
Datum: 02.11.2018
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 187/17
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2018:1102.6U187.17.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 31 O 186/16

Tenor:

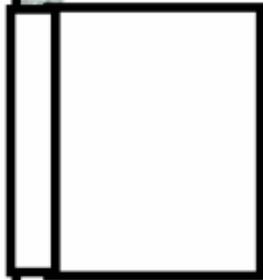
1. Auf die Berufung der Beklagten wird unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels das Urteil des Landgerichts vom 28.11.2017 – Az. 31 O 186/16 wie folgt abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,- Euro, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu vollziehen an ihrem gesetzlichen Vertreter, zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr,

die Zeichen „A“ und/oder „B“ oder „A C“ als Keyword/Adword bei Internetreferenzierungsdiensten zu benutzen oder benutzen zu lassen, wenn bei Eingabe dieser Zeichen in das Suchfeld des Internetreferenzierungsdienstes Werbeanzeigen wie nachfolgend wiedergegeben erscheinen:

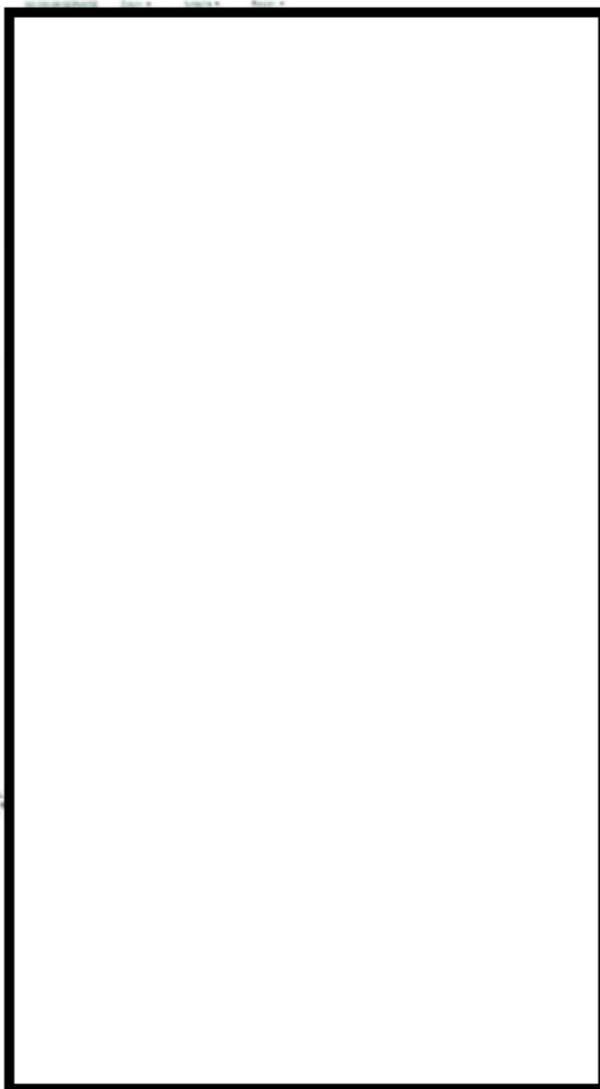


Auflage K



und/oder

Auflage K



und/oder

Auflage 1



2. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin über Art und Umfang der in Ziffer 1 beschriebenen Handlungen Auskunft zu erteilen, und zwar durch Vorlage eines Verzeichnisses, aus dem sich Art und Umfang der betriebenen Werbung, gegliedert nach Erscheinungszeit und Verbreitungsgebiet sowie der mit den beworbenen Positionen nach Ziffer 1 erzielten Umsätze und der Gestehungskosten einschließlich aller Kostenfaktoren, jeweils aufgeschlüsselt nach Kalendervierteljahren, ergeben.

3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der ihr durch die unter Ziffer 1 beschriebenen Handlungen entstanden ist oder künftig noch entstehen wird.
4. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 1.531,90 Euro nebst Zinsen seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
5. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
6. Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu $\frac{3}{4}$ und die Beklagte zu $\frac{1}{4}$.
7. Dieses Urteil und das des Landgerichts, soweit es nicht abgeändert worden ist, sind vorläufig vollstreckbar. Die der Vollstreckung ausgesetzte Partei darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung abwenden, wenn nicht die die Vollstreckung betreibende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit leistet. Die Höhe der zu leistenden Sicherheit beträgt bezüglich des Unterlassungsanspruchs 17.000,- Euro und im Übrigen für die der Vollstreckung ausgesetzte Partei 110 % des aufgrund der Urteils vollstreckbaren Betrages und für die die Vollstreckung betreibende Partei 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages.
8. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin und mit ihr verbundene Unternehmen vertreiben insbesondere Staubsauger nebst Ersatzteilen und Zubehör im Direktvertrieb, über den Handel und einen eigenen Onlineshop. Inhaberin der Marken „A“, „B“ und „C“, unter denen die Produkte durch die Klägerin vertrieben werden, ist die A Elektrowerke GmbH & Co.KG.

Die Beklagte gehört zur D-Unternehmensgruppe. Sie betreibt innerhalb der Gruppe einen Internetmarktplatz, über den dritte Unternehmen Waren anbieten und vertreiben können. Dort finden sich auch Zubehör- und Ersatzteile für die Waren der Klägerin, die selbst auf dem D-Marktplatz keine Waren anbietet. Damit der Nutzer Angebote finden kann, bietet die Beklagte eine eigene Suchmaschine an, über die durch die Eingabe von Marken- und sonstigen Kennzeichenbegriffen Produkte gefunden werden können. Die Beklagte bucht zudem die streitgegenständlichen Kennzeichen der Klägerin als sog. Schlüsselbegriffe (Keywords/Adwords) bei Suchmaschinenbetreibern wie E und F in der Weise, dass Nutzer von Internetdiensten, die in die Suchmaske (von E) die Kennzeichenbegriffe „A“, „B“ und „C“ eingeben, Werbeanzeigen dargestellt erhalten, in denen das Kennzeichen und das Wort „D“ auftaucht (z.B. „A bei D.+*de“). Die Treffer enthalten einen Link, der zu konkreten Warenangeboten auf dem Marktplatz der Klägerin führt. Die Klägerin wendet sich gegen diese Kombination aus Werbeanzeige mit Verlinkung und Trefferliste zu den Warenangeboten sowie isoliert gegen Werbeanzeigen, die bei Eingabe Kennzeichen „A“ und „B“ als Schlüsselwörter erscheinen.

Sie ließ die Beklagte mit anwaltlichem Schreiben vom 19.4.2016 erfolglos abmahnen.

Die Klägerin hat behauptet, sie sei zur Geltendmachung von Rechten aus den deutschen Wortmarken „A“, „B“ und „C“ sowie hilfsweise der Wort-/Bildmarke „A“ ermächtigt und innerhalb der A-Gruppe dafür zuständig. Sie hat gemeint, die Benutzung der Zeichen durch die Beklagte in der vorgenannten Weise verletze ihre Markenrechte, insbesondere die „Lotsenfunktion“ der Marke, hilfsweise verletze die Beklagte das lauterkeitsrechtliche Verbot der irreführenden geschäftlichen Praktiken. Sie hat behauptet, dass sich in den Trefferlisten weit überwiegend Produkte konkurrierender Hersteller finden. 6

Die Klägerin hat beantragt, 7

1. die Beklagte zu verurteilen, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,- Euro, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, diese zu vollstrecken an ihrem gesetzlichen Vertreter, zu unterlassen, 8

a) im Internet mit Anzeigen für Verbrauchsmaterialien oder Ersatzteile oder Zubehör für Staubsauger zu werben oder werben zu lassen, in denen die Zeichen „A“ und/oder „B“ oder „A C“ wie Bl. 2-3 d.A. wiedergegeben werden, wenn der in den Anzeigen enthaltene elektronische Hinweis (Hyperlink) zu der Liste von Angeboten von Verbrauchsmaterialien oder Ersatzteilen oder Zubehör für Staubsauger führt, wie (Bl. 2 d.A. mit Anlagen K 8b, K 9b, K 10b, K 11b; K 12b, K 13b, K 14b, K 15b, K 16b, K 17b), 9

b) unter Verwendung des Zeichens „A G“ Staubsauger oder Ersatzteile für Staubsauger zu bewerben oder bewerben zu lassen, wenn dies wie (Bl. 3 d.A.) geschieht, wenn der in der Anzeige enthaltene elektronische Verweis (Hyperlink) zu einer Liste von Angeboten von Staubsaugern oder Ersatzteilen für Staubsauger führt, wie (Anlage K 16b) wiedergegeben geschieht, 10

c) die Zeichen „A“ und/oder „B“ oder „A C“ als Keyword/Adword bei Internetreferenzierungsdiensten zu benutzen oder benutzen zu lassen, wenn bei Eingabe dieser Zeichen in das Suchfeld des Internetreferenzdienstes die unter 1 a) und b) wiedergegebenen Werbeanzeigen erscheinen; 11

hilfsweise 12

die Zeichen „A“ und/oder „B“ oder „A C“ als Keyword/Adword (im Urteil fälschlich wie oben c) bei Internetreferenzierungsdiensten zu benutzen oder benutzen zu lassen, wenn bei Eingabe dieser Zeichen in das Suchfeld des Internetreferenzierungsdienstes die unter 1 a) und b) wiedergegebenen Werbeanzeigen erscheinen und der in den Anzeigen enthaltene elektronische Verweis (Hyperlink) zu der Liste von Angeboten von Verbrauchsmaterialien oder Ersatzteilen oder Zubehör für Staubsauger oder Staubsaugern führt, wie im Rahmen der jeweils zugehörigen Trefferlisten wiedergegeben; 13

2. die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin über Art und Umfang der in Ziffer 1 lit. a) bis c) beschriebenen Handlungen Auskunft zu erteilen, und zwar durch Vorlage eines Verzeichnisses, aus dem sich Art und Umfang der betriebenen Werbung, gegliedert nach Erscheinungszeit und Verbreitungsgebiet sowie der mit den beworbenen Positionen nach Ziffer 1 lit. a) bis c) erzielten Umsätze und der Gestehungskosten einschließlich aller Kostenfaktoren, jeweils aufgeschlüsselt nach Kalendervierteljahren, ergeben; 14

3. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der ihr durch die unter Ziffer 1 lit. a) bis c) beschriebenen Handlungen entstanden ist oder künftig noch entstehen wird.

4. an die Klägerin 2.636,90 Euro nebst Zinsen seit Rechtshängigkeit zu zahlen. 16

Die Beklagte hat beantragt, 17

die Klage abzuweisen. 18

Sie hat behauptet, dass die Klägerin die in Rede stehenden Produkte nicht selbst vermarkte oder vertreibe und daher keine Wettbewerberin der Beklagten sei. Keine der in Rede stehenden Marken sei auf die Klägerin eingetragen. Die Beklagte hat zunächst bestritten, dass es sich bei den Markeninhabern um mit der Klägerin verbundene Unternehmen handle und dass die Klägerin zur Verteidigung der Markenrechte ermächtigt sei. Mit Schriftsatz vom 13.10.2017 hat sie erklärt, dass sie die Prozessführungsbefugnis nicht länger bestreite, wohl aber gemeint, dass eine Einziehungsermächtigung, die zur Geltendmachung von Schadensersatz und Auskunft ermächtige, fehle. Die Beklagte hat die rechtserhaltende Benutzung der Klagemarken und deren Bekanntheit bestritten. Sie hat behauptet, dass in den Trefferlisten auch Originalprodukte angezeigt worden wären, diesbezüglich sei Erschöpfung der Markenrechte eingetreten. Die Abmahnung hätte sich nicht gegen die Beklagte, sondern gegen die D Services Europe S.a.r.l. gerichtet. Sie hat gemeint, weder die Herkunfts- noch die Werbefunktion seien beeinträchtigt, der Verkehr rechne bei Trefferlisten mit Angeboten konkurrierender Hersteller. Zudem greife die Schranke des § 23 Nr. 3 MarkenG, weil auf Zubehör und Ersatzteile hingewiesen werde. 19

Das Landgericht hat die Klage für zulässig und begründet gehalten. Es hat die Klägerin für aktivlegitimiert gehalten, weil eine Ermächtigung vorliege und auch ein schutzwürdiges Interesse zur Rechtsverfolgung bestehe. Hierfür sei eine Ermächtigung im Konzern an konzernangehörige Unternehmen ausreichende Grundlage. Die Marken, einschließlich der Marke „A G“, seien markenmäßig benutzt worden, weil durch die Verwendung als Schlüsselwort der unrichtige Eindruck erweckt werde, die Beklagte würde in ihrem Online-Shop Waren mit diesen Marken vertreiben. Damit würde die Herkunftsfunktion beeinträchtigt. Die Kunden rechneten nicht damit, bei Eingabe solcher Keywords Fremdangebote gezeigt zu bekommen, sie würden daher gezielt zu solchen Angeboten gelockt. Die hierdurch bewirkte Zuordnungsverwirrung unterfalle dem Schutzzweck des Markenrechts. Es liege ein Fall der doppelidentischen Benutzung vor, die Schutzschranke des § 23 Nr. 3 MarkenG greife nicht, da die Verweisung nicht nur auf die Kompatibilität von Zubehör und Ergänzungsprodukten hinweise, sondern die Waren selbst beworben würden. An einer Erschöpfung fehle es, weil in den Trefferlisten ausschließlich Produkte von Drittanbietern angezeigt würden. Würden in Trefferlisten nicht ausschließlich Originalprodukte angeboten oder fehle ein Hinweis in der Adword-Zeile darauf, dass die angezeigten Treffer nur „geeignet/passend für“ seien, sei das Vorgehen markenrechtlich unzulässig. Der Umstand, dass der Verkehr im e-commerce mit Mischergebnissen rechne, rechtfertige das Verhalten nicht, sondern dies sei Folge einer bereits eingetretenen Verwässerung durch die Verfälschung von Suchergebnissen über Adwords. Die rechtserhaltende Nutzung der Marken durch die Klägerin hat das Landgericht aufgrund der Darlegungen in der Klageerwiderung für ausreichend substantiiert gehalten. Ob das Vorgehen eine zulässige vergleichende Werbung darstelle, könne dahingestellt bleiben, da die markenrechtlichen Wertungen Vorrang genießen würden. Zur Geltendmachung von Auskunfts- und Schadensersatzansprüchen hielt das Landgericht die Klägerin für konkludent durch die Einziehungsermächtigung berechtigt. Die Ansprüche seien auch begründet. Der Auskunftsanspruch bestehe, auch soweit er sich auf die mit den beworbenen Produkten 20

erzielten Umsätze beziehe, weil bereits die Bewerbung eine Kennzeichenrechtsverletzung darstelle. Den Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Kosten sowie Zinsen hieraus hat das Landgericht ebenfalls für begründet gehalten.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung. Sie wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag, hält daran fest, dass die Klägerin die Marken nicht rechtserhaltend benutzt habe. Sie meint, durch das BGH-Urteil im Fall H sei klargestellt, dass die Verwendung von Marken als Suchwörter auch im Rahmen einer internen Suchmaschine, wie sie die Beklagte betreibt, zulässig ist, solange der Internetnutzer erkennen kann, ob die angezeigten Waren vom Markeninhaber oder von Dritten stammen. Dann liege keine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion vor. Im hier zu beurteilenden Falle ergebe sich aus den Trefferlisten, dass die dort angezeigten Produkte mit dem Zusatz „geeignet für“ ersichtlich würden, so dass der Verbraucher auch erkenne, dass es sich um Zubehör und keine Originalteile handele. Daher sei § 23 anwendbar, denn die verlinkten Trefferlisten beträfen zum überwiegenden Teil Zubehör und Ersatzteile für die Produkte der Markeninhaberin, auf die auch mittels Adwords hingewiesen werden dürfe. Der Fall der Erschöpfung liege gleichfalls vor, da in den Trefferlisten jedenfalls auch Waren enthalten seien, die von der Markeninhaberin in Verkehr gebracht worden seien. Auf solche Waren dürfe durch Adwords auch hingewiesen werden, wenn in den Listen die Produkte anderer Hersteller enthalten seien. Überdies sei die Verwendung von Adwords entgegen der Ansicht des Landgerichts durch die Grundsätze der vergleichenden Werbung gedeckt. Soweit das Landgericht auch den Unterlassungsantrag zu 1c) zugesprochen habe, fehle eine Begründung. In der Sache handele es sich um eine Doppelverurteilung, da Antrag 1a) und 1c) Identisches begehren. 21

Die Beklagte beantragt, 22

das Urteil des Landgerichts Köln vom 28.11.2017 (Az. 31 O 186/16) aufzuheben und die Klage abzuweisen. 23

Die Klägerin beantragt, 24

die Berufung zurückzuweisen. 25

Sie verteidigt das Urteil des Landgerichts. In Bezug auf das Verhältnis der Anträge 1a und 1c zueinander trägt sie vor, Antrag nach Ziff. 1 a) stelle – anders als Antrag nach Ziff. 1 c) – auf die reine Anzeige ohne Schaltung und Steuerung über das Adword ab. Der Anspruch nach Ziff. 1 c) erfasse die isolierte Werbung, ohne auf die damit verlinkten Trefferhinweise abzustellen. Sie meint, dass die BGH-Entscheidungen H und go-Fit andere Sachverhalte als der vorliegende Fall betreffen. Vorliegend suggeriere der Keyword-Einsatz, dass ausschließlich Original-A-Produkte beworben werden. Bereits der Inhalt der Anzeige sei dafür maßgeblich, nicht erst die nach Klicken der Anzeige sichtbar werdenden Produktangebote. Es werde insgesamt der herkunftstäuschende Eindruck erweckt, dass die Klägerin die mit ihren Marken beworbenen Produkte Dritter quasi mit A-Marketing unterstütze. Der Verbraucher erwarte nicht, dass auf der Plattform von D zu 85% bis 97% Ersatzteil und Zubehör zu finden seien. Daher liege auch eine Täuschung über das Angebot der Beklagten und eine unlautere Rufausnutzung vor. Auch die Schrankenbestimmungen der §§ 23, 24 MarkenG seien nicht erfüllt, zudem gehe es nicht um eine zulässige vergleichende Werbung. 26

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf das landgerichtliche Urteil sowie die von den Parteien zur Gerichtsakte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 27

II.

Die Berufung ist zulässig und begründet, soweit es um die Verurteilung der Beklagten nach Ziffer 1 a) und b) des angegriffenen Urteils sowie die diesbezüglichen Auskunfts-, Feststellungs- und Aufwendungsersatzansprüche geht. Im Übrigen ist sie unbegründet. 29

1. Die Ausgangsklage ist zulässig. 30

a) Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte wurde nicht problematisiert, sie ist aber gegeben, da inländische Markenrechte im Inland verletzt wurden (BGH, Urt. v. 15.2.2018 – I 138/16, Rz. 12-18 – Fall H), zudem eine rügelose Einlassung auf das Verfahren im Inland vorliegt (BGH, aaO. Rn. 20). 31

b) Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch ist durch die umfangreiche Bezugnahme auf Internetausdrucke hinreichend bestimmt. In Ziff. 1a) und 1b) stellt der Antrag auf konkretisierte Zeichenverwendungen ab, die im Zusammenhang mit ähnlichen Waren konkurrierender Hersteller sowie (z.T. gebrauchte) Originalwaren aus dem Sortiment der Beklagten, Zubehör- und Ersatzteilen stehen, in Ziff. 1 c) auf allgemeine Zeichenverwendungen, bei denen Treffer angezielt werden, die allgemein auf Waren aus dem Sortiment der Beklagten in Bezug nehmen. 32

c) Die Prozessführungsbefugnis der Klägerin ist mit der vom Landgericht gegebenen Begründung gegeben. 33

2. Die Klage ist begründet, soweit Unterlassung nach Maßgabe der Ziffer 1 c) verlangt wird (dazu unter 3.), sie ist unbegründet, soweit Unterlassung nach Maßgabe der Ziffern 1 a) und b) verlangt wird, die Berufung ist insoweit erfolgreich und führt zur Abänderung des landgerichtlichen Urteils. 34

a) Die Begründetheit der mit Ziff. 1 a) und 1 b) geltend gemachten Unterlassungsansprüche hängt an der Frage, ob eine markenmäßige Benutzung durch die Buchung von Adwords vorliegt und falls dies der Fall ist, ob der Hinweis auf Waren, die im Zusammenhang mit den Kennzeichen der Klägerin gesucht werden, gleichwohl über § 23 Nr. 3 MarkenG zulässig ist. Zu diesen Fragen hat der BGH im Fall „H“ Stellung genommen (Urt. v. 15.2.2018 - I ZR 138/16). Dort war zu klären, ob D in seiner Suchmaschine Produkte anderer Hersteller anzeigen darf, wenn nach Produkten des Sportartikelherstellers H gesucht wird (dieser Hersteller selbst aber nicht über D Produkte vertreibt). Der BGH hat eine Verletzung durch die bloße Anzeige anderer Hersteller in seiner Suche nicht für eine die Herkunftsfunktion beeinträchtigende (markenmäßige) Benutzung gehalten, wenn für den durchschnittlichen Nutzer deutlich erkennbar ist, dass die (von D) angebotenen Waren oder Dienstleistungen nicht vom Markeninhaber oder mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen stammen. Dann sei eine Verbrauchertäuschung ausgeschlossen, die Markennennung also zulässig. Ob diese Erkennbarkeit vorliegt, habe das Instanzgericht zu prüfen. 35

Soweit es um die Anträge nach Ziff. 1 a) und 1 b) geht, hängt die Begründetheit letztlich an der Frage, ob eine markenmäßige Benutzung durch die Buchung und Verwendung von Adwords vorliegt und falls dies der Fall ist, ob der Hinweis auf Waren, die im Zusammenhang mit den Kennzeichen der Klägerin gesucht werden, gleichwohl über § 23 Nr. 3 MarkenG zulässig ist. Zu diesen Fragen hat der BGH im Fall H Stellung genommen. Der Fall H weicht nur insoweit etwas von der hier zu entscheidenden Konstellation ab, weil es dort allein um die Nutzung der Keywords in der internen Suchmaschine von D ging, während die Klägerin im hiesigen Fall auf die Buchung der Keywords auch in externen Suchmaschinen wie E abstellt 36

(Anlage K8a betrifft E, Anlage K8b D, ebenso die weiteren Anlagen). Dieser Unterschied ist allerdings letztlich nicht entscheidend, weil der BGH in der Sache H die Buchung von Keywords bei Suchmaschinenanbietern wie F oder E (so der hier zu entscheidende Fall) ebenso behandelt wie den Einsatz von Keywords in einer internen Suchmaschine des Marktplatzbetreibers (wie im Fall H, wo es um die Suchmaschine auf dem Marktplatz von D ging, vgl. BGH aaO. Rz. 46).

b) Die H-Entscheidung behandelt alle Fragen der Begründetheit des von der hiesigen Klägerin geltend gemachten Anspruchs aus §§ 14 Abs. 5, Abs. 2 Nr. 1 MarkenG. 37

aa) Unproblematisch liegt ein Handeln im geschäftlichen Verkehr vor, weil die Beklagte entweder über externe Keywordbuchungen oder durch die Verwendung auf ihrem eigenen Portal Angebote auf ihrem Marktplatz bewirbt und damit ihren eigenen Geschäftsbetrieb fördert (BGH, Urt. v. 15.2.2018 – I 138/16, Rz. 27). 38

bb) Die Beklagte nutzt die Kennzeichen auch selbst und nicht nur im Zusammenhang mit technischen Dienstleistungen, denn sie hat die Zeichen extern gebucht und auf ihrer internen Suchmaschine algorithmisch durch Analyse des Nutzerverhaltens ermittelt und eingesetzt, um ihre Marktplatzangebote zu unterstützen. Im Ergebnis hat sie selbst also die Schlüsselworte für ihre Zwecke ausgewählt, daher ist sie Benutzerin dieser Zeichen, weil sie sie für ihre eigene kommerzielle Kommunikation nutzt (BGH, Urt. v. 15.2.2018 – I 138/16, Rz. 30, 33, 36, 37). 39

cc) Da die Zeichen identisch im Zusammenhang mit identischen Waren genutzt wurden, liegt eine durch § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG erfasste Nutzung vor (BGH, Urt. v. 15.2.2018 – I 138/16, Rz. 39). 40

dd) Allerdings fehlt es im Ergebnis an einer markenmäßigen Nutzung (nach der Rechtsprechung des BGH) bzw. einer Nutzung, durch welche die anerkannten Markenfunktionen, insbesondere die Herkunftsfunktion der Marke beeinträchtigt wird (nach der Rechtsprechung des EuGH). Beide Maßstäbe sind im Ergebnis identisch, so dass es auf die genaue Differenzierung hier nicht ankommt. 41

(1) Die Rechtsprechung von EuGH und BGH verlangen jeweils eine zweistufige Prüfung (EuGH Slg. 2011-I, 8625 Rn. 51 – I/J I Inc.; BGH GRUR 2014, 182 Rn. 16). Zunächst hat der Tatrichter festzustellen, ob bei einem normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer auf Grund 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. Fehlt ein solches allgemeines Wissen, hat das Gericht zu prüfen, ob der Internetnutzer aus der Werbeanzeige erkennen kann, dass die vom Werbenden angebotenen Waren oder Dienstleistungen nicht vom Markeninhaber oder mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen stammen. Man kann dabei allenfalls die Frage stellen, ob diese Prüfung kumulativ erfolgen muss oder ob sich die zweite Stufe erübrigt, wenn man bereits die erste verneint. Auch dieser Gesichtspunkt kann jedoch dahingestellt bleiben, da es im Ergebnis an beiden Erfordernissen fehlt. 42

(2) Vorliegend kann zunächst unterstellt werden, dass der Internetnutzer die Beklagte als Marktplatzanbieter deutlich von der Klägerin als Premiumanbieterin von Staubsaugern trennt. Es kommt also ohnehin nur auf die zweite Stufe an. 43

(3) Die vom Landgericht vorgenommene Einordnung, dass die Herkunftsfunktion der Marke bereits verletzt wird, wenn dem Nutzer, der mit einem Markenbegriff sucht, auch Produkte 44

anderer Hersteller gezeigt werden (z.B. Anbieter von Gebrauchsgütern), hat der BGH im H-Urteil nicht geteilt (aaO. Rz. 44). Eine markenmäßige Nutzung oder Funktionsbeeinträchtigung kommt danach nur in Betracht, wenn „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“ (BGH aaO. Rz. 45 mit Hinweis auf EuGH, GRUR 2011, 1124 Rn. 51 - I/J I Inc.). „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“ (BGH aaO.). Die Würdigung hierüber obliegt dem Tatsachenrichter. Nach der Überzeugung des Senats fehlt es an einer solchen Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion. Dabei sind folgende Überlegungen tragend:

Denkbar ist es hier, auf zwei Trefferanzeigen abzustellen. Bei Eingabe des Markenbegriffs in die externe Suchmaschine erscheint ein Anzeigetext „A bei D.de. Top-Angebote für Küche & Haushalt. Kostenlose Lieferung möglich“. Auf diesen Text hat die Klägerin mit ihrem ursprünglichen Antrag jedenfalls in Ziff. 1 a) und 1 b) nicht ausdrücklich abgestellt. Sie sieht die Markenrechtsverletzung nach der Antragsfassung nur in Verbindung mit („wenn dies geschieht wie“) der Verlinkung auf Trefferlisten und damit auch erst auf der weiteren Ebene der Produkttrefferanzeige, also dort, wo der Nutzer durch einen Klick auf die in den Anlagen gezeigten Produkte hingewiesen wird. Erst in der Berufungserwiderung stellt die Klägerin stärker auf die unterschiedlichen Fassungen der Anträge zu 1a und zu 1c ab. Auf einen gegen diese verschiedenen Anträge gerichteten Angriff der Beklagten in der Berufung meint sie, dass mit der Antragsfassung zu 1a) „der Text der reinen Anzeige“ gemeint sei, während bei 1b) die Benutzung als Adword in Verbindung mit dem Treffer angesprochen werde. 45

Allerdings liegt auch in der bloßen Anzeigenfassung nach dem Verständnis der Klägerin in der Berufungserwiderung keine Herkunftstäuschung. Der durchschnittlich informierte Adressat, der Waren auf der Plattform sucht, weiß, dass D eine Marktplattform ist, D selbst aber keine konkurrierenden Produkte herstellt, sondern auf dem Marktplatz nur Angebot anderer Hersteller und Händler zugänglich macht. Der durchschnittliche Adressat geht weder davon aus, dass D mit A verbunden ist noch wird er darüber getäuscht, dass Originalwaren nur des Herstellers (wohl aber solche von Händlern, die an die Ware gelangt sind) über die Plattform nicht beziehbar sind. Eine Täuschung ist also zwar möglich, weil A über D selbst nicht anbietet, wie es die Klägerin in der Berufungsschrift anführt. Das schließt es allerdings gerade nicht aus, dass Original- oder Gebrauchsgüter von A über den Marktplatz angeboten werden. Insofern würde der Verbraucher im Ergebnis nicht getäuscht. Auch der bloße Anzeigentext ohne Verlinkung benutzt die Marke daher nur in hinweisender, nicht in herkunftstäuschender Form. 46

Stellt man – wie es die Klägerin auch tut – auf die Trefferanzeige ab, die nach Anklicken der allgemeinen Werbeanzeige („A bei D.+*de“) wiedergegeben wird, sind die dadurch erzeugten Treffer in den Anlagen K8 ff. akribisch festgehalten. Eine Durchsicht dieser Trefferanzeigen zeigt, dass zum Teil Original (Gebrauchsgüter) von A angeboten werden (z.B. Anlage K8b erster Treffer), zum Teil Zubehör angeboten wird, letzterer allerdings von anderen Anbietern. Soweit Originalwaren (sei es auch gebrauchte) angeboten werden, fehlt es ersichtlich an einer Herkunftstäuschung. Soweit Zubehör oder Ersatzteile angeboten werden, wird durchweg ein Hinweis wie „passend für“, „geeignet für“ verwendet, so dass für den Verbraucher klar ist, dass hier kein Originalzubehör, sondern konkurrierende Angebote 47

vorliegen. Eine Herkunftstäuschung im eigentlichen Sinne liegt darin nicht, es sei denn, man wollte sie bereits darin sehen, dass der Verbraucher die Auffassung hat, A-Zubehör würde nur vom Originalhersteller angeboten. Das ist aber nicht anzunehmen und es entspricht auch nicht den tatsächlichen Gegebenheiten.

Liegt insgesamt eine markenmäßige, bzw. die Herkunftsfunktion beeinträchtigende Nutzung nach den Grundsätzen des H-Urteils nicht vor, so ist der Einsatz von Keywords in der hier vorliegenden Form nach Ziffern 1 a) und 1 b), wie sie die Klägerin nach der in der Berufungsinstanz zuletzt vorgetragenen Auslegung markenrechtlich zulässig. 48

ee) Selbst wenn man von einer markenmäßigen Verwendung ausgehen würde, müsste die Klage erfolglos sein, soweit auch Zubehör- und Ersatzteile beworben werden. Soweit Angebote den Zusatz „passend für“ oder „geeignet für“ enthalten, ist das Angebot durch § 23 Nr. 3 MarkenG gedeckt. 49

ff) Soweit über das Portal Originalteile (auch gebrauchte) angeboten werden, ist der Anspruch gleichfalls unbegründet, denn insoweit greift § 24 MarkenG. 50

gg) Auf die Frage der Bekanntheit kommt es nicht an, da Doppelidentität vorliegt und der Anspruch aus § 14 Abs. 2 Nr. 3 nicht weitergeht als der nach § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG. Hierzu hat der EuGH aber klargestellt, dass die Werbefunktion der Marke durch die Nutzung von Keywords nicht beeinträchtigt wird (EuGH GRUR 2010, 445 Rz. 98 – F France und F, GRUR 2010, 451 Rz. 33 – Bergspechte, GRUR 2010, 841 Rz. 32 – Portakabin). 51

hh) Der Einwand fehlender Benutzung wird letztlich darauf gestützt, dass die Marke nicht von der prozessführungsbefugten Klägerin, sondern von den Unternehmen der Gruppe benutzt wird. Das ist aber kein zureichender Grund, um die rechtserhaltende Benutzung zu bezweifeln, sondern es richtet sich letztlich gegen die Aktivlegitimation, die mit dem Landgericht allerdings unproblematisch besteht. 52

ii) Auf wettbewerbsrechtliche Ansprüche hat die Klägerin nur insoweit abgestellt, als der vorgetragene Sachverhalt „hilfsweise“ auch die §§ 3, 5, 8 UWG verletze, über die Herkunftstäuschung hinausgehende Umstände hat sie nicht vorgetragen. Eine markenrechtlich zulässige Nutzung kann nach den Vorgaben des BGH in H allerdings auch durch wettbewerbsrechtliche Wertungen nicht mehr unterlaufen werden (BGH aaO. Rz. 65). 53

jj) Der Sachverhalt kann auch nicht nach §§ 3, 6 UWG als unzulässiger Werbevergleich behandelt werden, das es bei reinen Trefferlisten an einem solchen Werbevergleich fehlt (BGH – H, Rz. 66). 54

kk) Daher ist der Unterlassungsanspruch nach Ziff. 1 a) und 1 b) insgesamt unbegründet. Die Anschlussansprüche auf Auskunft, Feststellung der Schadensersatzpflicht und Ersatz der vorgerichtlichen Abmahnkosten fallen insoweit in sich zusammen. Die Berufung hat in diesem Umfang Erfolg. 55

3. Die Klage ist begründet, soweit Unterlassung nach Maßgabe des Hauptantrags nach Ziffer 1 c) verlangt wird. Insoweit sind auch die Annexansprüche begründet, die Berufung ist insoweit zurückzuweisen, das Landgericht hat diesbezüglich im Ergebnis richtig entschieden. 56

Mit dem Hauptantrag nach Ziff. 1c) rügt die Klägerin die Verwendung der Zeichen im Rahmen isolierter Werbeanzeigen insbesondere bei „E“, mit denen die Beklagte die geschützten Zeichen als Schlüsselwort für die darauf erscheinenden Anzeigen nutzt. Die 57

Zeichenverwendung nimmt hierbei nicht Bezug auf konkrete, mit dem Zeichen gekennzeichnete Produkte (z.B. als Typenbezeichnung für ein bestimmtes Staubsaugermodell). Während die Klägerin in den Anträgen zu 1 a) und 1 b) vorrangig auf die Verlinkung mit konkreten Angeboten von Zubehör-, Ergänzungs- und Originalteilen in den Trefferlisten abstellt, fehlt diese Bezugnahme bei dem Antrag zu 1 c). Im Unterschied zu den Anträgen nach 1 a) und 1 b) führt die Zeichenverwendung hier dazu, dass der durchschnittliche Nutzer den Eindruck erhält, dass auf dem Marktplatz von D auch Waren gehandelt werden, die von der Klägerin selbst dort angeboten werden. Dieser Eindruck ist unrichtig, weil die Klägerin unstreitig dort nicht selbst als Anbieterin auftritt. Sofern auch darin eine hinweisende Nutzung liegen kann, fehlt die Bezugnahme oder genauer: Klarstellung dahingehend, dass auf der Plattform nicht „A bei D“ zu erwarten ist, sondern allenfalls „A-Zubehör bei D“ angeboten wird. Nur eine solche Formulierung könnte zutreffende hinweisende Zeichennutzung ohne herkunftstäuschendes Potential sein. Bei der angegriffenen Zeichennutzung im hier zu beurteilenden Sachverhalt liegt dagegen keine solchermaßen hinweisende Benutzung, sondern eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion der Marke und damit auch eine markenmäßige Verwendung vor, die weder durch § 23 Nr. 3 noch durch § 24 MarkenG gedeckt ist.

4. Soweit die Klage nach Ziff. 1 mit dem ursprünglichen Hauptantrag gem. Ziff. 1 c) begründet ist, besteht auch der diesbezüglich geltend gemachte Auskunftsanspruch. 58

5. Mit der vorstehend unter 4. genannten Maßgabe ist der Anspruch auf Feststellung der Schadensersatzpflicht begründet. Die Klägerin kann diesen Anspruch auch in Prozesstandschaft geltend machen. Der Fall BGH GRUR 2007, 877 – Windsor Estate, den die Beklagte zum Beweis des Gegenteils anführt, betrifft ein Schadensersatzverlangen durch einen Lizenznehmer, der dem Prozess beigetreten ist, also letztlich eine Zahlungsklage, um die es hier nicht geht. 59

6. Soweit die Klägerin Anspruch auf Kostenersatz für die vorgerichtliche Abmahnung geltend macht, steht diesem Anspruch nicht entgegen, dass die Abmahnung an die D Services Europe S.a.r.l. gerichtet (Anlage K19), die Klage aber an die D Europe Core S.a.r.l. als Betreiberin des Marktplatzes adressiert wurde. In der Tat firmieren beide Unternehmen unter derselben Anschrift (K). Die D Services gibt selbst an, dass sie für die Rüge von Rechtsverletzungen zuständig ist. Damit hat sie jedenfalls den Anschein gesetzt, Empfangsvertreterin zu sein. Da sie diesen Anschein auch gegenüber in Deutschland sitzenden Beteiligten setzt, ist insoweit deutsches Recht anzuwenden als das Recht des Staates, in dem der Rechtschein einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht gesetzt wurde (BGH NJW 1965, 487, 488). Daher kann die vorgerichtliche Abmahnung Kostenerstattungsansprüche auslösen, soweit unzulässige Benutzungshandlungen in Rede stehen. 60

Allerdings ist dieser Anspruch insoweit unbegründet, als die Klägerin auch Verhaltensweisen abgemahnt hat, die nach dem Vorstehenden zulässig waren. Berechtigt war die Abmahnung einzig im Umfang des Anspruchs nach Ziff. 1 c). Dieser Anspruch deckt das Interesse der Klägerin nach Auffassung des Senats allerdings nur im Umfang von 25%. Dementsprechend ist auch der Kostenerstattungsanspruch nach einem Gegenstandswert von 50.000,- Euro auf 1.531,90 Euro (inklusive Kostenpauschale) zu kürzen. 61

III. 62

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Dabei ging der Senat davon aus, dass die Anträge nach Ziff. 1 a) und 1 b) weitergehend sind als derjenige nach Ziffer 1 c), insoweit 63

eine Kostenverteilung von 75% zu 25% im Verhältnis Klägerin zur Beklagten angemessen ist. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.

Die Zulassung der Revision war nicht veranlasst. Im Hinblick auf die Anträge zu Ziffer 1 a) und Ziffer 1 b) hat der BGH in der Entscheidung „H“ die Frage, ob eine Herkunftstäuschung vorliegt, der Beurteilung durch die Instanzgerichte überantwortet. In Bezug auf den Antrag zu Ziffer 1 c) ging es gleichfalls um die Frage, inwieweit in der isolierten Verwendung von Kennzeichen als Suchworten eine Herkunftstäuschung liegt. 64

Streitwert für das Berufungsverfahren: 200.000,- € 65