



## OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN

### IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

Aktenzeichen: 29 U 4013/07

Entscheidung vom 6. Dezember 2007

In dem Rechtsstreit

1. Impuls Medien & Marketing GmbH, ...

2. impuls Finanzmanagement AG, ...

- Kläger und Berufungskläger ?

Prozessbevollmächtigte zu 1) und 2): Rechtsanwälte Terhaag & Partner, Stresemannstraße 26, 40210 Düsseldorf

gegen

...

hat der 29. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München durch ... aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 06.12.2007

#### für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung der Klägerinnen wird die Beklagte unter Abänderung des Urteils des Landgerichts München I vom 26.06.2007 verurteilt, an die Klägerinnen 2.863,40 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 30.03.2006 zu bezahlen.
2. Von den Kosten des Rechtsstreits einschließlich der in erster Instanz angefallenen Kosten haben die Klägerinnen 14 %, die Beklagte 86 % zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
4. Die Revision wird zugelassen.

#### Gründe:

I.

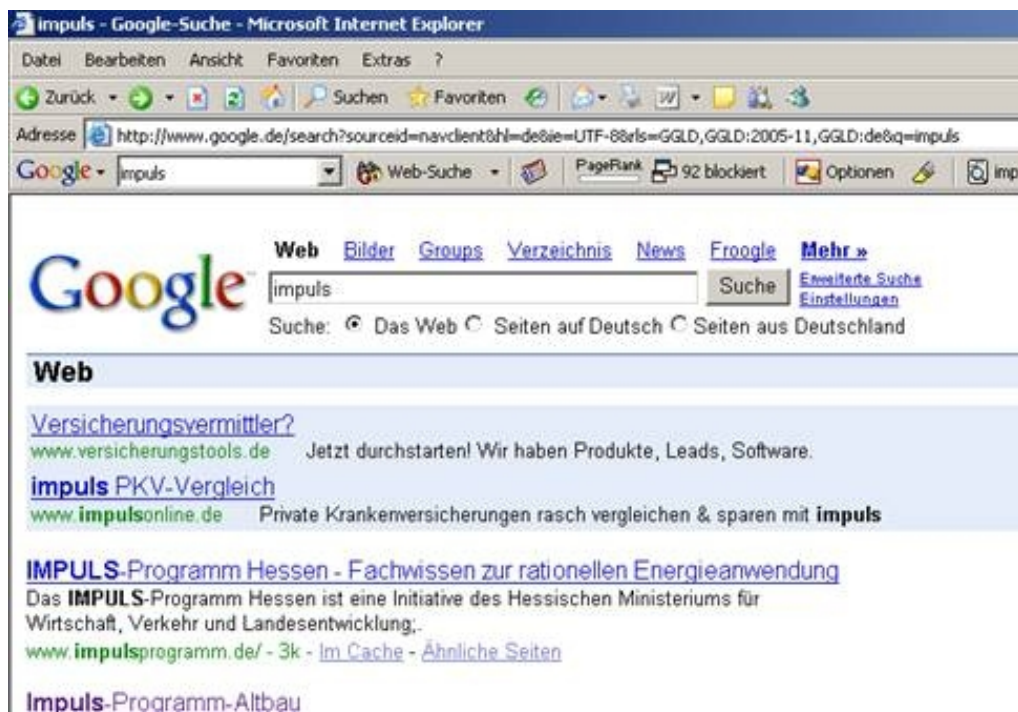
Die Parteien streiten .um die Erstattung von Kosten für eine auf die Verletzung von Kennzeichenrechten gestützte vorgerichtliche Abmahnung.

Die Klägerinnen betreiben im Internet unter der Domain "impulsonline.de" eine kostenlose Informationsplattform zu verschiedenen Versicherungs- und Finanzdienstleistungen. Aufgrund des Informationsangebotes auf den Internetseiten der Klägerinnen kann der Nutzer einen Preisvergleich zwischen verschiedenen Krankenkassen anstellen.

Die Klägerin zu 1) ist Inhaberin der deutschen Wortmarke 301 57 554 "Impuls", angemeldet am 28.09.2001 und eingetragen am 02.09.2005 für Waren/Dienstleistungen der Klassen 35, 36, 42 (u.a. Versicherungswesen, Datenverarbeitung und Erstellen von Programmen für die Datenverarbeitung). Die Klägerin zu 2) ist Inhaberin der deutschen Wort-/Bildmarke 301 447 28 "Impuls" (Anlage zum Schriftsatz der Klägervorteiler vom 10.10.2006, Bl. 27/32 d. A.), angemeldet am 21.07.2001 und eingetragen am 14.11.2001 für Waren/Dienstleistungen der Klassen 35, 36 Vermittlung von Versicherungen).

Die Beklagte bietet im Internet unter der Webseite "www.versicherungstools.de" Dienstleistungen im Versicherungswesen an, u.a. Preisvergleiche bei Krankenversicherungen.

Bei Eingabe des Suchbegriffs "impuls" bei der Internetsuchmaschine "Google" erschien Mitte Februar 2006 auf dem Bildschirm die nachfolgend dargestellte Webseite:



Mit Anwaltsschreiben vom 03.03.2006 mahnten die Klägerinnen die Beklagte hierwegen ab (Anlage K 3 a) und forderten diese zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auf (Anlage K 3 b). Dem kam die Beklagte mit Anwaltsschreiben vom 09.03.2006 nach (Anlage K 4). Eine Erstattung der klägerseits geltend gemachten Abmahnkosten lehnte die Beklagte allerdings ab.

Die Klägerinnen haben in erster Instanz Erstattung ihrer vorgerichtlichen Abmahnkosten wie folgt beantragt:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerinnen 3.321,54 € nebst Zinsen in Höhe von 8 % über dem Basiszinssatz ab dem 30.03.2006 zu bezahlen.

Die Beklagte hat in erster Instanz beantragt, die Klage abzuweisen.

Am 26.06.2007 erging vor dem Landgericht folgendes Urteil:

I. Die Klage wird abgewiesen.

II. Die Klägerinnen tragen die Kosten des Verfahrens.

III. (Sicherheitsleistung)

Zur Begründung führte das Erstgericht aus:

Es könne offen bleiben, ob die Beklagte eine sogenannte Adword-Anzeige mit dem Suchbegriff "Impuls bei Google" geschaltet habe. Es liege jedenfalls keine markenmäßige Verwendung durch die Beklagte vor. Die Verwendung des Begriffs "Impuls" als "Adword" oder "Keyword" beinhalte nämlich lediglich die Anweisung an die Suchmaschine, die eigene Werbeanzeige bei Eingabe des Suchbegriffs neben der Liste der Suchergebnisse und gekennzeichnet als Anzeige erscheinen zu lassen. Der Begriff "Impuls" diene demzufolge lediglich der Beschreibung des gewünschten Erscheinungsortes der Werbung. Nachdem in der Anzeige der Beklagten der Begriff "Impuls" nicht erwähnt sei, liege keine Kennzeichenverletzung vor. Die Vorgehensweise der Beklagten sei auch in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden. Ein Kostenerstattungsanspruch der Klägerin bestehe daher nicht.

Auf die tatsächlichen Feststellungen dieses Urteils wird Bezug genommen.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerinnen. Die angegriffene Entscheidung des Landgerichts berücksichtige nicht die aktuelle Rechtsprechung der Obergerichte, die seit dem "Impuls"-Urteil des Bundesgerichtshofs (BGHZ 168, 28) nahezu durchgängig in der Schaltung von Adword-Anzeigen eine markenmäßige Verwendung sehe. Dies gelte im Streitfall umso mehr, da die streitgegenständliche Anzeige der Beklagten vor jeglichem Hinweis auf die Klägerinnen positioniert gewesen sei. Zur Verantwortlichkeit der Beklagten für die die Kennzeichenverletzung begründende Anzeigenschaltung sei auf die Stellungnahme des Justizars von "Google", Dr. Haller, vom 03.04.2007 hinzuweisen.

Die Klägerinnen haben in der Berufungsinstanz zunächst beantragt,

die Beklagte unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts München I zu verurteilen, an die Klägerinnen 3.321,54 € nebst Zinsen in Höhe von 8 % über dem Basiszinssatz ab dem 30.03.2006 zu zahlen.

In der Berufungsverhandlung vom 06.12.2007 nahmen die Klägerinnen ihre Berufung in Höhe eines Hauptsachebetrags von 458,14 € (Mehrwertsteuer auf die eingeklagten Abmahnkosten) zurück. Sie beantragen daher,

die Beklagte ... zu verurteilen, an die Klägerinnen 2.863,40 € nebst Zinsen in Höhe von 8% über dem Basiszinssatz ab dem 30.03.2006 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Berufung der Klägerinnen zurückzuweisen.

Sie verteidigt das landgerichtliche Urteil. Es fehle bereits in tatsächlicher Hinsicht am Nachweis einer Verletzungshandlung der Beklagten. Eine Google-Anzeige mit dem Suchwort "Impuls" habe die Beklagte nicht geschaltet. Überdies stelle die Verwendung eines mit einer eingetragenen Marke identischen Suchworts keine Kennzeichenverletzung dar, wenn ? wie im Streitfall ? das Suchwort bzw. die geschützte Marke in der Google-Anzeige selbst nicht auftauche.

Im Übrigen wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und auf das Protokoll des Termins vom 06.12.2007 Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Klägerinnen ist ? unter Berücksichtigung der unter I. erwähnten Teilrücknahme (in Höhe von 458,14 ?) - begründet. Dies führt zur Abänderung des Ersturteils im aus dem Tenor dieses Urteils ersichtlichen Umfang.

1. Der Anspruch der Klägerinnen auf Erstattung der geltend gemachten vorgerichtlichen Abmahnkosten folgt dem Grunde nach aus § 14 Abs. 6 MarkenG i.V.m. § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG. Ob die Beklagte zudem aus Geschäftsführung ohne Auftrag nach § 683 Satz 1, § 677, § 670 BGB haftet (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 12.12.2006 ? Az.: VI ZR 188/05, nachgewiesen in juris, Rn. 17), kann im Streitfall dahinstehen.

a) Ohne Erfolg rügt die Beklagte, es fehle bereits in tatsächlicher Hinsicht an einer die Erstattungspflicht begründenden Kennzeichenverletzung. Die Klägerinnen haben spezifiziert dargetan, dass die Beklagte eine Adword-Anzeige (im Zuge des sogenannten Keyword-Advertising-Verfahrens) bei dem Suchmaschinenbetreiber ?Google" geschaltet habe. Dies hat die Beklagte nicht bestritten. Die Klägerinnen haben sich ferner die Darstellung des Justiziaris von Google, Dr. Bernd Haller, vom 03.04.2007 zu Eigen gemacht, wonach die Keywords ausschließlich vom Inserenten selbst in das Antragsformular der Adword-Anzeige eingetragen würden und hierbei der Kunde zwischen folgenden vier Optionen wählen könne (Bl. 77/78 d.A.):

- weitgehend passende Keywords
- passende Wortgruppe
- genau passende Keywords
- ausschließende Keywords

Dem Vortrag der Klägerinnen zufolge habe die Beklagte entweder unmittelbar den Begriff ?Impuls" als Adword eingetragen oder ein hierzu ?weitgehend passendes Keyword", wobei auch in letzterem Falle es einem Nutzer möglich gewesen sei, über den Begriff ?Impuls" die streitgegenständliche Webseite aufzurufen und die Werbeanzeige der Beklagten zur Kenntnis zu nehmen.

Diesem Vortrag ist die Beklagte in tatsächlicher Hinsicht nur insoweit entgegengetreten, als sie bestritt, ?Impuls" als Keyword in das Antragsformular eingetragen zu haben. Angesichts des Vorbringens der Klägerin sowie des Umstands, dass die Beklagte einräumte, eine Adword-Anzeige geschaltet zu haben, war ihr lediglich pauschales Bestreiten, für das Erscheinen der streitgegenständlichen Werbeanzeige bei der Eingabe des Suchworts ?Impuls" verantwortlich zu sein, unbehelflich (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 09.08.2007 ? 2 U 23/07, nachgewiesen in juris, Rn. 33, 34). Insbesondere kann sich die Beklagte nicht darauf berufen, dass ein unbeteiligter Dritter ein entweder genau passendes Suchwort oder ein weitgehend zum Begriff ?Impuls" passendes Suchwort als Adword bei Google eingegeben habe, bei dessen Aufruf die streitgegenständliche Werbeanzeige erscheine. Hiergegen spricht die Lebenswahrscheinlichkeit. Es ist kein plausibler Grund dafür ersichtlich, dass ein Dritter ? ohne Mitwirkung der Beklagten ? für diese über eine Adword-Anzeige Werbung machen sollte.

b) Entgegen der Auffassung der Beklagten stellt die Schaltung einer Anzeige mit einem zum Schlüsselwort ?Impuls" weitgehend passenden Keyword nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen zu II. 1. a) eine kennzeichenmäßige Verwendung dieses Zeichens dar. Die Frage einer kennzeichenmäßigen Benutzung bestimmt sich nach der Auffassung des Verkehrs, und zwar eines durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers (vgl. BGH GRUR 2005, 419, 421 f. Räucherkatze), im Streitfall also nach der Auffassung eines durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Durchschnittsnutzers der Suchmaschine ?Google". Hiernach lässt sich eine kennzeichenmäßige Verwendung nicht mit der Begründung verneinen, dass derartige vom Werbenden verwendete Schlüsselworte für den durchschnittlichen Internetnutzer nicht wahrnehmbar seien (vgl. BGHZ 168, 28 Rn. 17 ? Impuls, betreffend die Verwendung eines fremden Kennzeichens als verstecktes Suchwort (Metatag)). Eine kennzeichenmäßige Verwendung lässt sich im Streitfall auch nicht damit in Abrede stellen, dass der Durchschnittsnutzer der

Internet-Suchmaschine "Google" die Anzeigenspalte, in der die unter Verwendung des Schlüsselworts "Impuls" oder eines hierzu weitgehend passenden Keywords geschaltete Werbeanzeige erscheint, als von der Suchfunktion getrennte Werbepattform zahlender Werbetreibender wahrgenommen werde, so dass der Durchschnittsnutzer nicht annehme, dass die Beklagte mit dem Inhaber der Klagemarke "Impuls" identisch oder auch nur geschäftlich verbunden sei (vgl. Ullmann GRUR 2007, 633, 638; Imer WRP 2007, 399, 403 f. im Ergebnis ebenso Oberlandesgericht Düsseldorf; Urteil vom 23.01.2007, 1-20 U 79/60 = MMR 2007, 247, 248, das in einem solchen Fall eine Verwechslungsgefahr im Sinne von § 15 Abs. 2 MarkenG verneint; OLG Köln, Urteil vom 31.08.2007, 6 U 48/07, Anlage BB 1). Dem Streitfall lag nämlich, wie die Klägerinnen unter Wiedergabe des Inhalts der streitgegenständlichen Webseite (vgl. vorstehend unter I. dieses Urteils) unwidersprochen vorgetragen haben, keine vom Suchergebnis bei Angabe des Suchworts "Impuls" räumlich abgegrenzte, als solches ohne Weiteres erkennbare Werbeanzeige der Beklagten zugrunde. Vielmehr war die Anzeige der Beklagten "Versicherungsmittler?" mit der Angabe der Internet-Adresse "www.versicherungstools.de" noch vor dem Hinweis auf die Klägerinnen positioniert und schob sich damit zwischen den Markeninhaber und den kontaktsuchenden Kunden. Maßgeblich dafür, dass im Streitfall eine kennzeichenmäßige Verwendung vorliegt, ist vor allem auch der Umstand, dass sich die Beklagte durch die Wahl eines zu "Impuls" weitgehend passenden Keywords eine für Kennzeichen spezifische Lotsenfunktion zunutze machte, die darin besteht, in einem großen Angebot zutreffend gezielt zu den eigenen Waren bzw. Dienstleistungen hinzuweisen (BGHZ 168, 28 Tz. 17 - Impuls; BGH, Urteil vom 08.02.2007, I ZR 77/04, = GRUR 2007, 784 Tz. 18 - Aidol, jeweils zu "Metatag"; OLG Braunschweig, Beschluss vom 05.12.2006 -- 2 W 23/06 = MMR 2007, 110, 111; ferner OLG Braunschweig, Beschluss vom 11.12.2006 - 2 W 177/06 = GRUR-RR 2007, 71, 72; OLG Braunschweig, Urteil vom 12.07.2007 - 2 U 24/07, in juris dokumentiert, dort Rn. 42 ff.; OLG Dresden, Urteil vom 09.01.2007 - 14 U 1958/06 = K + R 2007, 269, in juris dokumentiert, dort Rn. 15; OLG Stuttgart, Urteil vom 09.08.2007 - 2 U 23/07, in juris dokumentiert, dort Rn. 22 ff.; jeweils zu Adword-Anzeigen). Durch die Verwendung des fremden Kennzeichens will das werbende Unternehmen nicht anders als bei einem Metatag - diejenigen Nutzer erreichen, die nach dem Angebot des Kennzeicheninhabers suchen. Damit dient das Keyword auch der Unterscheidung des Angebots (vgl. Seichter, Markenrecht und Internet, MarkenR 2006, 375, 379); die Frage, ob der Werbebanner in einer gesonderten Spalte abgesetzt von den Treffern der Suchmaschine steht, ist vor diesem Hintergrund ohne Belang für die Beurteilung der kennzeichenmäßigen Verwendung.

c) Im Streitfall besteht auch Verwechslungsgefahr im Sinne von § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG angesichts des Umstands, dass die Beklagte in der angegriffenen Anzeige für Dienstleistungen im Bereich des Versicherungswesens wirbt und die Klagemarken Schutz für solche Dienstleistungen beanspruchen (Dienstleistungsidentität bzw. hochgradige Ähnlichkeit) sowie aufgrund hochgradiger Zeichennähe, selbst wenn die Beklagte lediglich ein weitgehend passendes Keyword zu "Impuls" im Rahmen ihrer Adword-Anzeige geschaltet hat.

d) Ohne Erfolg beruft sich die Beklagte auch auf mangelndes Verschulden. Die Richtigkeit ihres Vorbringens unterstellt, wonach sie selbst eine Adword-Anzeige mit dem Suchwort "Impuls" nicht geschaltet habe, ist der Beklagten gleichwohl entgegenzuhalten, dass sie jedenfalls ein weitgehend hierzu passendes Keyword als Suchwort bei Google eingegeben und den Begriff "Impuls" nicht ausgeschlossen hat. Dies wäre ihr zur Vermeidung einer Kennzeichenverletzung zumutbar gewesen (§ 276 Abs. 1 Satz 2 BGB). Bei dieser Sachlage kann somit dahinstehen, ob die Beklagte als Täterin haftet oder lediglich im Wege der Störerhaftung in Anspruch genommen werden kann. Selbst in letzterem Falle hätte sie es unter Verletzung ihrer Prüfungspflichten verabsäumt, ihr zumutbare Anstrengungen zu unternehmen, um eine Kennzeichenverletzung zu vermeiden (BGHZ 158, 236, 250 - Internet-Versteigerung).

2. Auch der Höhe nach ist der Klageanspruch? unter Berücksichtigung der Rücknahme der Umsatzsteuer in Höhe von 458,14 € - begründet. Die von der Beklagten insoweit gegen die Höhe der Abmahnkosten in erster Instanz vorgebrachten Einwände sind unbegründet. Der der Abmahnung zugrunde gelegte Gegenstandswert von 100.000,-- € liegt im Hinblick auf vergleichbare Fälle der Verletzung einer in Kraft befindlichen eingetragenen Marke nicht außerhalb objektiv vertretbarer Grenzen und ist nicht zu beanstanden. Ohne Erfolg wendet sich die Beklagte auch gegen den Ansatz einer 1,8 Geschäftsgebühr innerhalb des Gebührenrahmens nach § 2300 VV RVG. Die Überschreitung der Mittelgebühr (1,3) begegnet im Streitfall

aufgrund der Schwierigkeit der Tätigkeit keinen durchgreifenden Bedenken (vgl. Nr. 2300 VV RVG: "Eine Gebühr von mehr als 1,3 kann nur gefordert werden, wenn die Tätigkeit umfangreich oder schwierig war."; siehe auch BVerwG NJW 2006, 247, 249 Rn. 26). Die Abmahn Tätigkeit setzte im Streitfall die intensive Auseinandersetzung mit der in Rechtsprechung und Literatur kontrovers diskutierte Frage der kennzeichenmäßigen Verwendung eines Suchbegriffs im Rahmen einer Adword-Anzeige (im Abgrenzung zum Metatag) auseinander. Der Einholung eines Sachverständigengutachtens der Rechtsanwaltskammer zur Beurteilung des angemessenen Gebührensatzes bedurfte es im Streitfall ? dem kein Gebührenprozess zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Auftraggeber zugrunde liegt (vgl. BVerwG NJW 2006, 247, 248 Rn. 19) - nicht.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 Satz 1, § 92 Abs. 1, § 516 Abs. 3 Satz 1 ZPO.

4. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit erfolgt aus § 708 Nr. 10, § 713 ZPO.

5. Nachdem die Frage der kennzeichenmäßigen Verwendung einer Adword-Anzeige von den Oberlandesgerichten unterschiedlich beurteilt wird (vgl. Ziffer II. 1.b) dieses Urteils), war die Revision zum Bundesgerichtshof zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen (§ 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO).

(Unterschriften)