine auch Werbeanzeigen für Produkte von Wettbewerbern erscheinen, eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion der Marke gesehen. Der **Bundesgerichtshof** hat das **anders** beurteilt. Die **Grundsätze** zum Keyword-Advertising gelten für denjenigen, der das Keyword-Advertising durch **Auswahl des Schlüsselworts** betreibt, gleich ob das der Anbieter der Waren, der Betreiber der Internetseite oder der Betreiber der Suchmaschine ist. Danach ist zu **prüfen**, ob ein durchschnittlicher Internetnutzer weiß, dass die Werbenden und der Markeninhaber miteinander im Wettbewerb stehen oder ob für einen durchschnittlichen Internetnutzer aus der Werbeanzeige erkennbar ist, dass die vom Werbenden angebotenen Waren nicht vom Markeninhaber oder mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen stammen. Da das Berufungsgericht hierzu - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - keine Feststellungen getroffen hat, musste das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

cc) Der Senat hat für das weitere Verfahren allerdings Hinweise gegeben.

Nach der Rechtsprechung des **Bundesgerichtshofs** zum Keyword-Advertising erwartet der verständige Internetnutzer nach Durchführung einer Suche anhand eines Markenworts mit Hilfe einer **Internet-Suchmaschine** in einem von der Trefferliste räumlich, farblich oder auf andere Weise deutlich abgesetzten und mit dem Begriff

"Anzeigen" gekennzeichneten **Werbeblock** nicht ausschließlich Angebote des Markeninhabers oder mit ihm verbundener Unternehmen. Er hat daher keinen Anlass zu der Annahme, eine bei Eingabe einer Marke als Suchwort in der Anzeigenspalte erscheinende Adword-Anzeige weise allein auf das Angebot des Markeninhabers oder eines mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmens hin. Daraus kann jedoch **nicht** geschlossen werden, dass **immer** dann eine **Beeinträchtigung der herkunftshinweisenden Funktion der Marke** vorliegt, wenn Werbeanzeigen mit Produkten, die nicht vom Inhaber der als Suchwort verwendeten Marke stammen, nicht in einem von der Trefferliste eindeutig getrennten und entsprechend gekennzeichneten Werbeblock erscheinen, sondern **Teil der Trefferliste** sind. Der durchschnittliche Internetnutzer wird bei Verwendung der **seiteninternen Suchmaschine eines Internet-Marktplatzes mit Produkten verschiedener Hersteller** bei Eingabe einer Marke als Suchwort im Allgemeinen auch mit dem Angebot von Alternativen zu Produkten des Markeninhabers rechnen. Eine **Beeinträchtigung der herkunftshinweisenden Funktion der Marke** liegt dann nur vor, wenn er der Werbeanzeige nicht oder nur schwer entnehmen kann, dass das beworbene Produkt nicht vom Inhaber der Marke oder einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen, sondern von einem Dritten stammt. Das ist regelmäßig auszuschließen, wenn das Produkt in den Werbeanzeigen hinreichend deutlich mit einer fremden Marke versehen ist.

4. Falls der Klägerin gegen die Beklagte zu 3 ein Unterlassungsanspruch auf markenrechtlicher Grundlage zusteht, wäre ein Unterlassungsanspruch auch gegen die **Beklagten zu 1 und 2** gegeben.

a) Nach **§ 14 Abs. 7 MarkenG** kann der Unterlassungsanspruch auch gegen den Inhaber des Betriebs geltend gemacht werden, wenn die Verletzungshandlung in einem geschäftlichen Betrieb von einem Angestellten oder Beauftragten begangen wird. Dem Inhaber eines Unternehmens werden danach Zuwiderhandlungen seiner Beauftragten wie eigene Handlungen zugerechnet, weil die arbeitsteilige Organisation des Unternehmens die Verantwortung für die geschäftliche Tätigkeit nicht beseitigen soll. Der Unternehmensinhaber, dem die Geschäftstätigkeit seiner Beauftragten zugutekommt, soll sich bei seiner Haftung nicht hinter von ihm abhängigen Dritten verstecken können. Deshalb ist es unerheblich, wie die Beteiligten ihre Rechtsbeziehungen ausgestaltet haben. Der Unternehmensinhaber haftet gegebenenfalls auch für ohne sein Wissen und gegen seinen Willen von einem Beauftragten begangene Rechtsverstöße.

c) Das Berufungsgericht ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass die **Beklagte zu 3** im Sinne von § 14 Abs. 7 MarkenG als **Beauftragte der Beklagten zu 1 und 2** auf dem Gebiet der Werbung anzusehen ist. Die Beklagte zu 3 betreibt die Internetseite, über die die Beklagte zu 1 Waren vertreibt und über die der von der Beklagten zu 2 betriebene Internet-Marktplatz zugänglich ist. Die Beklagte zu 3 ist damit Teil der arbeitsteilig organisierten Geschäftstätigkeit der Beklagten zu 1 und 2. Ihre Tätigkeit kommt den Beklagten zu 1 und 2 unmittelbar zugute. Die Beklagte zu 3 ist damit als Beauftragte der Beklagten zu 1 und 2 im Sinne von § 14 Abs. 7 MarkenG anzusehen. Die Beklagten zu 1 und 2 haften daher für von der Beklagten zu 3 begangene Markenrechtsverletzungen.