
Datum: 12.02.2010
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 169/09
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2010:0212.6U169.09.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 81 O 20/09
Normen: BGB §§ 133, 157, 242, 278, 313; MarkenG § 20; UWG § 11; ZPO § 287

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 04.09.2009 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 81 O 20/09 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Klägerin zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Am 28.11.2006 verpflichtete sich der Beklagte gegenüber der Klägerin bei Meidung einer Vertragsstrafe von 5.001,00 €, das Anbieten von Bekleidungsstücken mit der Kennzeichnung ... zu unterlassen. Die Klägerin hat behauptet, entsprechende Werbung sei noch am 30.11.2006 auf der Internetseite *emax24.de* abrufbar gewesen, die dem Beklagten über die Plattform *affili.net* als Partnerseite vermittelt worden war. Am 06.01.2009 verlangte die Klägerin erstmals Zahlung der Vertragsstrafe. Das Landgericht hat die am 12.02.2009

1

2

3

eingereichte Klage abgewiesen; der Anspruch sei verwirkt.

II.

Die zulässige Berufung der Klägerin bleibt in der Sache ohne Erfolg.

1. Nach der Berufungsverhandlung hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 14.01.2010 – I ZR 82/08 – entschieden, dass die Verwendung der Buchstabenfolge ... auf Kleidungsstücken keine Markenverletzung darstellt. Es kann offen bleiben, ob dem Beklagten deshalb ein Festhalten an dem Unterlassungsvertrag vom 28.11.2006 unzumutbar geworden ist (§ 313 BGB) und ob sich das auf die streitgegenständliche Vertragsstrafe auswirken könnte. Denn unabhängig davon ist eine Zuwiderhandlung des Beklagten gegen seine strafbewehrte vertragliche Unterlassungspflicht nicht festzustellen, und zwar auch dann nicht, wenn der undatierte Bildschirm Ausdruck mit der Seite *emax24.de* (Anlage K 6) tatsächlich – wie von der Klägerin unter Zeugenbeweis gestellt – vom Abend des 30.11.2006 stammt und die im Internet zu diesem Zeitpunkt abrufbare Seite wiedergibt. In Auslegung der Unterlassungserklärung kann das Strafversprechen des Beklagten zwar grundsätzlich auch auf die Benutzung von T-Shirt-Abbildungen mit dem ...-Zeichen auf Internetseiten seiner Werbepartner bezogen werden; doch ist ihm in dieser Hinsicht kein schuldhafter Verstoß anzulasten.

2. Der Beklagte hat für die Inhalte von Partnerseiten wie *emax24.de* nicht wie für eigenes Verhalten einzustehen. Die Betreiber solcher Seiten (in den *affili.net*-AGB [Anlage B 2] als "Publisher", sonst auch als "Affiliate" bezeichnet) sind im Rahmen ihrer Anmeldung zu dem (über Plattformen wie *affili.net* betriebenen) Partnerprogramm des Anbieters ("Advertiser" oder "Merchant") zwar als dessen Beauftragte (§ 14 Abs. 7 MarkenG, § 8 Abs. 2 UWG) anzusehen (BGH, GRUR 2009, 1167 = WRP 2009, 1520 [Rn. 21] – Partnerprogramm). Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB) in Bezug auf vom Anbieter vertraglich übernommene Unterlassungspflichten sind sie aber nicht, soweit keine Neuvernahme (vgl. BGH, GRUR 1998, 963 [964] = WRP 1998, 864 – Verlagsverschulden II für einen nach dem Unterlassungsvertrag neu erteilten Anzeigenauftrag), sondern nur die Beibehaltung der zu unterlassenden Werbung in Rede steht (vgl. BGH, GRUR 2003, 545 f. = WRP 2003, 756 – Hotelfoto für in einem bereits ausgelieferten Gastronomieführer verwendete Fotos; Senat, Urteil vom 11.03.2009 – 6 U 222/08, BeckRS 2009, 86082 = GRUR 2010, 85 Ls. für die Gestaltung einer Seite bei Ebay). So liegt es hier: Dem Vortrag des Beklagten, dass seine Werbepartner die Bilddatei mit dem inkriminierten Werbefoto vor dem 28.11.2006 heruntergeladen haben müssten, er sie nach Abschluss des Unterlassungsvertrages also nicht mehr aktiv an sie weitergegeben habe, ist die Klägerin nicht im Einzelnen entgegengetreten, so dass er als zugestanden gilt (§ 138 Abs. 3 ZPO).

3. Dies entband den Beklagten als vertraglichen Unterlassungsschuldner nicht von seiner eigenen Pflicht, jeden auf Grund seines Vorverhaltens drohenden Verletzungsfall nach Kräften abzuwenden und dabei in angemessenem und zumutbarem Umfang auch auf außerhalb seiner Betriebsorganisation stehende Dritte einzuwirken (vgl. Senat, GRUR-RR 2008, 365 f. m.w.N.). Im Streitfall war mit bereits heruntergeladenen Werbefotos auf den Seiten der Werbepartner zu rechnen; auf eine Beseitigung bei den für sein Partnerprogramm angemeldeten Partnern hinzuwirken, war dem Beklagten (gemäß Nr. 4.3, 5.2, 12.2, 12.3 der *affili.net*-AGB) nicht prinzipiell unmöglich.

Ein für den geltend gemachten Verletzungsfall ursächliches Versäumnis in diese Richtung ist dem Beklagten indessen nicht vorzuwerfen. Nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin muss davon ausgegangen werden, dass nach Abschluss des Unterlassungsvertrages nur ein

einziges vom Vertrag erfasstes Werbefoto auf der Seite eines Werbepartners des Beklagten bis zum Ablauf des 30.11.2006 verblieben war. Der Betreuer seines Internetauftritts hat bestätigt (Anlage B 5), am 24.11.2006 in seinem Auftrag alle seine *affili.net*-Partner per E-Mail aufgefordert zu haben, jede Verwendung des T-Shirts mit dem ...-Zeichen zu unterlassen und alle damit zusammenhängenden Daten zu löschen, weil das Motiv aus urheberrechtlichen Gründen nicht mehr verwendet werden dürfe. Es bedarf keiner Entscheidung, ob dem Beklagten weitergehende Maßnahmen, insbesondere eigene Kontrollen seiner Partnerseiten und gegebenenfalls ein Nachfassen bei den Betreibern unter eindringlichem Hinweis auf die bestehenden vertraglichen Verpflichtungen zuzumuten waren. Denn dass gehörige Anstrengungen des Beklagten den in Rede stehenden Verbleib eines Werbefotos auf einer Partnerseite bis zum 30.11.2006 hätten verhindern können, liegt fern. Zu berücksichtigen ist dabei, dass das (nach §§ 133, 157 BGB) auszulegende Vertragsstrafeversprechen sich mangels anderer Anhaltspunkte nur auf Handlungen des Beklagten nach Zustandekommen der Vereinbarung im Laufe des 28.11.2006 bezog (vgl. BGH, GRUR 2006, 878 [Rn. 17 ff.] = WRP 2006, 1139 – Vertragsstrafevereinbarung), so dass er auch erst ab diesem Zeitpunkt gehalten war, bei mit ihm lediglich kooperierenden Dritten auf die Beseitigung vertragsverletzender Inhalte zu dringen. Selbst wenn die bereits am 24.11.2006 erfolgte Verständigung der Werbepartner in diese Richtung nicht ausreichend gewesen wäre, so kann doch – im Sinne einer hypothetischen Kausalitätsbetrachtung – nicht angenommen werden, dass gebotene Maßnahmen des Beklagten in der Zeit nach Abschluss des Unterlassungsvertrages am 28.11.2006 den vom Bevollmächtigten der Klägerin am Abend des 30.11.2006 entdeckten vermeintlichen Verstoß hätten verhindern können; dagegen spricht schon, dass eine nach Vertragsabschluss versandte briefliche Aufforderung die Werbepartner unter Zugrundelegung normaler Postlaufzeiten nicht vor dem 30.11.2006 erreicht hätte und ihre Umsetzung durch die Adressaten noch am selben Tag nicht erwartet werden konnte.

Entgegen der von der Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 22.01.2008 dargelegten Auffassung haben diese Erwägungen mit dem "Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens" nichts zu tun. Es geht vielmehr um die Frage, ob der Beklagte allen Handlungspflichten nachgekommen ist, die ihm durch den mit der Klägerin geschlossenen Vertrag oblagen. Relevant ist aber nur eine Verletzung solcher Handlungspflichten, die den schon vor Vertrags- schluß herbeigeführten Rechtsverletzungstatbestand – die Fotos auf der Partnerseite – auch tatsächlich beseitigt hätten. Diese Frage ist hier in entsprechender Anwendung der Grundsätze des § 287 ZPO zu verneinen. Die von der Klägerin vertretene Meinung, damit werde gegen die Regel verstoßen, dass der Schuldner eines Unterlassungsvertrages beweisen müsse, einen nachfolgenden Verstoß nicht schuldhaft begangen zu haben, geht fehl. Sie berücksichtigt nicht, dass es im Streitfall um die Verletzung von Handlungspflichten geht – die über den Wortlaut eines Unterlassungsvertrages hinaus bestehen können -, deren Erfolgskausalität immer nur hypothetisch beurteilt werden kann.

10

4. Fehlt es nach alledem an einem relevanten Verstoß des Beklagten gegen seine vertragliche Unterlassungspflicht, so kann im Ergebnis offen bleiben, ob ein am 30.11.2006 entstandener Vertragsstrafenanspruch der Klägerin jetzt noch durchsetzbar wäre. Soweit die Berufung die vom Landgericht angenommene Verwirkung des eventuellen Anspruchs der Klägerin mit dem Argument angreift, dass es dafür am sogenannten Umstandsmoment fehle, verkennt sie allerdings, dass die Forderung einer Vertragsstrafe sich auch ohne Bildung eines schutzwürdigen Besitzstandes des Unterlassungsschuldners als unzulässige Rechtsausübung (§ 242 BGB) darstellen kann: Ausgehend vom Zweck der Vertragsstrafe, eine Wiederholung des sanktionierten Verhaltens zu verhindern, kann einerseits von dem

11

Gläubiger ihre zeitnahe Geltendmachung nach einem Verstoß erwartet werden; andererseits ist dem Schuldner ein berechtigtes Interesse zuzubilligen, möglichst bald nach dem als Zuwiderhandlung in Frage kommenden Verhalten vom Gläubiger zu erfahren, ob er zur Verantwortung gezogen werde (BGH GRUR 1998, 471 [474] = WRP 1998, 164 – Modenschau im Salvatorkeller; OLG Frankfurt / Main, GRUR 1996, 996 – Verwirkung des Vertragsstrafenanspruchs). Geschieht dies zunächst – hier über einen Zeitraum, der das Vierfache der wettbewerbsrechtlichen (§ 11 UWG) und zwei Drittel der regelmäßigen (§ 195 BGB, § 20 MarkenG) Verjährungsfrist umfasst – nicht, so kann sich die spätere Inanspruchnahme des Schuldners zumal bei Unterlassungsverpflichtungen, deren Inhalt auslegungsbedürftig und deren Verletzung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht umstritten ist, als rechtsmissbräuchlich darstellen, ohne dass es noch auf zusätzliche Umstände wie eine besondere "Vertrauensinvestition" des Schuldners ankommt.

III.	12
Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.	13
Das Urteil betrifft Fragen tatrichterlicher Rechtsanwendung im Einzelfall; eine Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO war nicht veranlasst.	14