



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 217/10

Verkündet am:
13. Dezember 2012
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

MOST-Pralinen

MarkenG § 14 Abs. 2 Nr. 1 und 2

Wird Internetnutzern anhand eines mit der Marke identischen oder verwechselbaren Schlüsselworts eine Anzeige eines Dritten angezeigt (Keyword-Advertising), ist eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion der Marke grundsätzlich ausgeschlossen, wenn die Anzeige in einem von der Trefferliste eindeutig getrennten und entsprechend gekennzeichneten Werbeblock erscheint und selbst weder die Marke noch sonst einen Hinweis auf den Markeninhaber oder die unter der Marke angebotenen Produkte enthält (Fortführung von BGH, Urteil vom 13. Januar 2011 - I ZR 125/07, GRUR 2011, 828 = WRP 2011, 1160 - Bananabay II; Urteil vom 13. Januar 2011 - I ZR 46/08, MMR 2011, 608).

BGH, Urteil vom 13. Dezember 2012 - I ZR 217/10 - OLG Braunschweig
LG Braunschweig

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 31. Oktober 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Prof. Dr. Büscher, Dr. Koch und Dr. Löffler

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 24. November 2010 aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Braunschweig vom 27. August 2008 abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Hinsichtlich der Widerklage wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1

Die Klägerin ist Inhaberin der ausschließlichen Lizenz an der unter anderem für die Warenklasse 30 und damit auch für Pralinen und Schokolade eingetragenen deutschen Wort-Bildmarke „MOST“. Sie betreibt unter der Internetadresse „www.most-shop.com“ einen „MOST-Shop“, über den sie hochwertige Konfiserie- und Schokoladenprodukte vertreibt.

2 Die Beklagte unterhält unter den Internetadressen „www.feinkost-geschenke.de“ und „www.selection-exquisit.de“ einen Onlineshop für Geschenke, Pralinen und Schokolade. Sie schaltete im Januar 2007 bei der Suchmaschine Google eine Adword-Anzeige für ihren Internetshop. Als Schlüsselwort („Keyword“), dessen Eingabe in die Suchmaske das Erscheinen der Anzeige auslösen sollte, hatte die Beklagte den Begriff „Pralinen“ mit der Option „weitgehend passende Keywords“ gewählt. In der Liste der „weitgehend passenden Keywords“ stand auch das Schlüsselwort „most pralinen“. Bei Eingabe des Suchbegriffs „MOST Pralinen“ (Eingabe mit Anführungszeichen) erschien am 19. Januar 2007 rechts neben den Suchergebnissen folgende Anzeige der Beklagten:

Pralinen
Weine, Pralinen, Feinkost, Präsente
Genießen und schenken!
www.feinkost-geschenke.de

3 Über den in der Anzeige angegebenen elektronischen Verweis (Link) „www.feinkost-geschenke.de“ gelangte der Suchmaschinennutzer auf die Homepage der Beklagten unter der Internetadresse „www.selection-exquisit.de“. In dem Onlineshop der Beklagten wurden keine Produkte mit dem Zeichen „MOST“ vertrieben.

4 Die Klägerin ist der Ansicht, die Beklagte habe durch die Schaltung ihrer Anzeige das Recht an der Wort-Bildmarke „MOST“ verletzt. Die von der Markeninhaberin zur Verfolgung von Markenverletzungen ermächtigte Klägerin hat die Beklagte auf Unterlassung und Freistellung von den Kosten einer Abmahnung und eines Abschlusschreibens in Höhe von jeweils 699,90 € nebst Zinsen in Anspruch genommen.

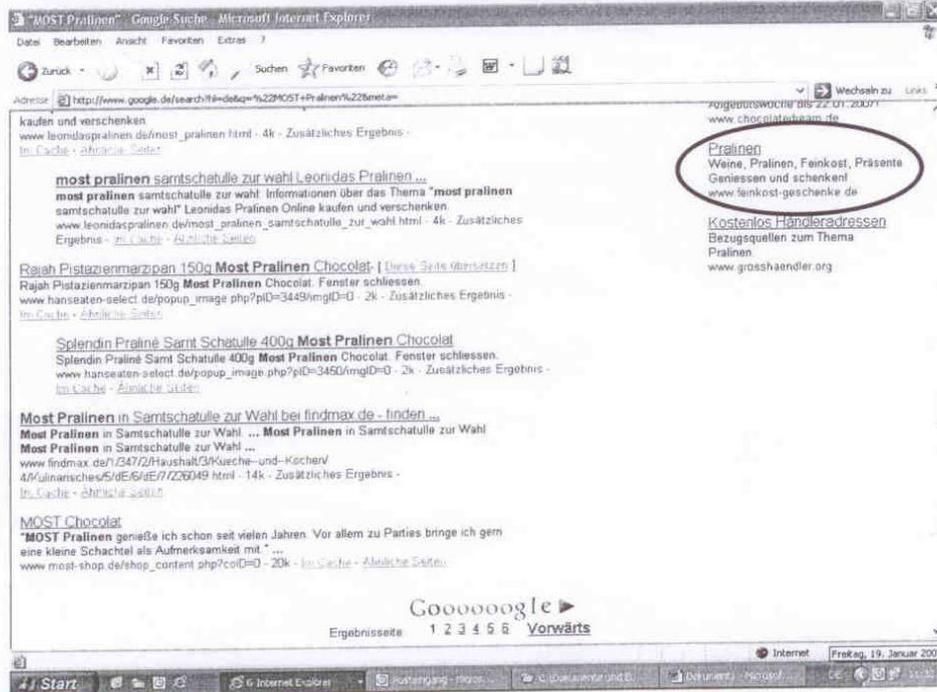
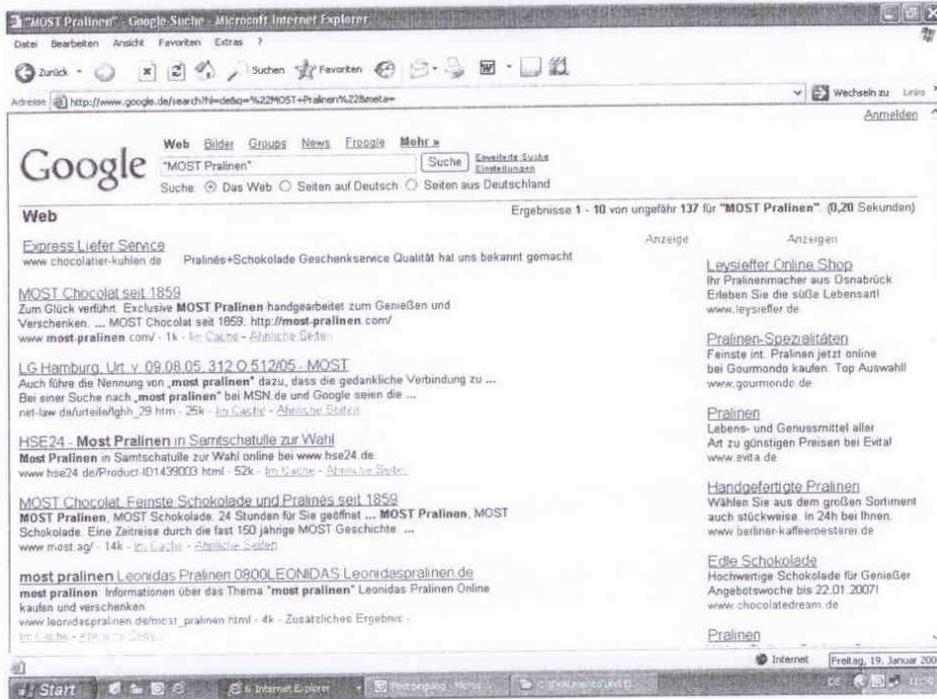
5 Die Beklagte hat von der Klägerin im Wege der Widerklage Zahlung und Freistellung von Rechtsanwaltskosten in Höhe von jeweils 1.379,80 € nebst

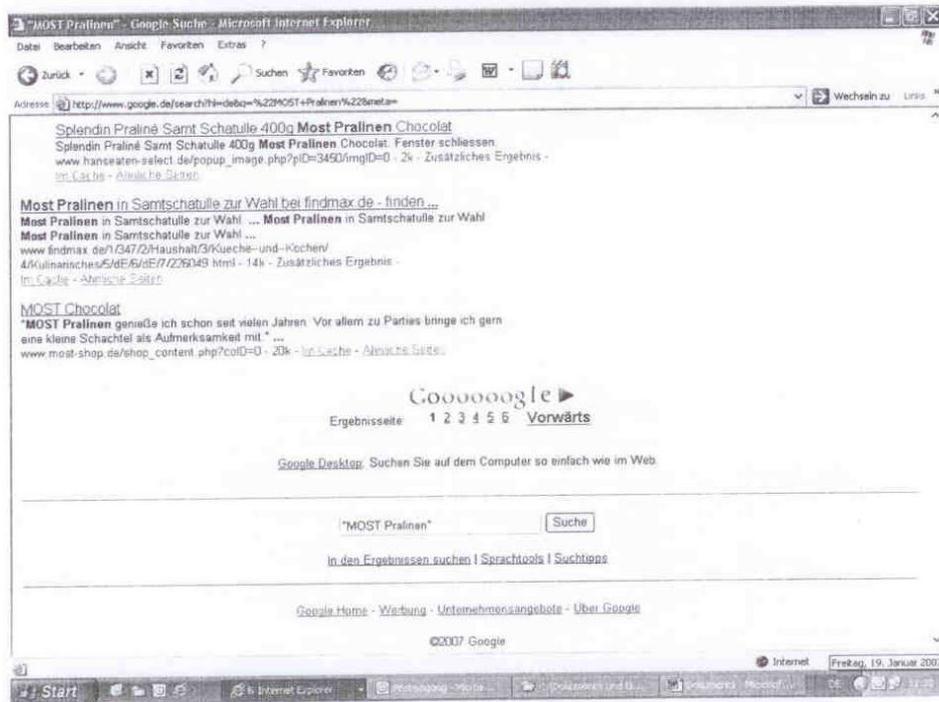
Zinsen verlangt. Sie ist der Ansicht, die Klägerin habe sie zu Unrecht abgemahnt und zur Abgabe einer Abschlusserklärung aufgefordert; sie sei daher zur Erstattung der dadurch entstandenen Anwaltskosten verpflichtet.

6 Das Landgericht hat der Klage - unter Abweisung des Zinsantrags - stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Die Beklagte hat dagegen Berufung eingelegt. Die Klägerin hat im Berufungsverfahren den Unterlassungsantrag auf die konkrete Verletzungsform beschränkt und den Freistellungsantrag bezüglich der Kosten des Abschlusschreibens mit Zustimmung der Beklagten zurückgenommen.

7 Das Berufungsgericht (OLG Braunschweig, GRUR-RR 2011, 91) hat die Berufung der Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass

1. es der Beklagten untersagt wird, im geschäftlichen Verkehr Google-AdWords-Anzeigen, die auf den unter URL „<http://www.selection-exquisit.de>“ in das Internet eingestellten Onlineshop verweisen, in der Art und Weise zu gestalten und/oder zu verbreiten bzw. gestalten zu lassen und/oder verbreiten zu lassen, dass diese bei Google („www.google.de“) nach erfolgter gezielter Suche nach „Most Pralinen“ in unmittelbarem räumlichen Zusammenhang zur Google-Suchergebnisliste erscheinen und auf den genannten Onlineshop verweisen, obgleich dieser keinerlei Produkte der Marke „MOST“ anbietet und/oder vertreibt, wenn dies wie folgt geschieht:





2. die Beklagte verurteilt wird, die Klägerin von entstandenen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 699,90 € durch Zahlung an die Prozessbevollmächtigten der Klägerin freizustellen.

8 Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag und ihren Widerklageantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

9 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Klägerin stünden die von ihr zuletzt erhobenen Ansprüche auf Unterlassung und Freistellung von Abmahnkosten zu. Die Klägerin sei als Lizenznehmerin berechtigt, Ansprüche wegen Markenverletzung mit Zustimmung des Markeninhabers geltend zu machen. Die in Rede stehende Adword-Anzeige habe die Rechte aus der Klage-marke verletzt. Die Beklagte sei dafür als Täterin, jedenfalls aber als Störerin

verantwortlich. Die Widerklage sei dagegen unbegründet, weil der Klägerin ein Unterlassungsanspruch zustehe und daher keine unberechtigte Schutzrechtsverwarnung vorliege. Zur Markenverletzung hat das Berufungsgericht ausgeführt:

10 Die Beklagte benutze das Zeichen „most pralinen“ dadurch, dass sie es als Schlüsselwort für ihre Adword-Anzeige ausgewählt habe, im geschäftlichen Verkehr. Sie benutze das Zeichen für die in ihrem Onlineshop angebotenen Waren und Dienstleistungen, auch wenn das Schlüsselwort in der Anzeige nicht erscheine.

11 Zwischen der Klagemarke „MOST“ und dem Schlüsselwort „most pralinen“ bestehe keine Identität, sondern nur Ähnlichkeit, weil es sich bei der Klagemarke um eine Wort-Bildmarke handele. Es komme daher auf Verwechslungsgefahr an. Unter Berücksichtigung der sehr hohen Zeichenähnlichkeit, der Warenidentität und der mindestens durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Klagemarke sowie der Wechselwirkung zwischen diesen Faktoren sei Verwechslungsgefahr gegeben. Es liege auch eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion vor. Für einen durchschnittlichen Internetnutzer sei aus der Werbeanzeige nicht zu erkennen, ob die beworbenen Waren oder Dienstleistungen vom Inhaber der Marke oder einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen oder doch von einem Dritten stammten. Ein Internetnutzer, der den Suchbegriff „MOST Pralinen“ in die Suchmaschine eingegeben habe, erwarte aufgrund des Wortlauts der Werbeanzeige ein Angebot von Pralinen der Marke „MOST“ und gehe irrtümlich jedenfalls davon aus, dass der Inhaber oder Lizenznehmer der Marke den Werbenden in den Vertrieb der Markenprodukte eingebunden habe. Zumindest könne ein durchschnittlicher Internetnutzer aufgrund des Werbelinks und der zugehörigen Werbebotschaft nicht erkennen, dass tatsächlich keine wirtschaftliche Verbindung zwischen dem Werbenden und dem Markeninhaber

oder dem Lizenznehmer bestehe. Eine abweichende Beurteilung ergebe sich nicht daraus, dass die Werbeanzeige neben den Suchergebnissen in dem mit „Anzeige“ gekennzeichneten Bereich erschienen sei.

12 Die Beklagte sei für die Markenrechtsverletzung als Täterin oder jedenfalls Störerin verantwortlich. Sie habe den Inhalt der Anzeige selbst gestaltet und das Schlüsselwort „Pralinen“ selbst gewählt. Sie habe ferner dadurch, dass sie keine der von Google angebotenen Keyword-Optionen („weitgehend passende Keywords“, „passende Wortgruppen“ oder „genau passende Keywords“) gewählt habe, die Standard-Option „weitgehend passende Keywords“ gebucht. Damit habe sie alle bei einer Auswahl dieser Option von Google hinzugefügten und vom Werbenden abwählbaren, von ihr aber nicht abgewählten Schlüsselwörter dazugebucht, darunter das Schlüsselwort „most pralinen“. Da der Beklagten bei der Buchung von Google bereitgestellte Informationen zu den Keyword-Optionen und zur Gefahr von Markenrechtsverletzungen vorgelegen hätten, habe sie fahrlässig gehandelt. Jedenfalls sei ihr zuzumuten gewesen zu prüfen, bei welchen Schlüsselwörtern ihre Adword-Anzeige erscheinen würde. Sie hätte bei einer solchen Prüfung erkennen können, dass die Anzeige auch bei Eingabe des Suchbegriffs „most pralinen“ oder „MOST Pralinen“ erscheinen würde.

13 II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Beklagten hat Erfolg. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hat die in Rede stehende Adword-Anzeige die Rechte aus der Klagemarke nicht verletzt. Die mit der Klage zuletzt erhobenen Ansprüche auf Unterlassung (§ 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5 MarkenG) und Freistellung von Abmahnkosten (§ 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 6 MarkenG, §§ 677, 683, 670 BGB) sind daher nicht begründet. Dagegen kann der mit der Widerklage geltend gemachte Anspruch auf Erstattung von Anwaltskosten nicht mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung verneint wer-

den, es liege keine unberechtigte Schutzrechtsverwarnung vor, weil der Klägerin ein Unterlassungsanspruch zustehe.

14 1. Dritten ist es nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG untersagt, ohne Zustimmung des Inhabers der Marke im geschäftlichen Verkehr ein Zeichen zu benutzen, wenn wegen der Identität oder Ähnlichkeit des Zeichens mit der Marke und der Identität oder Ähnlichkeit der durch die Marke und das Zeichen erfassten Waren oder Dienstleistungen für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht. Die Vorschrift des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG setzt Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Buchst. b MarkenRL um und ist daher richtlinienkonform auszulegen. Der Markeninhaber kann Dritten nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchst. b MarkenRL verbieten, ein Zeichen ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr zu benutzen, wenn wegen der Identität oder Ähnlichkeit des Zeichens mit der Marke und der Identität oder Ähnlichkeit der durch die Marke und das Zeichen erfassten Waren oder Dienstleistungen für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht.

15 2. Das Berufungsgericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass die Beklagte das Zeichen „most pralinen“ ohne Zustimmung des Markeninhabers „im geschäftlichen Verkehr“ benutzt hat.

16 Eine Benutzung im geschäftlichen Verkehr liegt vor, wenn die Benutzung im Zusammenhang mit einer auf einen wirtschaftlichen Vorteil gerichteten kommerziellen Tätigkeit und nicht im privaten Bereich erfolgt. Der Betreiber einer Suchmaschine, der den Werbenden mit Marken identische oder ähnliche Zeichen als Schlüsselwörter anbietet, die von den Werbenden ausgewählten Zeichen speichert und bei der Eingabe eines diesen Zeichen entsprechenden Suchwortes die Werbeanzeigen seiner Kunden einblendet, handelt danach zwar im Geschäftsverkehr. Er benutzt diese Zeichen jedoch nicht selbst. Benut-

zer dieser Zeichen ist vielmehr der Werbende, der das Schlüsselwort für seine Zwecke auswählt. Da er das als Schlüsselwort ausgewählte Zeichen verwendet, um das Erscheinen seiner Anzeige auszulösen, benutzt er das Zeichen auch im geschäftlichen Verkehr (vgl. EuGH, Urteil vom 23. März 2010 - C-236/08 bis C-238/08, Slg. 2010, I-2417 = GRUR 2010, 445 Rn. 50 bis 59 - Google France und Google; Urteil vom 25. März 2010 - C-278/08, Slg. 2010, I-2517 = GRUR 2010, 451 Rn. 18 - BergSpechte/trekking.at Reisen; Beschluss vom 26. März 2010 - C-91/09, GRUR 2010, 641 Rn. 17 - Eis.de/BBY; Urteil vom 8. Juli 2010 - C-558/08, GRUR 2010, 841 Rn. 27 = WRP 2010, 1350 - Portakabin/Primakabin; Urteil vom 22. September 2011 - C-323/09, GRUR 2011, 1124 Rn. 30 = WRP 2011, 1550 - Interflora/M&S Interflora Inc.).

17 Die Beklagte hat nicht nur das Schlüsselwort „Pralinen“ selbst gewählt. Sie hat vielmehr dadurch, dass sie keine der von Google angebotenen Keyword-Optionen („weitgehend passende Keywords“, „passende Wortgruppen“ oder „genau passende Keywords“) gewählt hat, die Standard-Option „weitgehend passende Keywords“ gebucht und damit alle bei einer Auswahl dieser Option von Google hinzugefügten und vom Werbenden abwählbaren, von ihr aber nicht abgewählten Schlüsselwörter dazugebucht, darunter das Schlüsselwort „most pralinen“. Damit hat sie auch das Schlüsselwort „most pralinen“ für ihre Werbezwecke ausgewählt.

18 3. Das Berufungsgericht hat weiter mit Recht angenommen, dass die Beklagte das Zeichen „most pralinen“ „für Waren oder Dienstleistungen“ benutzt hat.

19 Eine Benutzung des Zeichens „für Waren oder Dienstleistungen“ kann auch in einer Verwendung in der Werbung liegen (Art. 5 Abs. 3 Buchst. d MarkenRL; § 14 Abs. 3 Nr. 5 MarkenG). Dabei kommt es nicht darauf an, ob das

als Schlüsselwort verwendete Zeichen oder die anhand des Schlüsselworts beworbenen Waren oder Dienstleistungen in der Werbeanzeige selbst erscheinen. Vielmehr reicht es aus, dass der Werbende mit der Auswahl eines der Marke entsprechenden Schlüsselworts erreichen möchte, dass der Internetnutzer nach Eingabe des Suchworts den Werbelink anklickt und die von ihm auf der sich öffnenden Internetseite angebotenen Waren oder Dienstleistungen wahrnimmt (vgl. EuGH, GRUR 2010, 445 Rn. 60 bis 74 - Google France und Google; GRUR 2010, 451 Rn. 19 - BergSpechte/trekking.at Reisen; GRUR 2010, 641 Rn. 18 - Eis.de/BBY; GRUR 2010, 841 Rn. 42 - Portakabin/Primakabin; GRUR 2011, 1124 Rn. 31 - Interflora/M&S Interflora Inc.; BGH, Urteil vom 13. Januar 2011 - I ZR 125/07, GRUR 2011, 828 Rn. 20 = WRP 2011, 1160 - Bananabay II).

20 Die Beklagte hat das Zeichen „most pralinen“ danach durch seine Auswahl als Schlüsselwort ihrer Werbeanzeige für die in ihrem Onlineshop angebotenen Waren oder Dienstleistungen benutzt, auch wenn in der Werbeanzeige weder das Zeichen noch die Waren oder Dienstleistungen zu sehen sind.

21 4. Das Berufungsgericht ist auch zutreffend davon ausgegangen, dass zwischen der Klagemarke „MOST“ und dem Schlüsselwort „most pralinen“ keine Identität, sondern nur Ähnlichkeit besteht, weil es sich bei der Klagemarke um eine Wort-Bildmarke handelt. Es hat mit Recht angenommen, dass es deshalb auf die Frage der Verwechslungsgefahr ankommt (vgl. EuGH, GRUR 2010, 445 Rn. 78 - Google France und Google; GRUR 2010, 451 Rn. 22 - BergSpechte/trekking.at Reisen; GRUR 2010, 841 Rn. 50 - Portakabin/Primakabin) und der Schutz einer Marke vor Verwechslungsgefahr auf die Fälle beschränkt ist, in denen die Benutzung des Zeichens durch einen Dritten die Hauptfunktion der Marke, das heißt die Gewährleistung der Herkunft der Ware oder Dienstleistung gegenüber dem Verbraucher, beeinträchtigt oder beein-

trächtigen könnte (EuGH, Urteil vom 12. Juni 2010 - C-533/06, Slg. 2008, I-4231 = GRUR 2008, 698 Rn. 57 - O2/Hutchison, mwN; BGH, Urteil vom 13. Januar 2011 - I ZR 46/08, MMR 2011, 608 Rn. 24, mwN). Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist die Herkunftsfunktion der Marke der Klägerin durch die Anzeige der Beklagten jedoch nicht beeinträchtigt.

22 a) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union erfordert die Beurteilung, ob die Herkunftsfunktion einer Marke beeinträchtigt wird, wenn Internetnutzern anhand eines mit der Marke identischen oder der Marke ähnlichen Schlüsselworts eine Anzeige eines Dritten gezeigt wird, eine zweistufige Prüfung: Zunächst hat das Gericht festzustellen, ob bei einem normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer aufgrund der allgemein bekannten Marktmerkmale das Wissen zu unterstellen ist, dass der Werbende und der Markeninhaber nicht miteinander wirtschaftlich verbunden sind, sondern miteinander im Wettbewerb stehen. Falls ein solches allgemeines Wissen fehlt, hat das Gericht sodann festzustellen, ob für den Internetnutzer aus der Werbeanzeige erkennbar ist, dass die vom Werbenden angebotenen Waren oder Dienstleistungen nicht vom Markeninhaber oder mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen stammen (vgl. EuGH, GRUR 2011, 1124 Rn. 51 - Interflora/M&S Interflora Inc.).

23 Im Streitfall hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen, aus denen sich Anhaltspunkte dafür ergeben könnten, dass der normal informierte und angemessen aufmerksame Internetnutzer aufgrund der allgemein bekannten Marktmerkmale Kenntnis davon hat, dass der Werbende und der Markeninhaber nicht miteinander wirtschaftlich verbunden sind, sondern miteinander im Wettbewerb stehen. Daher kommt es allein darauf an, ob für den Internetnutzer aus der Werbeanzeige erkennbar ist, dass die vom Werbenden angebotenen Waren oder Dienstleistungen nicht vom Markeninhaber oder mit ihm wirtschaft-

lich verbundenen Unternehmen stammen. Diese Beurteilung hängt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union insbesondere 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 (vgl. zum mit der Marke identischen Schlüsselwort EuGH, GRUR 2010, 445 Rn. 82 bis 87 - Google France und Google; GRUR 2010, 451 Rn. 35 - BergSpechte/trekking.at Reisen; GRUR 2010, 641 Rn. 24 - Eis.de/BBY; GRUR 2010, 841 Rn. 34 - Portakabin/Primakabin; GRUR 2011, 1124 Rn. 44 - Interflora/M&S Interflora Inc.; zum der Marke ähnlichen Schlüsselwort GRUR 2010, 451 Rn. 38 f. - BergSpechte/trekking.at Reisen; GRUR 2010, 841 Rn. 52 - Portakabin/Primakabin).

24 Auf eine Beeinträchtigung in diesem Sinne ist zu schließen, wenn die Anzeige des Dritten suggeriert, dass zwischen ihm und dem Markeninhaber eine wirtschaftliche Verbindung besteht. Dasselbe gilt, wenn die Anzeige das Bestehen einer wirtschaftlichen Verbindung zwar nicht suggeriert, hinsichtlich der Herkunft der fraglichen Ware oder Dienstleistung aber so vage gehalten ist, dass ein normal informierter und angemessen aufmerksamer Internetnutzer aufgrund des Werbelinks und der ihn begleitenden Werbebotschaft nicht erkennen kann, ob der Werbende im Verhältnis zum Markeninhaber Dritter oder vielmehr mit ihm wirtschaftlich verbunden ist (EuGH, GRUR 2010, 445 Rn. 89 f. - Google France und Google; GRUR 2010, 451 Rn. 36 und 40 - BergSpechte/trekking.at Reisen; GRUR 2010, 641 Rn. 26 f. - Eis.de/BBY; GRUR 2010, 841 Rn. 35 und 53 - Portakabin/Primakabin; GRUR 2011, 1124 Rn. 45 - Interflora/M&S Interflora Inc.).

- 25 Ob nach diesen Grundsätzen eine Beeinträchtigung der herkunftshinweisenden Funktion vorliegt oder vorliegen kann, ist Sache der Würdigung durch das nationale Gericht (EuGH, GRUR 2010, 445 Rn. 88 - Google France und Google; GRUR 2010, 451 Rn. 37 - BergSpechte/trekking.at Reisen; GRUR 2010, 641 Rn. 25 - Eis.de/BBY; GRUR 2010, 841 Rn. 36 - Portakabin/Primakabin; EuGH, GRUR 2011, 1124 Rn. 46 - Interflora/M&S Interflora Inc.).
- 26 b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt nach diesen Grundsätzen keine Beeinträchtigung der herkunftshinweisenden Funktion der Marke vor, wenn die Werbeanzeige in einem von der Trefferliste eindeutig getrennten und entsprechend gekennzeichneten Werbeblock erscheint und selbst weder die Marke noch sonst einen Hinweis auf den Markeninhaber oder die unter der Marke angebotenen Produkte enthält (vgl. BGH, GRUR 2011, 828 Rn. 22 bis 28 - Bananabay II; MMR 2011, 608 Rn. 26).
- 27 Der verständige Internetnutzer erwartet in einem von der Trefferliste räumlich, farblich oder auf andere Weise deutlich abgesetzten und mit dem Begriff „Anzeigen“ gekennzeichneten Werbeblock nicht ausschließlich Angebote des Markeninhabers oder mit ihm verbundener Unternehmen. Der Verkehr, der eine Trennung der Werbung von der eigentlich nachgefragten Leistung aus dem Bereich von Presse und Rundfunk kennt, unterscheidet zwischen den Fundstellen in der Trefferliste und den als solche gekennzeichneten Anzeigen. Ihm ist klar, dass eine notwendige Bedingung für das Erscheinen der Anzeige vor allem deren Bezahlung durch den Werbenden ist. Ihm ist zudem bekannt, dass regelmäßig auch Dritte bezahlte Anzeigen bei Google schalten. Er hat daher keinen Anlass zu der Annahme, eine bei Eingabe einer Marke als Suchwort in der Anzeigenspalte erscheinende Adword-Anzeige weise allein auf das Angebot des Markeninhabers oder eines mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmens hin (BGH, GRUR 2011, 828 Rn. 28 - Bananabay II).

- 28 Rechnet der Internetnutzer mit Angeboten, die nicht vom Markeninhaber oder von mit ihm verbundenen Unternehmen stammen, bedarf es keines Hinweises auf das Fehlen einer wirtschaftlichen Verbindung zwischen dem Werbenden und dem Markeninhaber, um eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion der Marke auszuschließen. Der Umstand, dass ein in der Werbeanzeige angegebener Domain-Name auf eine andere betriebliche Herkunft hinweist (vgl. BGH, GRUR 2011, 828 Rn. 27 - Bananabay II), ist daher keine notwendige Bedingung, sondern nur ein zusätzlicher Grund für den Ausschluss einer Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion. Andererseits kann die Herkunftsfunktion der Marke auch bei einer Platzierung der Anzeige in einem deutlich abgesetzten und entsprechend gekennzeichneten Werbeblock beeinträchtigt sein, wenn die Werbeanzeige einen Hinweis auf das Markenwort oder den Markeninhaber oder die unter der Marke vom Markeninhaber oder mit seiner Zustimmung angebotenen Waren oder Dienstleistungen enthält. Allein der Umstand, dass Waren oder Dienstleistungen der unter der Marke vertriebenen Art in der Werbeanzeige mit Gattungsbegriffen bezeichnet werden, kann allerdings grundsätzlich nicht zu einer Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion der Marke führen.
- 29 Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht zu entnehmen, dass es für die Frage der Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion unerheblich ist, ob die Werbeanzeige in einem von der Trefferliste deutlich abgesetzten und entsprechend gekennzeichneten Werbeblock steht. Soweit der Gerichtshof in den Vorabentscheidungsverfahren „BergSpechte“ und „Portakabin“ die Vorlagefrage, ob es von Bedeutung ist, ob die Anzeige in der Trefferliste oder im Anzeigenblock erscheint, als unerheblich erachtet und nicht beantwortet hat, beruht dies ersichtlich allein auf seiner Annahme, die Vorlagefrage betreffe die - in den betreffenden Ausgangsverfahren nicht gegebene - Fallgestaltung, dass die Anzeige nicht im Anzeigenblock, sondern in der Trefferliste erscheint (vgl. EuGH, GRUR 2010, 451 Rn. 42 bis 44

- BergSpechte/trekking.at Reisen; GRUR 2010, 841 Rn. 37 bis 39 - Portakabin/Primakabin).

30 c) Danach ist im Streitfall eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion und damit eine Verletzung der Klagemarke zu verneinen. Gibt ein Internetnutzer den als Schlüsselwort gebuchten Begriff „MOST Pralinen“ als Suchwort ein, erscheint nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Anzeige der Beklagten in einem mit der Überschrift „Anzeigen“ gekennzeichneten, deutlich abgesetzten besonderen Werbeblock. Weder der Anzeigentext „Pralinen. Weine, Pralinen, Feinkost, Präsente. Geniessen und schenken!“ noch der aufgeführte elektronische Verweis „www.feinkost-geschenke.de“ enthalten einen Hinweis auf das Markenwort „MOST“, den Markeninhaber oder die vom Markeninhaber oder mit seiner Zustimmung unter der Marke angebotenen Produkte. Sie enthalten lediglich Gattungsbegriffe und weisen nicht auf eine Herkunft der Produkte aus dem Betrieb der Klägerin hin.

31 d) Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung ist auch im Blick auf die Rechtsprechung des österreichischen Obersten Gerichtshofs und der französischen Cour de cassation keine Vorlage an den Gerichtshof zur Klärung der Frage erforderlich, ob der Senat an seiner Beurteilung festhalten kann.

32 Der österreichische Oberste Gerichtshof ist nach der Vorabentscheidung des Gerichtshofs in der Sache „BergSpechte/trekking.at Reisen“ (GRUR 2010, 451) davon ausgegangen, die Herkunftsfunktion der Marke werde bereits dann beeinträchtigt, wenn die Werbeanzeige keinen klarstellenden Hinweis enthält, dass zwischen dem Markeninhaber und dem Werbenden keine wirtschaftliche Verbindung besteht (OGH, Beschluss vom 21. Juni 2010 - 17 Ob 3/10f, GRUR Int. 2011, 173, 175 - BergSpechte II; vgl. dazu Müller, GRUR Int. 2011, 175). Die französische Cour de cassation hat nach der Vorabentscheidung des Ge-

richtshofs in einer der Sachen „Google France und Google“ (GRUR 2010, 445) die Annahme des Berufungsgerichts als nicht rechtsfehlerhaft erachtet, dass nicht jede Verwechslungsgefahr ausgeschlossen sei, auch wenn die Anzeige die fragliche Marke nicht erwähne, das eigene, nicht verwechselbare Unterscheidungszeichen verwende und in einer separaten Kolumne unter der Überschrift „geschäftliche Links“ oberhalb oder rechts von den Ergebnissen der eigentlichen Recherche erscheine (Urteil vom 13. Juli 2010, GRUR Int. 2011, 625, 627 - CNRRH; vgl. dazu Henning-Bodewig, GRUR Int. 2011, 592).

33 Der österreichische Oberste Gerichtshof und die französische Cour de cassation haben demnach - wie auch der Bundesgerichtshof in seinen Entscheidungen vom 13. Januar 2011 - lediglich geprüft, ob die Werbeanzeigen aufgrund ihrer Gestaltung nach den vom Gerichtshof der Europäischen Union aufgestellten Grundsätzen die herkunftshinweisende Funktion der Marke beeinträchtigen. Diese Beurteilung hat der Gerichtshof der Europäischen Union den nationalen Gerichten überlassen (vgl. oben Rn. 22 ff.).

34 Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung sind auch die Ausführungen des Gerichtshofs in der Entscheidung „Interflora“, die nach den vorgenannten Entscheidungen der nationalen Gerichte ergangen ist, nicht dahin zu verstehen, dass der Gerichtshof die Anforderungen an die markenrechtliche Zulässigkeit des „Keyword-Advertising“ mit seinen Vorgaben für die zweite Stufe der Prüfung verschärft hat (so Ludwig, K&R 2011, 724, 725; Ott, WRPL 2012, B-3 f.). Insbesondere ist dieser Entscheidung nicht zu entnehmen, dass eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion nur dann ausgeschlossen ist, wenn der Werbende in der Anzeige ausdrücklich auf das Fehlen einer wirtschaftlichen Verbindung zum Markeninhaber hinweist; sie enthält auch keinen Hinweis darauf, dass es für den Ausschluss jeder Verwechslungsgefahr nicht ausreicht,

wenn die Anzeige in einem von der Trefferliste deutlich abgesetzten und entsprechend gekennzeichneten Werbeblock erscheint.

35 Der Gerichtshof hat lediglich ausgeführt, dass es unter den im zu beurteilenden Fall vorliegenden Umständen für den normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer besonders schwer sein kann, ohne Hinweis des Werbenden, dessen Werbeanzeige auf eine Suche mit der genannten Marke als Suchwort erscheint, zu erkennen, ob der Werbende wirtschaftlich mit dem Markeninhaber verbunden ist (vgl. EuGH, GRUR 2011, 1124 Rn. 52 - Interflora/M&S Interflora Inc.). Danach ist die Annahme nicht ausgeschlossen, dass der durchschnittliche Internetnutzer unter anderen Umständen auch ohne Hinweis des Werbenden erkennt, ob dieser mit dem Markeninhaber wirtschaftlich verbunden ist. Darüber hinaus hat der Gerichtshof auch in diesem Zusammenhang nochmals hervorgehoben, dass es Sache des nationalen Gerichts ist, die Frage der Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion unter Berücksichtigung aller Faktoren, die es für relevant erachtet, zu prüfen (EuGH, GRUR 2011, 1124 Rn. 53 - Interflora/M&S Interflora Inc.).

36 III. Danach ist das Berufungsurteil auf die Revision der Beklagten aufzuheben. Das landgerichtliche Urteil ist auf die Berufung der Beklagten abzuändern. Die Klage ist abzuweisen. Hinsichtlich der Widerklage wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Der Senat kann insoweit in der Sache

nicht selbst entscheiden, da das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - noch keine Feststellungen zu den Voraussetzungen einer unberechtigten Schutzrechtsverwarnung getroffen hat.

Bornkamm

Pokrant

Büscher

Koch

Löffler

Vorinstanzen:

LG Braunschweig, Entscheidung vom 27.08.2008 - 9 O 1263/07 -

OLG Braunschweig, Entscheidung vom 24.11.2010 - 2 U 113/08 -