
Datum: 24.01.2019
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 20. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 20 U 53/18
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2019:0124.20U53.18.00

Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Auf die Berufung der Antragsgegnerinnen wird unter Abänderung des Urteils der 8. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf vom 20. April 2018 der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens tragen die Antragstellerinnen je zur Hälfte.

G r ü n d e : 1

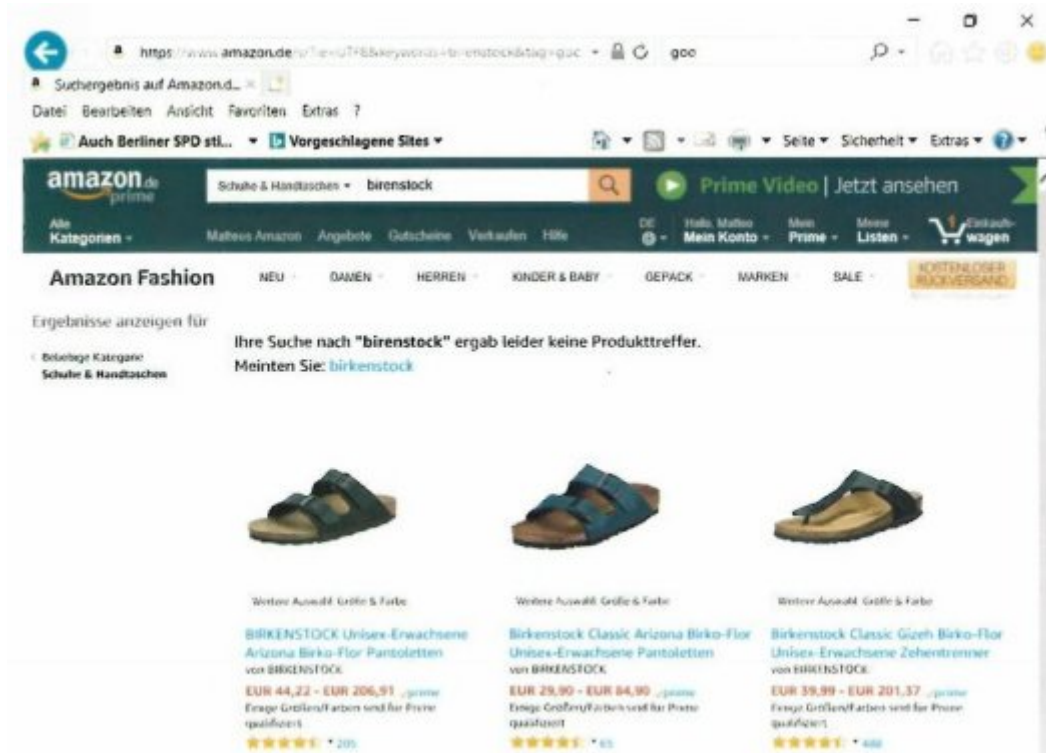
I. 2

Die Antragstellerinnen sind Teil der Birkenstockgruppe. Für diese hält und verwaltet die Antragstellerin zu 1 u.a. die Unionswortmarken „Birkenstock“ mit der Registernummer 8284457 sowie „BIRKENSTOCK“ mit der Registernummer 13152459, beide unter anderem eingetragen für „Schuhwaren“ und für „Schuhe; Sandalen; Slipper“. Die Antragstellerin zu 2 vertreibt weltweit die Produkte der Birkenstockgruppe und nutzt dafür mit Zustimmung der Antragstellerin zu 1 die gerade genannten Marken sowie das Unternehmenskennzeichen „Birkenstock“. 3

Die Antragsgegnerinnen sind Teil des Amazon-Konzerns, der unter der Webadresse amazon.de einen an den deutschen Markt gerichteten virtuellen Marktplatz unterhält. Darüber verkauft die Antragsgegnerin zu 2 diejenigen Waren, die mit „Verkauf und Versand durch Amazon“ oder mit „Warehause Deals“ bezeichnet sind. Die Antragsgegnerin zu 1 organisiert den Amazon Marketplace, über den Dritte Waren auf dem virtuellen Marktplatz anbieten können. Die Antragsgegnerin zu 3 ist der Betreiber der unter der Domain amazon.de 4

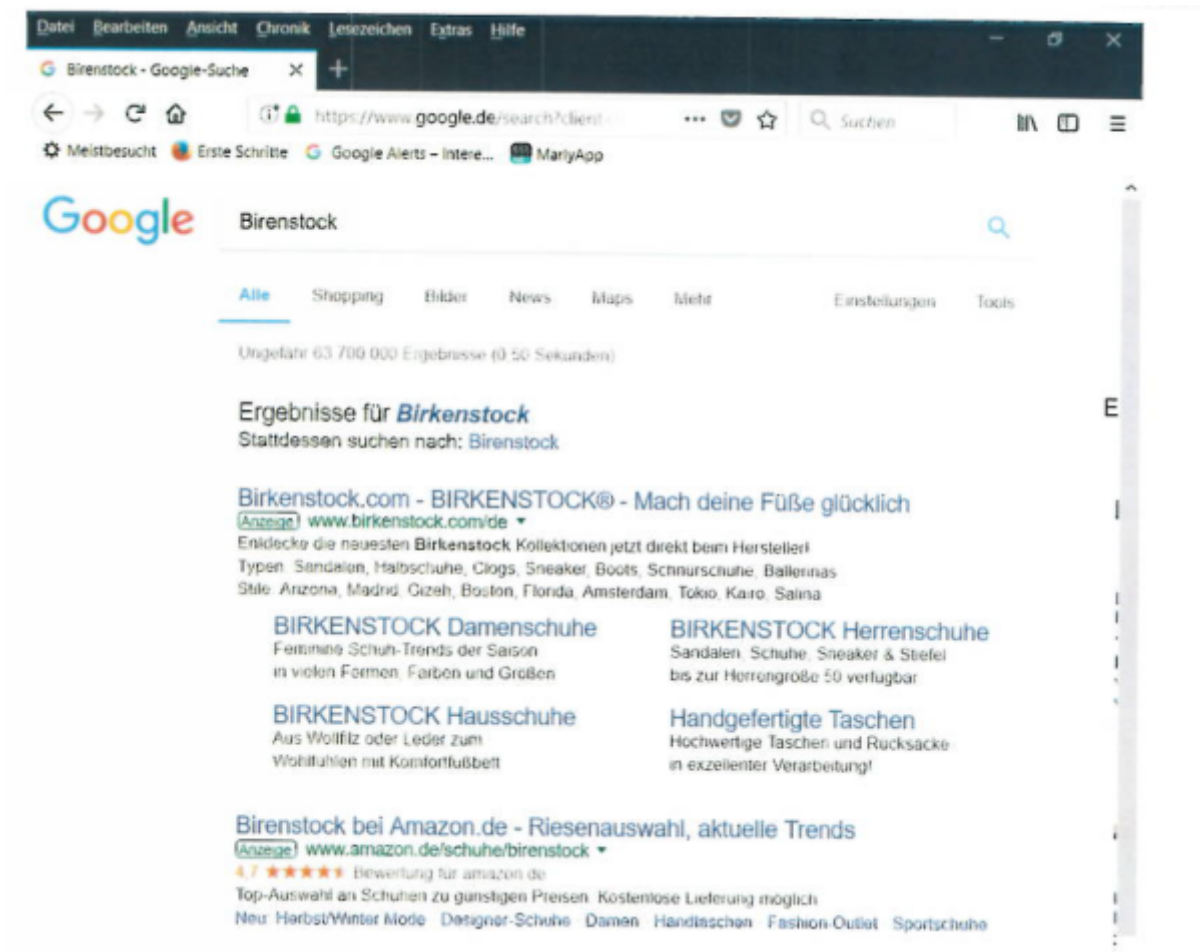
erreichbaren Webpräsenz und schaltet Adword-Anzeigen auf der Internet-Suchmaschine Google.

Am 12. Januar 2018 war in der Suchmaschine Google eine Adword-Werbung geschaltet, die nach Eingabe des Suchwortes „Birenstock“ zum Erscheinen der in dem Antrag wiedergegebenen Anzeige in der Trefferliste führte. Bei einem Klick auf die Anzeige wurde der Nutzer auf den virtuellen Marktplatz amazon.de wie folgt weitergeleitet:



Die Antragstellerinnen haben beantragt,

den Antragsgegnerinnen im Wege der einstweiligen Verfügung unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr in Deutschland unter dem Zeichen „birenstock“ selbst oder für Dritte Schuhwaren anzubieten und/oder zu bewerben und/oder solche Handlungen durch Dritte vornehmen zu lassen, wenn das Zeichen in Werbetexten von Internetanzeigen wie nachstehend wiedergegeben verwendet wird:



- Die Antragsgegnerinnen haben beantragt, 10
- den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung zurückzuweisen. 11
- Sie haben gemeint, die Benutzung als Suchwort verletze die geltend gemachten 12
- Schutzrechte der Antragstellerinnen nicht.
- Mit dem angefochtenen Urteil – ergänzt durch Beschluss vom 30. April 2018 - hat das 13
- Landgericht die beantragte einstweilige Verfügung erlassen. Zur Begründung hat es
- ausgeführt:
- Das angerufene Gericht sei international zuständig; hinsichtlich des auf eine Unionsmarke 14
- gestützten Antrages der Antragstellerin zu 1. ergebe sich dies aus Art. 131 Abs. 1 UMV,
- hinsichtlich des auf eine geschäftliche Bezeichnung gestützten Antrages der Antragstellerin
- zu 2. aus Art. 7 Nr. 2 EuGVVO. Das Verfahren 38 O 20/18 LG Düsseldorf (= I-20 U 54/18
- OLG Düsseldorf) stehe diesem Verfahren nicht entgegen, da sie unterschiedliche
- Streitgegenstände betreffen; ob die Beanstandung in den Kernbereich der Entscheidung jenes
- Verfahrens falle, sei unerheblich. Im Hinblick auf den drohenden Wegfall der Dringlichkeit
- könne die Antragstellerin zu 1. auch nicht darauf verwiesen werden, in jenem Verfahren –
- möglicherweise erfolglos – die Verhängung von Ordnungsmitteln zu beantragen.
- Der Antrag sei auch begründet. Das beanstandete Verhalten verstoße gegen die 15
- Unionsmarke der Antragstellerin zu 1. (Art. 9 UMV) und das geschäftliche Kennzeichen der
- Antragstellerin zu 2. (§ 15 Abs. 2 MarkenG). Auf Art. 15 UMV könnten sich die
- Antragsgegnerinnen nicht berufen, da die Waren nicht mit „mit „Birkenstock“ gekennzeichnet
- seien. Es liege eine Verwechslungsgefahr vor. Dafür seien nicht nur die Antragsgegnerin zu

3., sondern auch als Geschäftsherrn die Antragsgegnerinnen zu 1. und 2. verantwortlich.

Dagegen richtet sich die Berufung der Antragsgegnerinnen. Sie machen weiterhin geltend, die Herkunftsfunktion der geltend gemachten Schutzrechte werde nicht beeinträchtigt, es gelte die „Suchwort“-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Sie könnten sich auf den Erschöpfungseinwand des Art. 15 UMV berufen, weil der Verkehr wisse, dass es sich bei „Birenstock“ nur um einen Tippfehler für „Birkenstock“ handle. Im Übrigen sei die Sache nicht dringlich, im Hinblick auf das Verfahren 38 O 20/18 LG Düsseldorf bestehe kein Rechtsschutzbedürfnis. Sie beantragen daher,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Die Antragstellerinnen beantragen,

die Berufung zurückzuweisen,

hilfsweise das Verbot aufrechtzuerhalten,

wenn die beworbenen Waren nicht mit Wissen und Wollen einer der Antragstellerinnen in einem der Mitgliedstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums in Verkehr gebracht worden sind.

Sie verteidigen das angefochtene Urteil.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zu den Akten gereichten Schriftsätze der Parteien verwiesen.

Die Antragstellerinnen haben in der mündlichen Verhandlung unter Hinweis auf frühere Schriftsätze die Erschöpfung der als „Birkenstock“ feilgebotenen Schuhe bestritten. Der Senat hat dazu – unter dem Vorbehalt einer Überprüfung auf seine Relevanz – Beweis erhoben.

II.

Die Berufung der Antragsgegnerinnen hat Erfolg.

1.

Allerdings ist das Landgericht Düsseldorf aus den im angefochtenen Urteil dargelegten Gründen, die nicht angegriffen werden, international zuständig.

2.

Der Antrag ist auch zulässig, insbesondere hinreichend bestimmt. Bei mehreren Schutzrechten, auf die sich der Kläger - wie hier die Antragstellerinnen - stützt, handelt es sich um mehrere Streitgegenstände (BGH GRUR 2011, 521 – TÜV).

In der Antragsschrift haben die Antragstellerinnen zwar keine Reihenfolge einer Prüfung der Schutzrechte vorgegeben. Dies war nur zulässig, wenn dies als „kumulative Geltendmachung“ verstanden werden sollte. In diesem Sinne hat das Landgericht den Antrag verstanden. Dies ist in der Berufungsinstanz nicht angegriffen worden.

3.

Den Antragstellerinnen stehen die geltend gemachten Ansprüche jedoch nicht zu. Entgegen der Auffassung des Landgerichts können sich die Antragsgegnerinnen auf Erschöpfung (Art. 18 UMG, § 24 MarkenG) berufen.	33
a) Die Frage, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Erschöpfung der mit den angegriffenen Anzeigen beworbenen Birkenstock-Schuhe vorliegen, ist nicht zulässigerweise zum Gegenstand des Verfahrens gemacht worden.	34
Die Antragsschrift muss in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht die Gesichtspunkte hinreichend deutlich machen, auf die sich der Antragsteller stützen will. Nur wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, kann sich ein Antragsgegner hinreichend gegen den Angriff des Antragstellers verteidigen (vgl. BGH GRUR 2018, 431 – Tiegelgröße Rn. 16 zum Vortrag bei verschiedenen Irreführungsgesichtspunkten). Aufgrund der Antragsschrift hatten die Antragsgegnerinnen keinen Anlass, zu dieser Frage Stellung zu nehmen und die Erschöpfung jedes beworbenen Schuhs darzulegen. Dort wurde davon ausgegangen, bei den mit Birkenstock beworbenen Schuhen handele es sich um „Original Birkenstock-Produkte...“ (Bl. 7 = Bl. 7 GA). Später (S. 11 = Bl. 11 GA) haben die Antragstellerinnen ausgeführt: „Ebenso wenig können sich die Antragsgegnerinnen auf Erschöpfung berufen. Die Antragsgegnerinnen verwenden gerade nicht das möglicherweise erschöpfte Zeichen Birkenstock, das sich auf den Marken befindet, sondern ein anderes, allerdings verwechselbares Zeichen Birenstock. Es kann daher keine Erschöpfung an derartigen Kennzeichen eingetreten sein.“ Diese Einschränkung („möglicherweise erschöpfte ...“; s. auch Bl. 12 = Bl. 12 GA: „selbst im Falle der Erschöpfung“) zeigte nicht hinreichend deutlich an, dass die Antragstellerinnen ihren Antrag auch auf diesen Gesichtspunkt stützen wollten. In der vorausgegangenen Abmahnung war der Gesichtspunkt, ob hinsichtlich der konkret als „Birkenstock“ beworbenen Schuhe Erschöpfung eingetreten war, nicht angesprochen worden. Die rechtliche Argumentation der Antragstellerinnen erstreckte sich allein auf die Frage, ob die Falschschreibung der Kennzeichen in der im Antrag eingeleiteten Anzeige einer Erschöpfung entgegenstand; damit hatte die Frage, ob für die in der nach Anklicken in der Liste als „Birkenstock-Schuh“ gekennzeichneten Schuhe Erschöpfung eingetreten war, nichts zu tun.	35
Wenn die Antragstellerinnen diesen Gesichtspunkt später in das Verfahren eingeführt haben, fehlt es insoweit an einer Dringlichkeit. Entschließt sich ein Antragsteller zur Beantragung einer einstweiligen Verfügung, muss er das beanstandete Verhalten sogleich unter allen in Frage kommenden Gesichtspunkten angreifen (vgl. Berneke/Schüttpelz, Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbssachen, 4. Aufl., Rn. 189, s. auch Rn. 196). Tut er dies nicht, fehlt es insoweit an der Dringlichkeit (OLG Frankfurt WRP 2019, 106).	36
b) Die Tatsache, dass in den angegriffenen Anzeigen die Marken der Antragstellerin zu 1. und das Unternehmenskennzeichen der Antragstellerin zu 2. nicht korrekt wiedergegeben sind, steht der Erschöpfung im vorliegenden Fall nicht entgegen.	37
Zwar wird vielfach geltend gemacht, Änderungen bei den Kennzeichen seien nicht zulässig (vgl. Thiering, in Ströbele/Hacker/Thering, MarkenG, 12. Aufl., § 24 Rn. 68). Dies trifft aber für den Fall einer Werbeankündigung in dieser Stringenz nicht zu.	38
Der EuGH (GRUR 2010, 841 – Portakabin) hat nämlich entschieden, dass das Werbeankündigungsrecht des Händlers erschöpfter Waren unter bestimmten Umständen auch die Verwendung nur mit dem Kennzeichen ähnlicher Zeichen umfasst. Entgegen der Auffassung der Antragstellerinnen beziehen sich die Ausführungen nicht nur auf Schlüsselwörter (dazu, dass insoweit auch nur ähnliche Zeichen verwendet werden dürfen	39

BGH GRUR 2018, 935 – goFit Rn. 35), sondern allgemein. Der EuGH hat Folgendes ausgeführt:

78. Aus diesen Gesichtspunkten folgt, dass der Inhaber einer Marke es einem Werbenden nicht verbieten kann, anhand eines mit der Marke identischen oder ihr ähnlichen Schlüsselworts, das der Werbende ohne Zustimmung des Markeninhabers im Rahmen eines Internetreferenzierungsdienstes ausgewählt hat, Werbung für den Wiederverkauf von Gebrauchsgütern zu machen, die ursprünglich unter dieser Marke von dem Markeninhaber oder mit seiner Zustimmung im EWR in den Verkehr gebracht wurden, sofern es nicht berechtigte Gründe i.S. von Art. EWG RL 89 104 Artikel 7 EWG RL 89 104 Artikel 7 Absatz II der Richtlinie 89/104 rechtfertigen, dass sich der Markeninhaber dem weiteren Vertrieb der Waren widersetzt. 40

79. Ein solcher berechtigter Grund liegt insbesondere vor, wenn die Benutzung eines mit einer Marke identischen oder ihr ähnlichen Zeichens durch den Werbenden den Ruf der Marke erheblich schädigt (Urteile „Dior/Evora“, Rdnr. 46, und „BMW“, Rdnr. 49). 41

Daraus ergibt sich, dass der EuGH das Recht des Händlers zur Benutzung von Schlüsselwörtern aus seinem Werbeankündigungsrecht herleitet. Die in Rn. 79 zitierten Entscheidungen betreffen auch sämtlich das Werbeankündigungsrecht außerhalb von Schlüsselwörtern. Es fehlt auch jegliche Begründung dafür, wieso bei Schlüsselwörtern die Verwendung auch ähnlicher Zeichen gestattet sein soll, nicht jedoch beim sonstigen Werbeankündigungsrecht (vgl. auch BGH GRUR 2019, 76 – beauty for less Rn. 33). 42

Der Entscheidung des Bundesgerichtshofs POWERBALL (GRUR 2010, 835) können keine anderweitigen Grundsätze entnommen werden. Sie befasst sich nicht mit der Frage der Erschöpfung, sondern mit der Auslegung des § 23 Nr. 2 MarkenG. Die von den Antragstellerinnen im Übrigen benannten Entscheidungen befassen sich nicht mit der korrekten Bezeichnung der Marke im Rahmen des Werbeankündigungsrechts, sondern auf der Ware selbst, oder stammen aus der Zeit vor der besagten Entscheidung des EuGH. 43

Es bestehen in diesem Fall auch keine berechtigten Gründe im Sinne des Art. 18 Abs. 2 UMV, § 24 Abs. 2 MarkenG. Der Ruf der Kennzeichen der Antragstellerinnen wird nicht beeinträchtigt, es besteht auch nicht die Gefahr der Verwässerung durch Unklarheiten über die richtige Schreibweise der Kennzeichen. Der Nutzer wird sofort durch die Bemerkung: „Ergebnisse für Birkenstock, stattdessen suchen nach ...“ auf die richtige Schreibweise hingewiesen. An erster Stelle wird zudem der richtig geschriebene Shop der Antragstellerinnen aufgeführt. Klickt man die angegriffenen Anzeigen der Antragsgegnerseite an, erscheinen Trefferlisten mit dem Zusatz „Meinten Sie Birkenstock“ (Anlage AS 9). Auch die einzelnen Schuhe sind richtig mit Birkenstock gekennzeichnet. Der Nutzer wird damit unverzüglich auf die richtige Schreibweise hingewiesen. Abgesehen davon, dass dann der Nutzer erkennt, dass sein Tippfehler für die abweichende Schreibweise verantwortlich ist, wird er allenfalls die Antragsgegnerseite für die inkorrekte Schreibweise, nicht aber die Antragstellerinnen verantwortlich machen. 44

c) Die Tatsache, dass bei Anklicken eines Birkenstock-Schuhs in der Trefferliste auch ein Hinweis auf Drittschuhe erfolgte (Anlage AS 14 S. 4), ist unerheblich. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass der Verkehr diesen Schuh als solchen der Antragstellerinnen ansehen könnte; der Hinweis erfolgte unter der Überschrift „Kunden, die diesen Artikel angesehen haben, kauften auch ...“). 45

III. 46

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 S. 1, § 100 Abs. 1 ZPO. Einer Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit bedarf es nicht, § 542 Abs. 2 ZPO. 47

Streitwert: 200.000 € (wobei auf jeden der geltend gemachten Ansprüche der verschiedenen Antragstellerinnen gegen die verschiedenen Antragsgegnerinnen 33.333 € entfallen) 48