

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 29/18

Verkündet am: 25. Juli 2019

in dem Rechtsstreit

ORTLIEB II

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Juli 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, die Richter Prof. Dr. Schaffert, Prof. Dr. Kirchhoff, Feddersen und die Richterin Dr. Schmaltz

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 29. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 11. Januar 2018 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

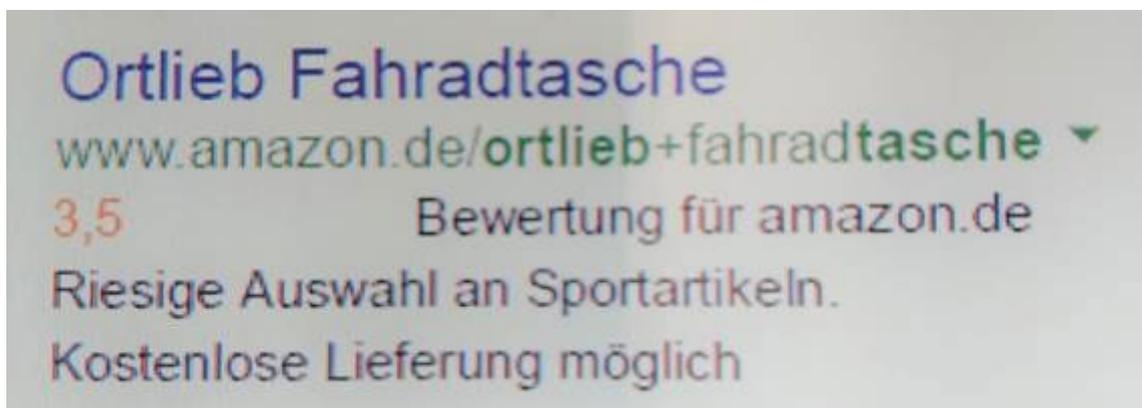
Tatbestand:

(1) Die Beklagten sind Gesellschaften des Amazon-Konzerns. Die Beklagte zu 1 ist für den technischen Betrieb der Internetseite „www.amazon.de“ verantwortlich. Die Beklagte zu 2 tritt auf der von der Beklagten zu 1 betriebenen Internetseite als Verkäuferin unter dem Verkäufersnamen „Amazon“ auf. Andere Händler bieten dort als „Marketplace-Verkäufer“ Produkte an.

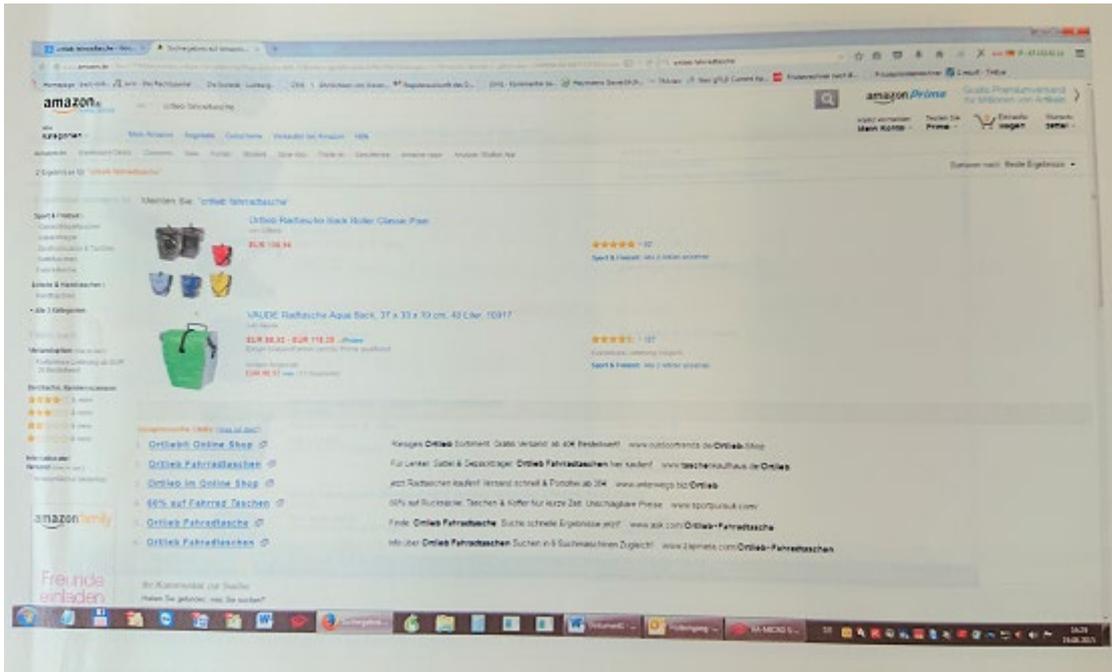
(2) Die Klägerin stellt Taschen aus wasserdichtem Material und andere Transportbehälter für Outdoor-Aktivitäten her. Einer ihrer Geschäftsführer ist Inhaber der deutschen Wortmarke Nr. 39518381 „ORTLIEB“, die unter anderem für Fahrradtaschen und Lenkertaschen eingetragen ist (Klagemarke). Er ist weiter Inhaber der Unionsmarke EU 9232695 „ORTLIEB“, die ebenfalls unter anderem für Fahrradtaschen Schutz genießt. Die Klägerin ist als exklusive Lizenznehmerin zur Markennutzung berechtigt und zur Rechtsverteidigung autorisiert und verpflichtet.

(3) Die Beklagten werden von der Klägerin nicht mit Produkten der Marke ORTLIEB beliefert. Mit Anzeigen, die die Marke ORTLIEB wiedergeben, bewerben sie Angebote von Marketplace-Verkäufern für ORTLIEB-Produkte sowie Angebote der Beklagten zu 2 und Angebote von Marketplace-Verkäufern für Produkte Dritter.

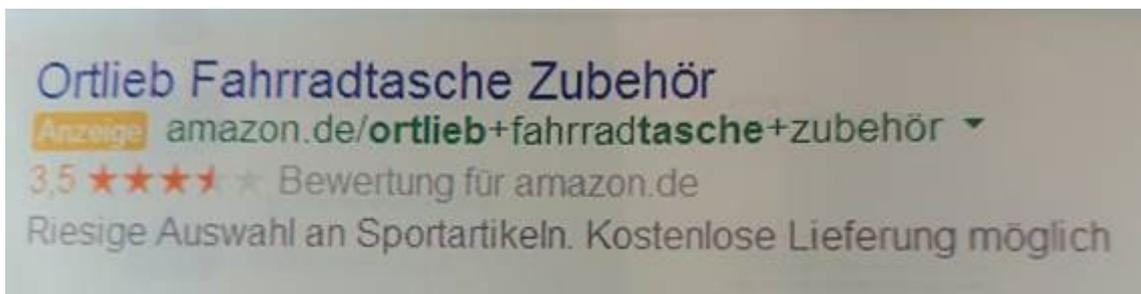
(4) Aufgrund bei Google gebuchter Adwords (Suchworte, die Werbeanzeigen auslösen) erschien am 18. Mai 2015 und am 19. August 2015 bei Eingabe der Wörter „Ortlieb Fahrradtasche“ (ohne Anführungszeichen) in die Google-Suchfunktion folgende Anzeige (Klageantrag I a):



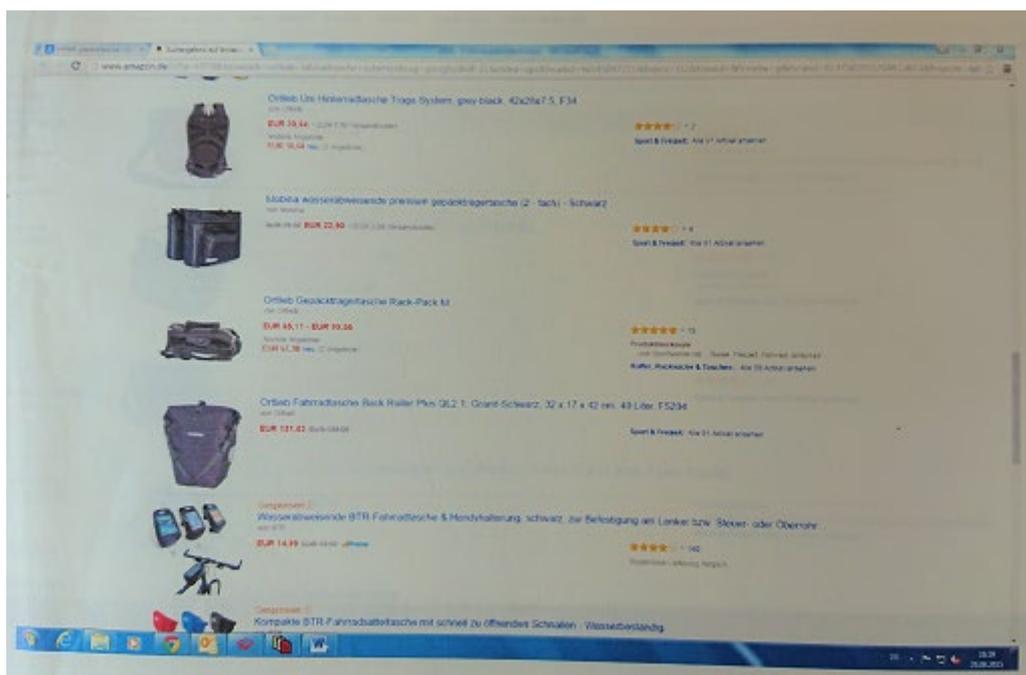
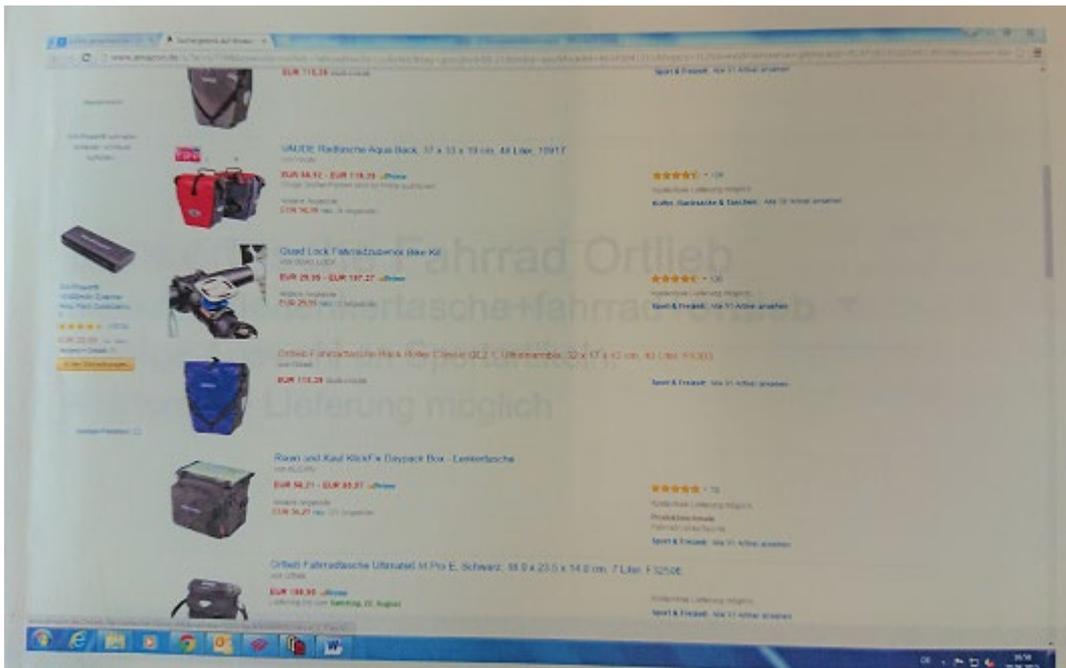
(5) Bei einem Klick auf diese Anzeige erschien die nachfolgend eingeblendete Übersicht, die neben einem Angebot für Ortlieb Radtaschen auch Angebote für eine Radtasche des Herstellers V. enthielt, für die an erster Stelle die Beklagte zu 2 als Verkäuferin genannt war (Anlage K 9):



(6) Am 20. August 2015 erschien aufgrund von gebuchten Adwords bei Eingabe der Wörter „Ortlieb Gepäcktasche“ (ohne Anführungszeichen) die folgende Anzeige (Klageantrag I b):



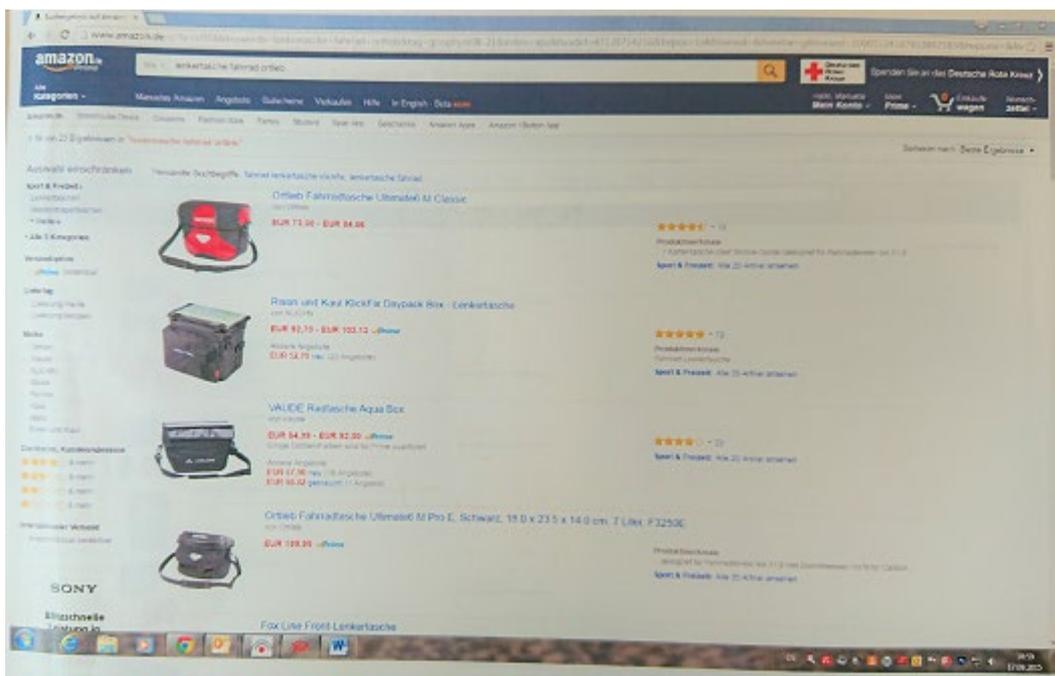
(7) Bei einem Klick auf die Anzeige erschien eine Angebotsübersicht, die unter den ersten 16 Ergebnissen sechs Produkte von Wettbewerbern der Klägerin enthielt, darunter von der Beklagten zu 2 angebotene Waren (vgl. Anlage K 13):



(8) Bei Eingabe der Suchwortkombination „Ortlieb Outlet“ (ohne Anführungszeichen) am 7. und 17. September 2015 erschien folgende Anzeige (Klageantrag I c):



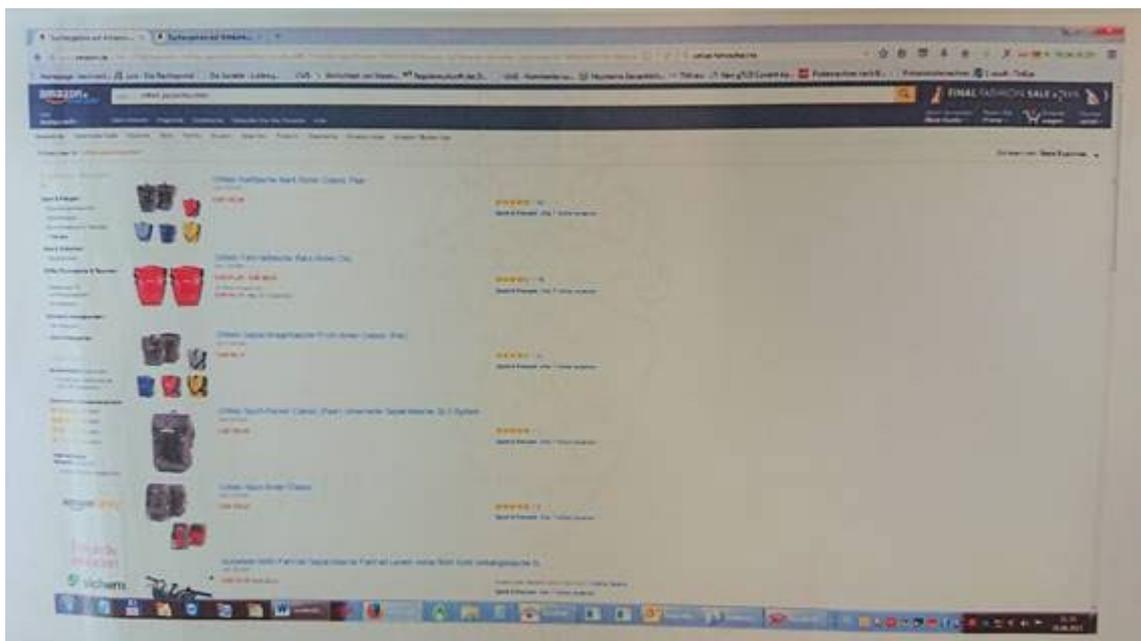
(9) Ein Klick auf diese Anzeige führte zu Angebotsübersichten, die auch Angebote von Produkten von Wettbewerbern der Klägerin enthielten, unter anderem ein Angebot der Beklagten zu 2:



(10) Am 20. August 2015 erschien außerdem aufgrund bei Google gebuchter Adwords bei Eingabe der Wörter „Ortlieb Fahrradtasche“ (ohne Anführungszeichen) die folgende Anzeige (Klageantrag II):



(11) Bei einem Klick auf die Anzeige erschien die folgende Übersicht, in welcher an sechster Stelle eine Lenkertasche eines Wettbewerbers der Klägerin aufgeführt war, die von einem Marketplace-Verkäufer angeboten wurde (Anlage K 11). Angebote der Beklagten zu 2 enthielt diese Angebotsliste nicht:



(12) Die Klägerin sieht in der Kombination aus Anzeigen und damit verlinkten Angebotslisten eine Verletzung des Rechts an der Marke „ORTLIEB“. Sie hat die Klage in erster Linie auf eine Verletzung der Klagemarke, hilfsweise auf die Unionsmarke gestützt und hat beantragt,

I. die Beklagten unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu verurteilen, es für das Territorium der Bundesrepublik Deutschland zu unterlassen, im Internet mit Anzeigen für Angebote von Fahrradtaschen, Fahrradtaschen-Zubehör oder Lenkertaschen zu werben, wenn in der Anzeige das Zeichen ORTLIEB als einziger Markenname wiedergegeben ist und der in der Anzeige enthaltene Link zu einer Liste mit Angeboten für Fahrradtaschen, Fahrradtaschen-Zubehör oder Lenkertaschen führt, die nicht alle unter der Marke ORTLIEB von der Inhaberin oder mit ihrer Zustimmung in den Verkehr gebracht wurden, wenn dies geschieht wie mit den folgenden Kombinationen aus Anzeigen und damit verlinkten Angebotslisten: [Es folgen die oben wiedergegebenen Abbildungen zu Klageantrag I a bis I c];

II. die Beklagte zu 1 unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu verurteilen, es für das Territorium der Bundesrepublik Deutschland zu unterlassen, im Internet mit Anzeigen für Angebote von Gepäcktaschen zu werben, wenn in der Anzeige das Zeichen ORTLIEB als einziger Markenname wiedergegeben ist und der in der Anzeige enthaltene Link zu einer Liste mit Angeboten für Gepäcktaschen führt, die nicht alle unter der Marke ORTLIEB von der Inhaberin oder mit ihrer Zustimmung in den Verkehr gebracht wurden, wenn dies geschieht wie mit der folgenden Kombination aus Anzeige und damit verlinkter Angebotsliste: [Es folgen die oben wiedergegebenen Abbildungen zu Klageantrag II];

III. die Beklagte zu 1 zu verurteilen, an die Klägerin 2.636,90 € zuzüglich 5 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 9. September 2015 zu zahlen;

IV. die Beklagte zu 2 zu verurteilen, an die Klägerin 1.973,90 € zuzüglich 5 Prozentpunkten Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 18. September 2015 zu zahlen.

(13) Das Landgericht hat der Klage vollumfänglich stattgegeben. Das Berufungsgericht hat das landgerichtliche Urteil insoweit abgeändert, als es die Klage hinsichtlich der Verurteilung der Beklagten zu 2 zur Erstattung der Abmahnkosten abgewiesen und die Kostenentscheidung geändert hat (OLG München, GRUR-RR 2018, 151). Mit der vom

Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstreben die Beklagten weiterhin die vollständige Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

(14) I. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klägerin habe gegen die Beklagten einen Unterlassungsanspruch aus § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Abs. 5 Satz 1 MarkenG sowie gegen die Beklagte zu 1 einen Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten aus §§ 677, 683 BGB. Zur Begründung hat es ausgeführt:

(15) Die Klägerin sei vom Inhaber der Klagemarke zur Verfolgung von Markenverletzungen ermächtigt. In den Anzeigen sei das mit der Marke identische Zeichen „Ortlieb“ für identische Waren benutzt worden. Erschöpfung sei nur insoweit eingetreten, als die Anzeigen sich auf Ortlieb-Produkte bezögen. Die herkunftshinweisende Funktion der Marke werde durch die Präsentation von Drittangeboten als „Treffer“ zu den erwarteten Angeboten von Ortlieb-Produkten beeinträchtigt. Aufgrund der konkreten Gestaltung der Anzeigen erwarte der angesprochene Verkehr, dass ihm beim Anklicken spezifisch zur Anzeige passende Angebote der dort beworbenen Ortlieb-Produkte gezeigt würden. Tatsächlich präsentierten ihm die „Trefferlisten“ zu den Anzeigen aber auch Angebote anderer Hersteller.

(16) II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision bleibt im Ergebnis ohne Erfolg. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, der Klägerin stehe gegen die Beklagten der geltend gemachte Unterlassungsanspruch wegen der Verwendung der Klagemarke in den mit bestimmten Ergebnislisten auf der Internetseite der Beklagten zu 1 verlinkten Anzeigen der Google-Suche nach § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Abs. 5 Satz 1 MarkenG und gegen die Beklagte zu 1 der Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten zu.

(17) 1. Entgegen der Auffassung der Revision sind die Unterlassungsanträge nicht zu weit gefasst. Das von der Klägerin mit diesen Anträgen begehrte Verbot bezieht sich nach dem Antragswortlaut, den antragsgegenständlichen konkreten Verletzungshandlungen und dem zur Auslegung der Anträge heranzuziehenden Klagevorbringen (vgl. BGH, Urteil vom 12. Mai 2011 - I ZR 20/10, GRUR 2011, 1140

Rn. 15 = WRP 2011, 1606 - Schaumstoff Lübke, mwN) darauf, den Beklagten zu untersagen, in Anzeigen im Internet mit der Klagemarke zu werben, wenn diese Anzeigen mit Angebotslisten verlinkt sind, in denen nicht nur Angebote für ORTLIEB-Produkte gezeigt werden, sondern auch Produkte, die nicht von der Klägerin stammen und nicht mit der Klagemarke gekennzeichnet sind. Dieses Begehren kommt in den Unterlassungsanträgen zum Ausdruck. Anders als in der Sache „ORTLIEB I“ (BGH, Urteil vom 15. Februar 2018 - I ZR 138/16, GRUR 2018, 924 Rn. 52 = WRP 2018, 1074) zielen die Unterlassungsanträge der Klägerin damit nicht darauf, die Anzeige von Angeboten nicht erschöpfter Ware verbieten zu lassen.

(18) 2. Die auf Wiederholungsgefahr gestützten und in die Zukunft gerichteten Unterlassungsansprüche aus § 14 Abs. 5 Satz 1 MarkenG bestehen nur, wenn die beanstandeten Handlungen sowohl nach dem zur Zeit der jeweils beanstandeten Handlung geltenden Recht als auch nach dem zur Zeit der Revisionsentscheidung geltenden Recht rechtsverletzend waren (vgl. BGH, Urteil vom 7. März 2019 - I ZR 195/17, GRUR 2019, 522 Rn. 12 = WRP 2019, 749 - SAM, mwN). Nach dem Zeitpunkt der von der Klägerin beanstandeten Handlungen im Jahr 2015 ist das im Streitfall maßgebliche Recht durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2015/2436 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2015 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken vom 11. Dezember 2018 (Markenrechtsmodernisierungsgesetz - MaMoG; BGBl. I, S. 2357) mit Wirkung ab 14. Januar 2019 novelliert worden. Die Vorschrift des § 14 Abs. 2 Satz 1 MarkenG nF enthält vor der Aufzählung der drei Verletzungstatbestände nunmehr eine Passage, aus der sich ergibt, dass die markenrechtsverletzende Benutzung „in Bezug auf Waren oder Dienstleistungen“ erfolgen muss. In der Sache hat sich durch diese Ergänzung nichts geändert. Der Verletzungstatbestand des § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 MarkenG ist ebenso unverändert geblieben wie die Vorschrift über die Erschöpfung von Markenrechten in § 24 MarkenG.

(19) 3. Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Klägerin dazu legitimiert ist, die Rechte aus der Klagemarke zu verfolgen. Nach § 30 Abs. 3 Satz 1 MarkenG kann der Lizenznehmer mit Zustimmung des Markeninhabers Klage wegen der Verletzung der lizenzierten Marke erheben. Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen hat der Markeninhaber der Klägerin die Nutzungsrechte an der Klagemarke eingeräumt und sie ermächtigt, Markenverletzungen zu verfolgen.

Dagegen wendet sich die Revision nicht. Rechtsfehler sind insoweit auch nicht ersichtlich.

(20) 4. Das Berufungsgericht hat weiter mit Recht angenommen, dass die Beklagte zu 1 mit der Benutzung des Zeichens „Ortlieb“ ohne Zustimmung des Markeninhabers im geschäftlichen Verkehr ein mit der Klagemarke identisches Zeichen für Waren benutzt hat, die mit denjenigen identisch sind, für die sie Schutz genießt.

(21) a) Wer ohne Zustimmung des Inhabers der Marke im geschäftlichen Verkehr ein mit der Marke identisches Zeichen für Waren benutzt, die mit denjenigen identisch sind, für die sie Schutz genießt, kann nach § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Abs. 5 Satz 1 MarkenG vom Inhaber der Marke bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Die Vorschrift des § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 MarkenG setzte zunächst Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Buchst. a der Richtlinie 2008/95/EG (MarkenRL aF) und setzt nunmehr Art. 10 Abs. 1 und 2 Buchst. a der am 12. Januar 2016 in Kraft getretenen Richtlinie (EU) 2015/2436 (MarkenRL nF) um. Sie ist daher richtlinienkonform auszulegen. Nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Buchst. a MarkenRL aF gewährt die eingetragene Marke ihrem Inhaber das ausschließliche Recht, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr ein mit der Marke identisches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die mit denjenigen identisch sind, für die sie eingetragen ist. Nach Art. 10 Abs. 1 und 2 Buchst. a MarkenRL nF erwirbt der Inhaber der Marke mit ihrer Eintragung, unbeschadet der von Inhabern vor dem Zeitpunkt der Anmeldung oder dem Prioritätstag der eingetragenen Marke erworbenen Rechte, das ausschließliche Recht, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr, in Bezug auf Waren oder Dienstleistungen, ein Zeichen zu benutzen, wenn das Zeichen mit der Marke identisch ist und für Waren oder Dienstleistungen benutzt wird, die mit denjenigen identisch sind, für die die Marke eingetragen ist.

(22) b) Die Beklagte zu 1 hat die Klagemarke im geschäftlichen Verkehr benutzt. Eine Benutzung im geschäftlichen Verkehr liegt vor, wenn sie im Zusammenhang mit einer auf einen wirtschaftlichen Vorteil gerichteten kommerziellen Tätigkeit und nicht im privaten Bereich erfolgt (vgl. EuGH, Urteil vom 23. März 2010 - C-236/08 bis C-238/08, Slg. 2010, I-2417 = GRUR 2010, 445 Rn. 50 - Google France und Google). Diese Voraussetzungen liegen vor. Die Beklagte zu 1 ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts als Betreiberin der Website für die Verlinkung der Anzeigen mit den

Angebotslisten verantwortlich. Sie hat die Klagemarke als Schlüsselwort ausgewählt, um das Erscheinen ihrer Anzeigen auszulösen und die auf ihrer Internetseite zum Verkauf angebotenen Waren zu bewerben (vgl. zur Nutzung eines Kennzeichens als Adword EuGH, Urteil vom 8. Juli 2010 - C-558/08, Slg. 2010, I-6959 = GRUR 2010, 841 Rn. 27 - Portakabin; BGH, Urteil vom 28. Juni 2018 - I ZR 236/16, GRUR 2019, 165 Rn. 60 = WRP 2019, 200 - keine-vorwerk-vertretung, jeweils mwN).

(23) c) Die Beklagte zu 1 hat das Zeichen „Ortlieb“ auch ohne Zustimmung des Markeninhabers benutzt.

(24) d) Die Beklagte zu 1 hat das Zeichen „Ortlieb“ für Waren (Fahrradtaschen und Lenkertaschen) benutzt, die mit den Waren identisch sind, für die die Klagemarke Schutz genießt (Fahrradtaschen und Lenkertaschen).

(25) e) Das Berufungsgericht ist auch zutreffend davon ausgegangen, dass die Beklagte zu 1 ein mit der Klagemarke identisches Zeichen benutzt hat. Das in den Anzeigen nach einer Google-Suche benutzte Zeichen „Ortlieb“ ist mit der Klagemarke „ORTLIEB“ identisch. Das Kriterium der Zeichenidentität ist zwar restriktiv auszulegen. Zeichenidentität setzt daher grundsätzlich eine vollständige Übereinstimmung der kollidierenden Zeichen voraus. Unschädlich sind jedoch so geringfügige Unterschiede zwischen den Zeichen, dass sie einem Durchschnittsverbraucher entgehen können (vgl. EuGH, Urteil vom 20. März 2003 - C-291/00, Slg. 2003, I-2799 = GRUR 2003, 422 Rn. 50 und 53 - LTJ Diffusien [Arthur/Arthur et Félicie]). Der Umstand, dass das Zeichen „Ortlieb“ klein und die Marke „ORTLIEB“ groß geschrieben ist, steht der Annahme ihrer Identität nicht entgegen. Beschränken sich die Unterschiede der zu vergleichenden Zeichen auf die Groß- oder Kleinschreibung einer Buchstabenfolge, so führen sie regelmäßig noch nicht aus dem Identitätsbereich heraus (vgl. EuGH, Urteil vom 22. September 2011 - C-323/09, Slg. 2011, I-8664 = GRUR 2011, 1124 Rn. 33 - Interflora und Interflora British Unit [INTERFLORA]; BGH, GRUR 2018, 924 Rn. 40 - ORTLIEB I; GRUR 2019, 522 Rn. 20 - SAM).

(26) 5. Das Berufungsgericht hat weiterhin mit Recht angenommen, dass die Benutzung des Zeichens „Ortlieb“ durch die Beklagte zu 1 die Herkunftsfunktion der Klagemarke „ORTLIEB“ beeinträchtigen kann.

(27) a) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union kann der Inhaber einer Marke der Benutzung eines mit dieser identischen Zeichens für Waren

oder Dienstleistungen, die mit denjenigen identisch sind, für die die Marke eingetragen ist, nur widersprechen, wenn die 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 deren anderen Funktionen wie etwa die Gewährleistung der Qualität der mit ihr gekennzeichneten Ware oder Dienstleistung oder die Kommunikations-, Investitions- oder Werbefunktion (vgl. EuGH, Urteil vom 18. Juni 2009 - C-487/07, Slg. 2009, I-5185 = GRUR 2009, 756 Rn. 58 - L'Oréal u.a.; EuGH, GRUR 2010, 445 Rn. 76 f. - Google France und Google; GRUR 2010, 841 Rn. 29 f. - Portakabin). Nach der Rechtsprechung des Senats liegt eine beeinträchtigende Benutzung des Zeichens vor, wenn es durch Dritte markenmäßig oder - was dem entspricht - als Marke verwendet wird und diese Verwendung die Funktionen der Marke und insbesondere ihre wesentliche Funktion, den Verbrauchern die Herkunft der Waren oder Dienstleistungen zu garantieren, beeinträchtigt oder beeinträchtigen kann (vgl. BGH, GRUR 2018, 924 Rn. 25 - ORTLIEB I; GRUR 2019, 522 Rn. 25 - SAM, jeweils mwN).

(28) b) Die Frage, ob die herkunftshinweisende Funktion beeinträchtigt wird, wenn Internetnutzern anhand eines mit der Marke identischen Schlüsselworts die Werbeanzeige eines Dritten gezeigt wird, hängt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union davon ab, wie diese Anzeige gestaltet ist. Die herkunftshinweisende Funktion der Marke ist beeinträchtigt, wenn aus der Anzeige für einen normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer nicht oder nur schwer zu erkennen ist, ob die in der Anzeige beworbenen Waren oder Dienstleistungen von dem Inhaber der Marke oder einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen oder vielmehr von einem Dritten stammen. Ob nach diesen Grundsätzen eine Beeinträchtigung der herkunftshinweisenden Funktion vorliegt oder vorliegen kann, ist Sache der Würdigung durch das nationale Gericht (vgl. EuGH, GRUR 2010, 445 Rn. 83 f. - Google France und Google; EuGH, Urteil vom 25. März 2010 - C-278/08, Slg. 2010, I-2520 = GRUR 2010, 451 Rn. 35 - BergSpechte; EuGH, GRUR 2010, 28 - 15 - 841 Rn. 34 - Portakabin; BGH, GRUR 2018, 924 Rn. 45 - ORTLIEB I). Im Revisionsverfahren sind diese im Wesentlichen vom Tatgericht zu treffenden Feststellungen zur Verkehrsauffassung nur darauf zu überprüfen, ob das Gericht bei seiner Würdigung gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen oder wesentliche Umstände unberücksichtigt gelassen hat (vgl. BGH, Urteil vom 17. Oktober 2018 - I ZR 136/17, GRUR 2019, 79 Rn. 29 = WRP 2019, 73 - Tork, mwN).

(29) c) Das Berufungsgericht hat angenommen, die herkunftshinweisende Funktion der Marke sei beeinträchtigt, weil der angesprochene Verkehr erwarte, beim Anklicken der Anzeigen Angebote von Ortlieb gezeigt zu bekommen. Die Gestaltung der Anzeigen gebe dem Verkehr keinerlei Veranlassung anzunehmen, ihm werde eine Angebotsübersicht präsentiert, in der ohne gesonderte Kenntlichmachung neben Ortlieb-Produkten gleichrangig Angebote anderer Hersteller enthalten seien. Diese Erwartung werde durch die in den Anzeigen selektiv wiedergegebenen URLs verstärkt, die allein die Begriffe aus der ersten Zeile der Anzeige verbunden mit einem „+“-Zeichen nach der Angabe „www.amazon.de/“ oder „amazon.de/“ enthielten. Damit werde dem Verkehr suggeriert, er gelange durch Anklicken der Anzeige zu der Webseite „www.amazon.de“ und zwar dort zu einer Zusammenstellung von Angeboten, die die genannten Kriterien erfüllten, somit also zu entsprechenden Produkten der Marke Ortlieb. Gegen diese Beurteilung des Tatgerichts wendet sich die Revision ohne Erfolg.

(30) d) Die Revision rügt vergeblich, das Berufungsgericht stelle rechtsfehlerhaft darauf ab, die Alternativangebote würden nicht abgesetzt von den in der Trefferliste ebenfalls angezeigten Ortlieb-Produkten präsentiert. Anders als in dem Verfahren „ORTLIEB I“ (BGH, GRUR 2018, 924 Rn. 47) hat das Berufungsgericht eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion nicht allein in der fehlenden Trennung von tatsächlich passenden Treffern und sonstigen Produkten in der Ergebnisliste gesehen. Vielmehr hat es die Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion aus der konkreten Gestaltung der Anzeige im Zusammenspiel mit der gemischten Ergebnisliste, die sowohl Produkte des Markeninhabers als auch Produkte Dritter zeigt, hergeleitet. Dabei hat es insbesondere auf die selektiv wiedergegebenen URLs abgestellt, aufgrund deren der Verkehr gerade mit spezifisch zur Anzeige passenden Angeboten rechne. Diese Beurteilung verstößt nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze. Die Revision setzt lediglich in revisionsrechtlich unzulässiger Weise ihre eigene Auffassung an die Stelle der vom Tatgericht vorgenommenen, nicht erfahrungswidrigen Sachverhaltsbewertung.

(31) 6. Die Revision wendet sich im Ergebnis auch ohne Erfolg gegen die Annahme des Berufungsgerichts, Erschöpfung gemäß § 24 Abs. 1 MarkenG sei nur insoweit eingetreten, als die Anzeige sich auf Ortlieb-Produkte beziehe. Mit dieser Begründung kann zwar eine Erschöpfung nicht verneint werden. Die Klägerin kann sich der Zeichenverwendung aber gemäß § 24 Abs. 2 MarkenG widersetzen.

(32) a) Die Beurteilung der Erschöpfung im Sinne von § 24 Abs. 1 MarkenG durch das Berufungsgericht hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

(33) aa) Nach § 24 Abs. 1 MarkenG hat der Inhaber einer Marke nicht das Recht, einem Dritten zu untersagen, die Marke für Waren zu benutzen, die unter dieser Marke von ihm oder mit seiner Zustimmung im Inland, in einem der übrigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum in den Verkehr gebracht worden sind. Die Erschöpfung tritt vorbehaltlich § 24 Abs. 2 MarkenG hinsichtlich aller Handlungen ein, die nach § 14 Abs. 3 und 4 MarkenG eine Verletzung der Marke darstellen können. Sie erfasst insbesondere das in § 14 Abs. 3 Nr. 6 MarkenG nF (§ 14 Abs. 3 Nr. 5 MarkenG aF) genannte Ankündigungsrecht, weshalb Waren, die mit einer Marke gekennzeichnet sind, bei ihrem Weitervertrieb durch Dritte grundsätzlich unter ihrer Marke beworben werden können (vgl. BGH, GRUR 2019, 165 Rn. 32 - keine-vorwerkvertretung, mwN). Die Vorschrift des § 24 MarkenG setzt Art. 15 MarkenRL nF (Art. 7 der MarkenRL aF) um und ist mithin richtlinienkonform auszulegen.

(34) bb) Aus dem Tatbestandsmerkmal der Benutzung der Marke „für Waren“ in § 24 Abs. 1 MarkenG folgt, dass Erschöpfung nur an Originalprodukten eintreten kann. Daran fehlt es, wenn die Werbung entweder nicht produktbezogen, sondern unternehmensbezogen erfolgt oder sich auf andere Produkte als Originalprodukte bezieht (BGH, GRUR 2019, 165 Rn. 53 - keine-vorwerkvertretung, mwN). Soweit der Bundesgerichtshof bisher einen Warenbezug verneint hat, wenn die Werbung sich auf andere Produkte als Originalprodukte bezieht (vgl. BGH, Urteil vom 8. Februar 2007 - I ZR 77/04, GRUR 2007, 784 Rn. 21 = WRP 2007, 1095 - AIDOL, mwN), stand allerdings nicht der - im Streitfall gegebene - gleichzeitige Vertrieb von Konkurrenzprodukten neben Originalprodukten in Rede. Auf die Situation des Wiederverkäufers, der neben Produkten des Markenherstellers Produkte anderer Hersteller vertreibt, ist diese Rechtsprechung nicht ohne weiteres übertragbar (vgl. BGH, GRUR 2019, 165 Rn. 53 - keine-vorwerkvertretung, mwN).

(35) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union steht der Umstand, dass der Wiederverkäufer neben Produkten des Markenherstellers auch Konkurrenzprodukte anbietet, der Verwendung der Marke in der Werbung nicht entgegen, sofern der Markeninhaber sich dieser Verwendung nicht aus berechtigten Gründen im Sinne von Art. 15 Abs. 2 MarkenRL nF (Art. 7 Abs. 2 MarkenRL aF)

widersetzen kann (vgl. EuGH, GRUR 2010, 841 Rn. 91 - Portakabin). Der Umstand, dass der Internetnutzer bei der Verwendung der Marke als Schlüsselwort beim Anklicken der Werbeanzeige - wie im Streitfall - auf Internetseiten geleitet wird, auf denen neben Originalprodukten auch Produkte anderer Marken angeboten werden, hindert danach die Erschöpfung nicht, sofern die berechtigten Interessen des Markeninhabers gewahrt bleiben (vgl. EuGH, GRUR 2010, 841 Rn. 87, 91 f. - Portakabin). Die vom Gerichtshof angestellte Erwägung, ein auf den Verkauf von Gebrauchsgütern einer fremden Marke spezialisierter Wiederverkäufer könne seine Kunden auf sein Geschäft ohne die Benutzung der Marke praktisch nicht hinweisen (vgl. EuGH, Urteil vom 23. Februar 1999 - C-63/97, Slg. 1999, I-905 = GRUR Int. 1999, 438 Rn. 53 - BMW; GRUR 2010, 841 Rn. 90 - Portakabin), gilt in gleicher Weise für den Wiederverkäufer, der - wie die Beklagte zu 1 - nicht mit dem Markeninhaber wirtschaftlich verbunden ist und außerhalb der Vertriebsorganisation des Markenherstellers neben Fremdprodukten auch Neuwaren des Markeninhabers anbietet (vgl. BGH, GRUR 2019, 165 Rn. 54 - keine-vorwerk-vertretung).

(36) b) Die Klägerin kann sich der Zeichenverwendung aber gemäß § 24 Abs. 2 MarkenG widersetzen.

(37) aa) Nach § 24 Abs. 2 MarkenG findet die Regelung über Erschöpfung von Markenrechten gemäß § 24 Abs. 1 MarkenG keine Anwendung, wenn sich der Inhaber der Marke der Benutzung der Marke im Zusammenhang mit dem weiteren Vertrieb der Waren aus berechtigten Gründen widersetzt, insbesondere wenn der Zustand der Waren nach ihrem Inverkehrbringen verändert oder verschlechtert ist. Ein berechtigter Grund im Sinne dieser Vorschrift liegt auch vor, wenn die konkrete Verwendung die Herkunfts- und Garantiefunktion des Zeichens verletzt oder die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der Marke in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt (vgl. BGH, GRUR 2019, 165 Rn. 76 - keine-vorwerk-vertretung, mwN; zu Art. 7 Abs. 2 MarkenRL aF vgl. EuGH, GRUR Int. 1999, 438 Rn. 51 f. - BMW; GRUR 2010, 841 Rn. 79 f. - Portakabin; zu Art. 15 Abs. 2 UMV vgl. BGH, Urteil vom 28. Juni 2018 - I ZR 221/16, GRUR 2019, 76 Rn. 26 = WRP 2019, 77 - beauty for less, mwN). Der Markeninhaber kann sich gemäß § 24 Abs. 2 MarkenG auch einer irreführenden Verwendung widersetzen, mittels deren Kunden zum Angebot von Fremdprodukten geleitet werden (vgl. BGH, GRUR 2019, 165 Rn. 78 - keine-vorwerk-vertretung).

(38) Daraus folgt, dass Umstände, unter denen der Markeninhaber gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG berechtigt ist, die Benutzung eines mit der Marke identischen Zeichens durch einen Werbenden als Schlüsselwort zu verbieten, das heißt Umstände, unter denen für einen normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer nicht oder nur schwer zu erkennen ist, ob die in der Anzeige beworbenen Waren oder Dienstleistungen von dem Inhaber der Marke oder einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen oder vielmehr von einem Dritten stammen, einer Situation entsprechen, in der § 24 Abs. 2 MarkenG anwendbar ist und in der sich folglich der Werbende nicht auf die Erschöpfungsregel des § 24 Abs. 1 MarkenG berufen kann (zu Art. 7 Abs. 2 MarkenRL aF vgl. EuGH, GRUR 2010, 841 Rn. 81 - Portakabin).

(39) bb) Danach kann die Klägerin gegen die Einrede der Erschöpfung berechnigte Gründe im Sinne von § 24 Abs. 2 MarkenG geltend machen.

(40) (1) Das Berufungsgericht hat festgestellt, der Verkehr erwarte, dass ihm beim Anklicken der streitgegenständlichen Anzeigen Angebote der dort beworbenen Produkte - Fahrradtaschen von Ortlieb, Fahrradtaschen und Zubehör von Ortlieb, Lenkertaschen von Ortlieb oder Gepäcktaschen von Ortlieb - gezeigt würden. Die Angabe des verkürzten URL unter dem Text der Anzeige suggeriere ihm, er werde durch Anklicken der Anzeige auf die Webseite „www.amazon.de“ und zwar dort zu einer Zusammenstellung von Angeboten gelangen, die die genannten Kriterien erfüllen, mithin (allein) zu Produkten der Marke Ortlieb. Der Kunde rechne mit spezifisch zur Anzeige passenden Angeboten.

(41) (2) Nach diesen Feststellungen, die revisionsrechtlich nicht zu beanstanden und insbesondere nicht erfahrungswidrig sind, wird die Klagemarke in den Anzeigen aufgrund der konkreten Gestaltung irreführend verwendet, so dass Kunden durch die auf diese Weise ausgebeutete Werbewirkung der Marke (auch) zum Angebot von Fremdprodukten geleitet werden (vgl. BGH, GRUR 2019, 165 Rn. 78 - keine-vorwerkvertretung). Dieser Verwendung der Marke kann sich die Klägerin widersetzen.

(42) 7. Das Berufungsgericht hat mit Recht auch eine Haftung der Beklagten zu 2 nach § 14 Abs. 7 MarkenG angenommen.

(43) 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. Für die Auslegung des § 14 Abs. 7 MarkenG ist uneingeschränkt auf die zu § 8 Abs. 2 UWG geltenden Grundsätze einer weiten Haftung des Geschäftsherrn für Beauftragte zurückzugreifen, obwohl die markenrechtliche Zurechnungsnorm anders als § 8 Abs. 2 UWG auch für Schadensersatzansprüche gilt. 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 den von ihm abhängigen Dritten verstecken können. Deshalb ist es unerheblich, wie die Beteiligten ihre Rechtsbeziehungen ausgestaltet haben (BGH, GRUR 2018, 924 Rn. 62 - ORTLIEB I, mwN).

(44) b) Das Berufungsgericht ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass die Beklagte zu 1 im Sinne von § 14 Abs. 7 MarkenG als Beauftragte der Beklagten zu 2 auf dem Gebiet der Werbung anzusehen ist. Die Beklagte zu 1 betreibt die Internetseite, über die die Beklagte zu 2 Waren vertreibt. Sie ist damit Teil der arbeitsteilig organisierten Geschäftstätigkeit der Beklagten zu 2. Ihre Tätigkeit kommt der Beklagten zu 2 unmittelbar zugute, soweit durch die von der Beklagten zu 1 zu verantwortende Verlinkung der Anzeigen mit den Angebotsseiten der Verkauf der von der Beklagten zu 2 angebotenen Waren gefördert wird. Da die Beklagte zu 1 insoweit als Beauftragte der Beklagten zu 2 im Sinne von § 14 Abs. 7 MarkenG anzusehen ist, haftet die Beklagte zu 2 insoweit für von ihr begangene Markenrechtsverletzungen.

(45) 8. Die Verurteilung der Beklagten zu 1 zur Zahlung von Abmahnkosten nebst Zinsen (Klageantrag III) ergibt sich aus §§ 677, 683 BGB und lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Die von der Beklagten zu 2 verlangten Abmahnkosten (Klageantrag IV) hat das Berufungsgericht rechtskräftig abgewiesen.

(46) III. Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist nicht veranlasst (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 - C-283/81, Slg. 1982, 3415 = NJW 1983, 1257 Rn. 21 - Cilfit u.a.; Urteil vom 1. Oktober 2015 - C-452/14, GRUR Int. 2015, 1152 Rn. 43 - Doc Generici, mwN). Im Streitfall stellt sich keine entscheidungserhebliche Frage zur Auslegung des Unionsrechts, die nicht bereits durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs geklärt oder nicht zweifelsfrei zu beantworten ist. Die Frage, ob im Einzelfall ein berechtigter Grund im Sinne von § 24 Abs. 2 MarkenG (Art. 7 Abs. 2 MarkenRL aF; Art. 15 Abs. 2 MarkenRL nF) vorliegt, ist

nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union von den nationalen Gerichten zu beantworten (vgl. EuGH, GRUR 2010, 841 Rn. 82 - Portakabin).

(47) IV. Danach ist die Revision der Beklagten mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen. Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, da weitere Feststellungen nicht zu treffen sind (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die im Rahmen von § 24 Abs. 2 MarkenG maßgeblichen Umstände entsprechen denen, die das Berufungsgericht bei der Anwendung des § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 MarkenG geprüft hat (vgl. EuGH, GRUR 2010, 841 Rn. 81 - Portakabin). Damit kann insoweit auf die vom Berufungsgericht in diesem Zusammenhang getroffenen Feststellungen zurückgegriffen werden.

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 12.01.2017 - 7 O 22589/15

OLG München, Entscheidung vom 11.01.2018 - 29 U 486/17