



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 109/06

Verkündet am:
7. Oktober 2009
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Partnerprogramm

MarkenG § 14 Abs. 2 und 7

- a) Erscheint bei der Eingabe eines Suchbegriffs in der Trefferliste einer Suchmaschine ein Text, dem der Verkehr eine markenmäßige Benutzung des für einen Dritten als Marke geschützten Begriffs entnimmt, so genügt der Markeninhaber mit dem Vortrag dieses Geschehens im Regelfall seiner Darlegungslast für eine markenmäßige Benutzung seines Zeichens durch den Inhaber der unterhalb des Textes angegebenen, über einen elektronischen Verweis (Link) zu erreichenden Internetadresse. Macht dieser geltend, er benutze den betreffenden Begriff auf seiner Internetseite nur in einer beschreibenden Bedeutung, trägt er hinsichtlich der dafür maßgeblichen konkreten Umstände die sekundäre Darlegungslast.
- b) Unterhält ein Unternehmen ein Werbepartnerprogramm, bei dem seine Werbepartner auf ihrer Website ständig einen Link auf die das Angebot dieses Unternehmens enthaltende Internetseite bereitstellen, so sind diese Werbepartner jedenfalls dann als Beauftragte des Unternehmens i.S. von § 14 Abs. 7 MarkenG anzusehen, wenn ihnen für jeden Besucher, der über diesen Link zu dem Unternehmen gelangt und mit diesem einen Geschäftsabschluss tätigt, eine Provision gezahlt wird und der betreffende Werbepartner erst nach einer Überprüfung durch den Unternehmer selbst, der den Werbepartnern eine Auswahl für die Gestaltung der Werbemittel vorgibt, in das Partnerprogramm aufgenommen wird. Die Haftung nach § 14 Abs. 7 MarkenG beschränkt sich dabei auf das Handeln des Beauftragten auf eine bestimmte zum Partnerprogramm angemeldete Website, wenn nur über diese Website getätigte Links abgerechnet werden und der Auftraggeber auch nicht damit rechnen muss, dass der Beauftragte noch anderweitig für ihn tätig wird.

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Juni 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Prof. Dr. Büscher, Dr. Bergmann und Dr. Koch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 24. Mai 2006 aufgehoben.

Die Sache wird 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 Wortmarke Nr. 2058297 „ROSE“, eingetragen für die Waren Fahrräder und deren Einzelteile sowie Fahrradzubehör. Sie ist außerdem Inhaberin der Wort-/Bildmarke Nr. 39632786.9 „ROSE“, bei der der Wortbestandteil graphisch ausgestaltet ist und die u.a. für die Waren Fahrräder, Fahrradzubehör und Bekleidungsstücke eingetragen ist. Die Klägerin bietet unter ihrer Firma Rose Versand GmbH ihr Sortiment auch im Internet unter dem Domainnamen www.roseversand.de an.

2 Die Beklagte betreibt unter dem Domainnamen www.raddiscount.de einen Internetversandhandel für Fahrräder, Fahrradzubehör und Fahrradbekleidung. Um die Zugriffe auf ihre Internetseite zu erhöhen, arbeitet die Beklagte im Rahmen eines von ihr so bezeichneten Partnerprogramms mit Werbepartnern zusammen. Bei den Werbepartnern handelt es sich um Betreiber anderer Internetseiten, die einen elektronischen Verweis (Link) zur Internetseite der Beklagten einrichten. Die Werbepartner (sog. Affiliates) erhalten von der Beklagten eine Provision, wenn ein Kunde über diesen Weg auf die Seite der Beklagten gelangt und einen Kaufvertrag abschließt. Zu den Werbepartnern der Beklagten zählt die 0049-net GmbH, die unter mehreren Domainnamen Internetseiten betreibt. Dazu gehören auch die Domainnamen www.0049-index.de, www.superschnelle-raeder.de und www.tipps.de. In die rechtliche und finanzielle Abwicklung des Partnerprogramms der Beklagten ist die affilinet GmbH eingeschaltet, die vertragliche Beziehungen sowohl zu der Beklagten als auch zu den einzelnen Werbepartnern unterhält.

3 Im Herbst 2004 wurde bei Eingabe der Wörter „rose bike“ in die Internet-suchmaschine Google auf das Suchergebnis mit dem Domainnamen www.superschnelle-raeder.de an achter Stelle der über 1,5 Mio. Einträge umfassenden Trefferliste hingewiesen. Das Suchergebnis war mit „fahrrad **rose bike wear**“ überschrieben. Nach Anklicken erfolgte eine automatische Weiterleitung zur Internetseite mit dem Domainnamen www.tipps.de, auf der sich unter der Überschrift Raddiscount ein Link zur Internetseite der Beklagten befand. Nach Abmahnung durch die Klägerin beseitigte die 0049-net GmbH den Link und gab eine strafbewehrte Unterlassungserklärung ab.

4 Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Unterlassung in Anspruch. Die 0049-net GmbH habe ihre Kennzeichenrechte verletzt. Die gute Platzierung des Domainnamens als Suchergebnis in der Trefferliste sei auf die Verwendung der Begriffe rose und bike als versteckte Suchwörter im Quelltext der Internetseite (Metatags) und auf die Beeinflussung des Suchergebnisses durch deren sichtbare Verwendung zurückzuführen. Die Beklagte hafte für die Rechtsverletzungen ihres Werbepartners 0049-net GmbH als Störer und nach § 14 Abs. 7, § 15 Abs. 6 MarkenG.

5 Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken in der Werbung für einen Online-Shop, der Fahrräder, Fahrradzubehör und Fahrradbekleidung anbietet, die Bezeichnung

„rose“

und/oder

„rose bike“

zu nutzen und/oder nutzen zu lassen, indem bei Eingabe des Begriffs „rose bike“ als Suchbegriff in einer Internetsuchmaschine eine Internetseite angezeigt wird, die mit dem Online-Shop der Beklagten verlinkt ist, wenn dies geschieht wie über die nachfolgend abgebildeten Internetseiten der Domain www.superschnelle-raeder.de:

1. Schritt: Anzeige des Google-Suchergebnisses:



Web Bilder Groups Verzeichnis News

rose bike

Suche

Erweiterte Suche

Suche: ☒ Das Web ☐ Seiten auf Deutsch ☐ Seiten aus Belgien

Web

Ergebnisse 1 - 10 von ungefähr 1.510.000 für rose bike. (0,23 Sekunden)

Großes Angebot an Rose Bike immer Günstig und Billig im Versand

Alle Treffer zur Suche nach Rose Bike. 1 : Rose Bike : Hier günstig in Ihrem Fahrrad-Shop. ... 2 : Rose Bike günstig im Internet bestellen. ...

www.schnaepchen-kompass.de/rose-bike_5238.html - 12k - Im Cache - Ähnliche Seiten

circlek_log0401: (K) More info on 2/1 chocolate rose/bike rode - [Diese Seite übersetzen]

(K) More Info on 2/1 chocolate rose/bike rodeo prep. From: Kazuya Tsurushita

(ktsurushita@ucdavis.edu) Date: Wed Jan 28 2004 - 22:55:36 PST: ...

listproc.ucdavis.edu/archives/circlek/log0401/0012.html - 4k - Im Cache - Ähnliche Seiten

Roseversand Shop MTB Rennrad Trekkingrad Versand Fahrrad

... 359,00 €. Bike Travel Safe. 35,50 €. Chain Master. 6,15 €. Flugrahmen Rose Bike

Board. 45,50 €. Litech "Supporto". 81,00 €. Rose Comfort Velo Safe. 143,00 €. ...

www.roseversand.de/rose_main.cfm?KTG_ID=1106&cid=170 - 42k - Im Cache - Ähnliche Seiten

Schlickjumper - Bike Parts - xtreme (Rose Versand) airline 3

xtreme (Rose Versand) airline 3, 30/09/2004 11:51:20. xtreme (Rose Versand) airline

3 xtreme (Rose Versand) airline 3 anklicken zum vergrößern. ...

www.schlickjumper.de/parts/forum1_1620.htm - 28k - Im Cache - Ähnliche Seiten

Bike o'bello Radsportversand - Frauentrikot Carbo rosé -

... Jetzt neu : 25.08.2004 - Bike o' bello startet in dieser Woche mit der neuen

Kalt-Wetter-Kollektion... » Weiter » ... Frauentrikot Carbo rosé. ...

www.bike-o-bello.de/.../anid/50f405e0d69702d1_05567293/Frauentrikot-Carbo-ros%E9/ - 26k - Im Cache - Ähnliche Seiten

Bike o'bello Radsportversand - Frauentrikot Carbo rosé - Frauen ...

Bike o'bello Radsportversand - Radtrikots, Frauen-Radtrikots, Frauentrikot Carbo

rosé. Bike o'bello Bike o'bello, Radsportkleidung und Zubehör Shop, ...

www.bike-o-bello.de/.../anid/50f405e0d69702d1_05567293/Frauentrikot-Carbo-ros%E9/ - 29k - Im Cache - Ähnliche Seiten

[Weitere Ergebnisse von www.bike-o-bello.de]

Bike-Woche - Mitglied der MountainBikeHoliday - biken, Freunde ...

... Sonstige Informationen: Bike- und Aktivhotel Zur Rose - moderner Komfort verbunden

mit der Herzlichkeit eines Tiroler Familienunternehmens - versperbarer ...

www.urlaub-anbieter.com/rose-3.htm - 24k - Im Cache - Ähnliche Seiten

fahrrad rose bike wear

... fahrrad rose bike wear scott bike klappräder fahrradonlineshop einräder fahrradlampe

rennradhersteller trekking zubehör roller trekkingräder ersatzteile ...

www.superschnelle-räder.de/b-xu.html - Ähnliche Seiten

Mountain Bike Race - [Diese Seite übersetzen]

... Pizza, Cytowax, White Lightning, and more. Products donated by: Ski Rack

Sports in Bangor Maine; Rose Bike in Orono (800) 656-3525; ...

mountainbike.about.com/library/b/race_lincolnm0802.htm - 24k - Im Cache - Ähnliche Seiten

Lake Tahoe Mountain Bike Ride - North Lake Tahoe - Mt. Rose to ... - [Diese Seite übersetzen]

... Rose, you get more downhill than uphill which makes this section of the ... Environmental

Concerns: Remember, good mountain bike riders "Ride it, don't slide it ...

www.tahoeadventuresports.com/mbikeindex/north/mtrse_to_tunnel.htm - 26k - Im Cache - Ähnliche Seiten



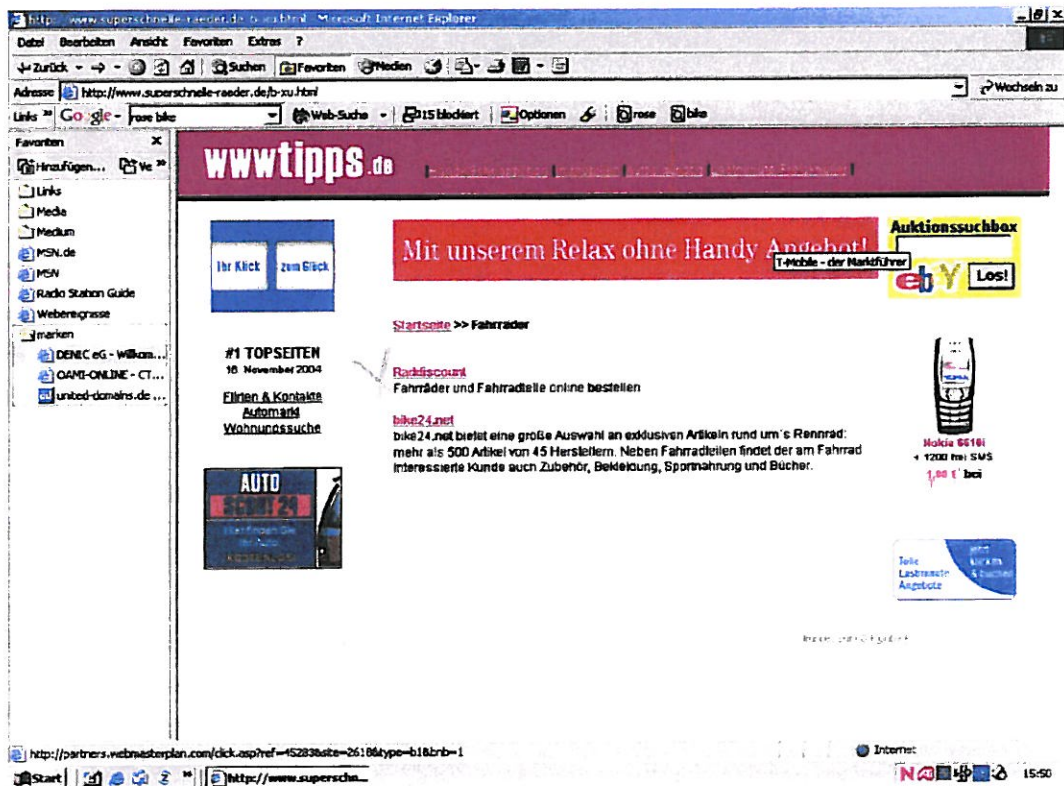
Ergebnis-Seite: 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 Vorwärts

rose bike

Suche

[In den Ergebnissen suchen](#) | [Sprachtools](#) | [Suchtipps](#)

2. Schritt: Nach Anklicken des Suchergebnisses www.superschnelle-raeder.de erscheint die nachfolgende Internetseite:



3. Schritt: Nach Anklicken der Aussage „Raddiscount“ erscheint die Internetpräsentation des Online-Shops raddiscount.de, deren Impressum nachstehend abgebildet wird (es folgt die Abbildung des Impressums).

6

Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Sie hat geltend gemacht, ihr sei die Werbung ihres Werbepartners unter www.superschnelle-raeder.de nicht zuzurechnen. Von der 0049-net GmbH sei nur der Internetauftritt unter dem Domainnamen www.0049-index.de als Werbeträger in ihrem Partnerprogramm angemeldet worden. Von einem anderen Werbeträger habe sie keine Kenntnis gehabt. Eine Haftung als Störer scheide aus, weil es ihr nicht möglich sei, alle ihre 6.000 Werbepartner zu kontrollieren. Eine Haftung ergebe sich

auch nicht aus § 14 Abs. 7 MarkenG, da die 0049-net GmbH nicht ihr Beauftragter sei.

7 Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben (OLG Köln MMR 2006, 622 = CR 2007, 184).

8 Dagegen richtet sich die (vom Senat zugelassene) Revision der Beklagten, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt.

Entscheidungsgründe:

9 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beklagte hafte nach § 14 Abs. 7 MarkenG für die von der 0049-net GmbH begangene Markenverletzung. Zur Begründung hat es ausgeführt:

10 Die 0049-net GmbH habe die Marken der Klägerin verletzt (§ 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG). Sie habe die Wörter „rose“ und „bike“ in der Weise genutzt, dass der Link auf die Internetseite der Beklagten im Ergebnis der Internetsuchmaschine Google für diese Begriffe an achter Stelle von über 1,5 Mio. Einträgen erschienen sei. Es könne dahinstehen, ob die Begriffe als Metatag verwendet oder eine andere Technik der Suchmaschinenbeeinflussung eingesetzt worden sei. Wenn bei einer sehr großen Zahl von Einträgen eine derart gute Platzierung erreicht werde, spreche die Lebenserfahrung für eine Manipulation des Suchergebnisses. Eine markenmäßige Benutzung liege vor. Zeige die Suchmaschine wie im Streitfall bei Eingabe der streitgegenständlichen Suchbegriffe in

der Trefferliste einen Text an, in dem unter der Überschrift „fahrrad rose bike wear“ Fahrräder samt Zubehör angeboten würden, werde das Wort „rose“ vom Verkehr als Herkunftshinweis aufgefasst.

11 Die Beklagte hafte für diese Markenverletzung nach § 14 Abs. 7 MarkenG, weil die Verletzungshandlung in ihrem geschäftlichen Bereich von der von ihr beauftragten 0049-net GmbH begangen worden sei. Die 0049-net GmbH sei im Auftrag der Beklagten auf dem Gebiet der Werbung für die Beklagte tätig geworden. Nach der konkreten Vertragsgestaltung des Partnerprogramms der Beklagten, dessen Zweck die Werbung für die Beklagte sei, entscheide diese über die Freigabe der Bewerbung eines Partners bei dem Partnerprogramm, mithin über das „Ob“ seiner Teilnahme. Die von der 0049-net GmbH im Rahmen des Partnerprogramms übernommenen Aufgaben hätten sich auch nicht auf die Durchführung konkreter Anzeigenaufträge beschränkt.

12 II. Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Sie beanstandet mit Recht, dass die Feststellungen des Berufungsgerichts nicht seine Annahme tragen, die Beklagte hafte nach § 14 Abs. 7 MarkenG für eine von der 0049-net GmbH begangene Markenverletzung.

13 1. Die Revision macht allerdings ohne Erfolg geltend, es fehle an einer markenmäßigen Verwendung der Klagemarken, weil das Berufungsgericht nicht festgestellt habe, dass die von ihm angenommene Manipulation des Suchergebnisses durch eine kennzeichenmäßige Verwendung der geschützten Marken bewirkt worden sei.

14 a) Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass eine markenmäßige Benutzung vorliegt, wenn ein als Suchwort verwendetes Zeichen dazu

benutzt wird, das Ergebnis des Auswahlverfahrens in der Trefferliste einer Internetsuchmaschine zu beeinflussen und den Nutzer auf diese Weise zu einer Internetseite des Verwenders zu führen (BGHZ 168, 28 Tz. 17 - Impuls; BGH, Urt. v. 8.2.2007 - I ZR 77/04, GRUR 2007, 784 Tz. 18 = WRP 2007, 1095 - AIDOL; zur Abgrenzung von Ergebnissen der Trefferliste zu einer als solche gekennzeichneten Anzeige, die das geschützte Markenwort nicht enthält BGH, Urt. v. 22.1.2009 - I ZR 30/07, GRUR 2009, 500 Tz. 16 ff. = WRP 2009, 435 - Beta Layout [zur geschäftlichen Bezeichnung]; Beschl. v. 22.1.2009 - I ZR 125/07, GRUR 2009, 498 Tz. 12 ff. = WRP 2009, 451 - Bananabay [zur Marke]). Dem steht - wie der Senat inzwischen entschieden hat - nicht entgegen, dass die Verwendung des Suchworts als Metatag im Quelltext der Internetseite oder in „Weiß-auf-Weiß-Schrift“ für den durchschnittlichen Internetnutzer nicht wahrnehmbar ist (zum Metatag BGHZ 168, 28 Tz. 17 - Impuls; zur „Weiß-auf-Weiß-Schrift“ BGH GRUR 2007, 784 Tz. 18 - AIDOL).

- 15 b) Im Streitfall ist das Berufungsgericht - unabhängig von der Frage, auf welche Weise das Auswahlverfahren der Suchmaschine hier beeinflusst worden ist - allerdings schon deshalb mit Recht von einer markenmäßigen Benutzung der Wortmarke „ROSE“ der Klägerin ausgegangen, weil sowohl in der Überschrift als auch im Text des als Ergebnis des Auswahlverfahrens an der achten Stelle der Trefferliste aufgeführten Eintrags das Wort „rose“ zusammen mit Hinweisen auf Fahrräder und Zubehör verwendet worden ist. Das Berufungsgericht hat dazu festgestellt, dass der Begriff „rose“ in der Überschrift „fahrrad rose bike wear“ im Zusammenhang mit dem darunter angezeigten Text, in dem Fahrräder samt Zubehör angeboten werden, vom Verkehr nicht als beschreibende Angabe, sondern als Herkunftshinweis aufgefasst wird. Damit hat das Berufungsgericht, wie auch der Anführung eines weiteren Eintrags unter der Überschrift „bike online shop fahrrad rose“ zu entnehmen ist, ersichtlich

ausdrücken wollen, dass „rose“ in dem Zusammenhang des beanstandeten Eintrags von dem angesprochenen Verkehrsteilnehmer, also dem Internetnutzer, der das Suchwort „rose bike“ eingegeben hat, als Hinweis auf die dort angebotenen Produkte aus einem bestimmten, mit dem Wort „rose“ bezeichneten Unternehmen verstanden wird.

16 c) Nach diesen - insoweit revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden - Feststellungen des Berufungsgerichts ist der mit der Wortmarke der Klägerin identische Begriff „rose“ in dem bei Angabe des Suchbegriffs „rose bike“ von der Suchmaschine angezeigten Text markenmäßig für Fahrräder und Fahrradzubehör, also für identische Waren, verwendet worden. Da somit bereits eine Markenbenutzung nach § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG gegeben ist, kann dahingestellt bleiben, ob auch die Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG vorliegen. Ebenso kann offenbleiben, ob der Begriff „bike“ in dem in Rede stehenden Zusammenhang vom Verkehr ebenfalls als Herkunftshinweis verstanden wird. Die Klägerin hat zwar auch die Verwendungsform „rose bike“ beanstandet. In der zusammengesetzten Bezeichnung wäre der Bestandteil „rose“ jedoch prägend, wenn der Verkehr in „rose bike“ eine einheitliche Kennzeichnung sehen sollte. In diesem Fall wäre auch bei normaler Kennzeichnungskraft der Klagewortmarke jedenfalls eine Verwechslungsgefahr nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG zu bejahen (vgl. EuGH, Urt. v. 6.10.2005 - C-120/04, Slg. 2005, I-8551 = GRUR 2005, 1042 Tz. 30 f. - THOMSON LIFE; BGH, Urt. v. 28.6.2007 - I ZR 132/04, GRUR 2008, 258 Tz. 33 = WRP 2008, 232 - INTERCONNECT/T-InterConnect).

17 2. Die Beklagte haftet für diese markenmäßige Benutzung der Marke „ROSE“ der Klägerin jedoch nur dann nach § 14 Abs. 2 Nr. 1 und 2, Abs. 5 und 7 MarkenG, wenn in der Verwendung dieses Begriffs in dem von der Such-

maschine angezeigten Text eine Verletzungshandlung (gerade) der 0049-net GmbH gesehen werden kann und die 0049-net GmbH diese Verletzungshandlung i.S. von § 14 Abs. 7 MarkenG als Angestellte oder Beauftragte in dem Betrieb der Beklagten begangen hat. Wie die Revision mit Recht beanstandet, rechtfertigen die bislang getroffenen Feststellungen es jedoch nicht, die (markenmäßige) Verwendung der Bezeichnung „ROSE“ in dem von der Suchmaschine angezeigten Text der 0049-net GmbH als Verletzungshandlung zuzurechnen und anzunehmen, die Beklagte hafte für die 0049-net GmbH als Betriebsinhaber i.S. von § 14 Abs. 7 MarkenG.

- 18 a) Den Feststellungen des Berufungsgerichts lässt sich schon nicht mit der gebotenen Sicherheit entnehmen, dass die 0049-net GmbH für den von der Suchmaschine angezeigten Text gerade in der konkreten Zusammensetzung verantwortlich ist, in der der Verkehr nach der Feststellung des Berufungsgerichts eine markenmäßige Verwendung des Begriffs „rose“ sieht. Das Berufungsgericht hat zwar angenommen, dass die 0049-net GmbH die Begriffe „rose“ und „bike“ so genutzt hat, dass der angezeigte Text mit dem Hinweis auf die Seite „superschnelle-raeder.de“ an achter Stelle von insgesamt ungefähr 1,5 Mio. Einträgen erschien. Dabei ist es davon ausgegangen, dass dieser Rang des Eintrags nach der Lebenserfahrung auf einer Manipulation des Suchergebnisses beruht. Es hat jedoch dahinstehen lassen, welche Technik der Suchmaschinenbeeinflussung dabei verwendet worden ist. Da das Berufungsgericht zudem keine Feststellungen dazu getroffen hat, nach welchen Kriterien eine Suchmaschine wie Google arbeitet, und die Verwendung der Begriffe „rose“ und „bike“, wie die Revision mit Recht geltend macht, etwa als Hinweis auf roséfarbene Fahrräder oder roséfarbene Kleidung für Radfahrer im Text oder Quelltext einer Internetseite eine rein beschreibende Funktion haben kann, lässt sich nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht aus-

schließen, dass die 0049-net GmbH ungeachtet der vom Berufungsgericht angenommenen Manipulation des Suchergebnisses die Bezeichnung „rose“ auf ihrer Internetseite lediglich mit einer beschreibenden Bedeutung verwendet hat. Eine Haftung des Betreibers einer Internetseite scheidet jedoch aus, wenn er bestimmte Begriffe im Quelltext oder im Text seiner Seite nur in einem beschreibenden Zusammenhang verwendet und diese erst durch das von ihm nicht beeinflussbare Auswahlverfahren einer Suchmaschine in der Trefferliste in einen Zusammenhang gestellt werden, dem der Verkehr eine markenmäßige Benutzung dieser Begriffe entnimmt.

- 19 b) Allerdings genügt derjenige, der einen Dritten wegen der Verwendung seiner Marke in der Trefferliste einer Suchmaschine als Markenverletzer in Anspruch nimmt, im Regelfall der ihm obliegenden Darlegungslast für eine markenmäßige Benutzung des in Rede stehenden Begriffs durch den in Anspruch Genommenen, wenn sich diese - wie im Streitfall - aus dem Zusammenhang des in der Trefferliste erscheinenden Textes ergibt. Nach dem - insoweit übereinstimmenden - Vorbringen der Parteien stammen die einzelnen Angaben in der entsprechenden Rubrik der Trefferliste jedenfalls von der darunter angegebenen Internetadresse, sei es, dass sie im sichtbaren oder nicht sichtbaren Text, sei es, dass sie im Quelltext oder in einem sonstigen Bestandteil des entsprechenden HTML-Dokuments dieser Internetseite enthalten sind. Ein Kläger genügt bei einer derartigen Fallgestaltung seiner Darlegungslast für eine markenmäßige Benutzung, wenn er - wie die Klägerin im vorliegenden Verfahren - substantiiert vorträgt, dass der betreffende Eintrag in der Trefferliste auf einer deren Inhaber zurechenbaren Gestaltung der betreffenden Internetseite beruht. Macht der als Verletzer in Anspruch Genommene demgegenüber geltend, im - sichtbaren und unsichtbaren - Text, im Quelltext und auch in sonstigen, für die Auswahl durch Suchmaschinen bedeutsamen Zusammenhängen werde der in

Rede stehende Begriff von ihm nur in einer beschreibenden Bedeutung verwendet, so obliegt ihm hinsichtlich dieser Umstände eine sekundäre Darlegungslast. Denn sie gehören zu seinem Wahrnehmungsbereich, während sich der Kläger Kenntnisse über die Gestaltung der Internetseite des Dritten, insbesondere über deren nicht sichtbare Teile, sowie über die zwischen dem Dritten und dem betreffenden Suchmaschinenbetreiber im Hinblick auf mögliche Auswahlkriterien gegebenenfalls getroffenen Vereinbarungen gar nicht oder nur mit Schwierigkeiten verschaffen kann. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann es Sache der nicht primär darlegungs- und beweispflichtigen Partei sein, sich zu den Behauptungen der beweispflichtigen Partei konkret zu äußern, wenn diese keine näheren Kenntnisse der maßgebenden Tatsachen besitzt, ihr Prozessgegner aber die wesentlichen Umstände kennt und es ihm zumutbar ist, dazu nähere Angaben zu machen (vgl. BGHZ 160, 308, 320 m.w.N.).

- 20 c) Im Streitfall ist jedoch nicht die Beklagte, sondern die 0049-net GmbH Inhaberin der unterhalb des angezeigten Textes angegebenen Internetseite „superschnelle-raeder.de“. Der Beklagten kann daher nur dann eine sekundäre Darlegungslast nach den oben dargelegten Grundsätzen auferlegt werden, wenn sie entweder über eigene Kenntnisse hinsichtlich der angegebenen Internetseite verfügt oder es ihr zuzumuten ist, sich diese Informationen von der 0049-net GmbH zu verschaffen. Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagten die maßgebliche Gestaltung der Internetseite „superschnelle-raeder.de“ aus eigenem Wissen bekannt ist, lassen sich dem Vorbringen der Parteien nicht entnehmen. Im Rahmen der sekundären Darlegungslast besteht nur dann eine Pflicht der Beklagten, sich diese Informationen von der 0049-net GmbH zu verschaffen, wenn die 0049-net GmbH auch hinsichtlich der Gestaltung ihrer Internetseite „superschnelle-raeder.de“ dem Verantwortungsbereich

der Beklagten zuzurechnen ist. Davon kann jedoch entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nach den bislang getroffenen Feststellungen nicht ausgegangen werden. Die 0049-net GmbH ist danach insoweit insbesondere nicht als Angestellte oder Beauftragte der Beklagten in deren Betrieb i.S. von § 14 Abs. 7 MarkenG tätig geworden.

- 21 aa) Für die Auslegung des § 14 Abs. 7 MarkenG ist uneingeschränkt auf die zu § 8 Abs. 2 UWG (§ 13 Abs. 4 UWG a.F.) geltenden Grundsätze einer weiten Haftung des Geschäftsherrn für Beauftragte zurückzugreifen, obwohl die markenrechtliche Zurechnungsnorm anders als § 8 Abs. 2 UWG auch für Schadensersatzansprüche gilt (BGH, Urt. v. 7.4.2005 - I ZR 221/02, GRUR 2005, 864 f. = WRP 2005, 1248 - Meißner Dekor II, m.w.N.). 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 zugute kommt, soll sich bei seiner Haftung nicht hinter den von ihm abhängigen Dritten verstecken können (vgl. BGH, Urt. v. 5.4.1995 - I ZR 133/93, GRUR 1995, 605, 607 = WRP 1995, 696 - Franchise-Nehmer; Urt. v. 28.6.2007 - I ZR 153/04, GRUR 2008, 186 Tz. 22 = WRP 2008, 186 - Telefonaktion). Der innere Grund für die Zurechnung der Geschäftstätigkeit des Beauftragten liegt vor allem in einer dem Betriebsinhaber zugute kommenden Erweiterung des Geschäftsbetriebs und einer gewissen Beherrschung des Risikobereichs durch den Betriebsinhaber (vgl. BGH GRUR 1995, 605, 607 - Franchise-Nehmer). Deshalb ist es unerheblich, wie die Beteiligten ihre Rechtsbeziehungen ausgestaltet haben (BGH, Urt. v. 8.11.1963 - Ib ZR 25/62, GRUR 1964, 263, 266 f. = WRP 1964, 171 - Unterkunde; Bergmann in Harte/Henning, UWG, 2. Aufl., § 8 Rdn. 250; Fritzsche in MünchKomm.UWG, § 8 Rdn. 301; Köhler in Hefermehl/

Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., § 8 Rdn. 2.44; Fezer/Büscher, UWG, § 8 Rdn. 170). Beauftragter kann auch ein selbständiges Unternehmen sein, etwa eine Werbeagentur (BGH, Urt. v. 25.4.1991 - I ZR 134/90, GRUR 1991, 772, 774 - Anzeigenrubrik I; BGHZ 124, 230, 237 - Warnhinweis). Entscheidend ist, dass der Werbepartner in die betriebliche Organisation des Betriebsinhabers in der Weise eingegliedert ist, dass der Erfolg der Geschäftstätigkeit des beauftragten Unternehmens dem Betriebsinhaber zugute kommt und der Betriebsinhaber einen bestimmenden, durchsetzbaren Einfluss auf diejenige Tätigkeit des beauftragten Unternehmens hat, in deren Bereich das beanstandete Verhalten fällt (BGH GRUR 1995, 605, 607 - Franchise-Nehmer; GRUR 2005, 864, 865 - Meißner Dekor II, m.w.N.). Dabei kommt es nicht darauf an, welchen Einfluss sich der Betriebsinhaber gesichert hat, sondern welchen Einfluss er sich sichern konnte und musste (vgl. BGH GRUR 1995, 605, 607 - Franchise-Nehmer, m.w.N.). Der Unternehmensinhaber haftet daher gegebenenfalls auch für ohne sein Wissen und gegen seinen Willen von einem Beauftragten begangene Rechtsverstöße.

- 22 bb) Das Berufungsgericht ist zwar rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass die 0049-net GmbH im Rahmen des Partnerprogramms der Beklagten grundsätzlich als deren Beauftragte auf dem Gebiet der Werbung i.S. von § 14 Abs. 7 MarkenG anzusehen ist. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann nach den bislang getroffenen Feststellungen jedoch nicht angenommen werden, dass die 0049-net GmbH auch insoweit als Beauftragte der Beklagten gehandelt hat, als sie unter den nicht zum Partnerprogramm der Beklagten angemeldeten Domainnamen „superschnelle-raeder.de“ und „tipps.de“ tätig geworden ist.

23 (1) Nach der Beschreibung auf ihrer Website bot die Beklagte mit ihrem „Raddiscount Partner-Programm“ ihren Werbepartnern die Möglichkeit an, sich gegen Zahlung einer Provision an ihrer „Bekanntmachung“ zu beteiligen, indem die Werbepartner auf ihren Websites Links auf die Internetseite der Beklagten bereitstellten. Für jeden Besucher der Internetseite des Werbepartners, der über diesen Link zur Beklagten gelangte und bei dieser einkaufte, wurde dem Werbepartner eine Werbeprovision ausbezahlt.

24 (2) Nach dieser Ausgestaltung des Partnerprogramms waren die Werbepartner in der Weise in die betriebliche Organisation der Beklagten eingegliedert, dass der Erfolg der Werbung der Werbepartner der Beklagten zugute kam. Die Werbepartner hatten es nicht nur übernommen, durch einen Hinweis auf ihrer eigenen Website für die Beklagte und deren Angebot zu werben. Sie hatten es außerdem durch Bereitstellung eines Links zu der Internetseite der Beklagten ermöglicht, dass Interessenten unmittelbar auf das Angebot der Beklagten zugreifen konnten. Diese Werbepartnerschaft war grundsätzlich auf Dauer angelegt, die Provisionszahlungen richteten sich nach der Anzahl der zu einem Kauf führenden Weiterleitungen in dem jeweiligen Abrechnungszeitraum. Wie das Berufungsgericht der Beschreibung des Partnerprogramms auf der Internetseite der Beklagten rechtsfehlerfrei entnommen hat, verfügte die Beklagte auch über einen bestimmenden, durchsetzbaren Einfluss auf die Werbetätigkeit ihrer Werbepartner. Ein interessierter Werbepartner musste sich zunächst auf der Internetseite der Beklagten anmelden und sich für das Partnerprogramm der Beklagten bewerben. Weiter war angegeben, dass nach Prüfung der Internetseite des Bewerbers dieser von der Beklagten eine Aufnahmebestätigung per E-mail mit weiteren technischen Einzelheiten erhielt. Der von der Beklagten angenommene Werbepartner konnte sodann ihm von der Beklagten zur Verfügung gestellte „HTML-Schnippsel“ in seine Seite integrieren und testen und da-

bei aus einer Reihe von Linkmöglichkeiten die für seine Internetseite und seinen Geschmack am besten passende auswählen. Mit dem Status als „vollwertiger Partner“ bekam er Zugang zu einem internen Partnerbereich unter einer angegebenen Internetadresse, wo ihm weitere Dienste zur Verfügung gestellt wurden, wie z.B. der Zugriff auf die Datenbank der Beklagten.

- 25 (3) Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass die 0049-net GmbH auf der Grundlage dieser Ausgestaltung des Partnerprogramms der Beklagten als deren Beauftragte i.S. von § 14 Abs. 7 MarkenG anzusehen ist, ohne dass es insoweit darauf ankommt, wie die vertraglichen Beziehungen zwischen der Beklagten, ihren Werbepartnern und der affilinet GmbH, der die technische Abwicklung des Partnerprogramms oblag, im Einzelnen ausgestaltet waren. Denn jedenfalls bestimmte die Beklagte mit Wirkung für die affilinet GmbH, ob ein Werbepartner an ihrem Programm teilnahm. Durch die Vorgabe von bestimmten Werbemitteln konnte sich die Beklagte einen bestimmenden Einfluss auf ihre Werbepartner sichern, auch wenn die affilinet GmbH zwischengeschaltet war. Dabei ging die Gestaltungsfreiheit der 0049-net GmbH zwar nicht so weit, andere als die ihr von der Beklagten vorgegebenen Links zu setzen; ferner war die von ihr zu erbringende Werbetätigkeit vertraglich auf eine bestimmte Website beschränkt. Andererseits war die Werbetätigkeit der 0049-net GmbH aber auch nicht auf solche bloß ausführenden Verrichtungen beschränkt, die außerhalb des Bereichs der regelmäßigen Tätigkeiten eines mit dem Vertrieb von Waren befassten Unternehmens wie der Beklagten liegen und deshalb der Annahme einer Eingliederung in deren geschäftlichen Betrieb entgegenstehen könnten (vgl. BGH, Urt. v. 31.5.1990 - I ZR 228/88, GRUR 1990, 1039, 1040 = WRP 1991, 82 - Anzeigenauftrag). Die Tätigkeit der 0049-net GmbH ging schon deshalb über die bloße Ausführung eines bestimmten Werbeauftrags hinaus, weil sie nach dem Partnerprogramm der Beklagten nicht nur

ständig mit der Werbung für diese betraut war (vgl. BGH, Urt. v. 25.9.1970 - I ZR 47/69, GRUR 1971, 119, 120 = WRP 1971, 67 - Branchenverzeichnis), sondern außerdem durch die Bereitstellung des Links auf die Internetseite der Beklagten und durch die Abrechnung der Provision nach der Anzahl der vermittelten Kunden in den betrieblichen Tätigkeitsbereich der Beklagten eingebunden war. Erweitert ein Unternehmer seinen Geschäftsbereich, indem er die Werbung seiner Internetseiten in dieser Weise auslagert, gehört das damit verbundene Risiko von Rechtsverstößen der Werbenden zu dem von ihm beherrschbaren Risiko. Ist der Unternehmer mit der Zwischenschaltung eines Dritten (hier: der affilinet GmbH) zwischen ihm und den jeweiligen Werbepartnern einverstanden, so kann er sich einer Haftung auch nicht entziehen, wenn er sich dabei einer unmittelbaren vertraglichen Einflussnahmemöglichkeit auf den Werbepartner begeben haben sollte.

- 26 (4) Die Beklagte hat allerdings vorgetragen, die 0049-net GmbH habe nur mit dem Domainnamen „0049-index.de“ an ihrem Partnerprogramm teilgenommen. Das Berufungsgericht hat dieses Vorbringen für unbeachtlich gehalten, weil die 0049-net GmbH aufgrund ihres Vertragsverhältnisses zur Beklagten als deren Beauftragte anzusehen sei und sie die beanstandete Markenverletzung auch dann i.S. von § 14 Abs. 7 MarkenG im geschäftlichen Betrieb der Beklagten begangen habe, wenn sie durch die Suchmaschinenbeeinflussung auf der nicht zum Partnerprogramm der Beklagten angemeldeten Internetseite „superschnelle-raeder.de“ gegen ihre der Beklagten gegenüber bestehenden Vertragspflichten verstoßen haben sollte. Denn eine private Tätigkeit, deren Ergebnis nur der 0049-net GmbH und nicht auch der Beklagten zugute komme, lasse sich in diesem Verhalten nicht sehen.

27 Die Revision rügt mit Recht, dass das Berufungsgericht damit die rechtlichen Voraussetzungen einer Haftung des Betriebsinhabers für seine Beauftragten nach § 14 Abs. 7 MarkenG nicht zutreffend bestimmt hat. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts scheidet eine Haftung des Betriebsinhabers für Personen, die er i.S. von § 14 Abs. 7 MarkenG mit Tätigkeiten für seinen Betrieb beauftragt hat, nicht nur dann aus, wenn diese außerhalb des Auftragsverhältnisses im privaten Bereich handeln. Der Auftraggeber haftet vielmehr auch dann nicht als Betriebsinhaber i.S. von § 14 Abs. 7 MarkenG, wenn der von ihm Beauftragte im konkreten Fall zwar geschäftlich tätig geworden ist, das betreffende geschäftliche Handeln jedoch nicht der Geschäftsorganisation des Auftraggebers, sondern derjenigen eines Dritten oder des Beauftragten selbst zuzurechnen ist. Ist der Beauftragte etwa noch für andere Personen oder Unternehmen tätig oder unterhält er neben dem Geschäftsbereich, mit dem er für den Auftraggeber tätig wird, noch weitere, davon zu unterscheidende Geschäftsbereiche, so beschränkt sich die Haftung des Auftraggebers auf diejenigen geschäftlichen Handlungen des Beauftragten, die dieser im Zusammenhang mit dem Geschäftsbereich vornimmt, der dem Auftragsverhältnis zugrunde liegt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Auftrag auf einen bestimmten Geschäftsbereich des Beauftragten beschränkt ist und der Auftraggeber nicht damit rechnen muss, dass der Beauftragte auch anderweitig für ihn tätig wird. Nur in diesem Umfang ist es im Hinblick auf das vom Auftraggeber beherrschbare Risiko gerechtfertigt, ihn der weiten Haftung des § 14 Abs. 7 MarkenG zu unterwerfen.

28 Nach dem Vorbringen der Beklagten, das mangels anderweitiger Feststellungen des Berufungsgerichts der rechtlichen Beurteilung in der Revisionsinstanz zugrunde zu legen ist, war die 0049-net GmbH nur mit dem Domainnamen „0049-index.de“ beim Partnerprogramm der Beklagten registriert und wurden auch nur für Links über diese Seite Provisionen gezahlt. Die Beklagte habe

weder die Seite mit dem Domainnamen „superschnelle-raeder.de“ noch andere Webseiten der 0049-net GmbH und deren Inhalt gekannt. Nach der von der Klägerin vorgelegten Beschreibung des Partnerprogramms der Beklagten überprüft diese die von dem jeweiligen Werbepartner angemeldete Website auf pornographische oder gesetzeswidrige Inhalte und übersendet dem Bewerber nach Abschluss der Prüfung gegebenenfalls eine Aufnahmebestätigung per E-mail mit weiteren technischen Einzelheiten, damit die ausgewählten Linkmöglichkeiten in die angemeldete Seite integriert werden können. Nach diesem Vorbringen der Beklagten ist die Beauftragung der 0049-net GmbH i.S. des § 14 Abs. 7 MarkenG auf die Werbetätigkeit für die Beklagte unter dem Domainnamen „0049-index.de“ beschränkt worden. Für eine darüber hinaus gehende geschäftliche Tätigkeit der 0049-net GmbH unter anderen Domainnamen auf anderen Internetseiten scheidet eine Haftung der Beklagten nach § 14 Abs. 7 MarkenG nach den oben dargelegten Grundsätzen schon deshalb aus, weil der Beklagten insoweit eine hinreichende Kontrolle der Tätigkeit der 0049-net GmbH nicht möglich und zumutbar war.

29 3. Aus den dargelegten Gründen kann auch nicht festgestellt werden, dass der Klägerin der geltend gemachte Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte nach § 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5 und 7 MarkenG wegen Verletzung ihrer Wort-/Bildmarke „ROSE“ oder nach § 5 Abs. 2, § 15 Abs. 2, 5 und 6 MarkenG wegen Verletzung der geschäftlichen Bezeichnung der Klägerin durch die 0049-net GmbH zusteht.

30 III. Die Entscheidung stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Eine Haftung der Beklagten für eine von der 0049-net GmbH begangene Markenverletzung nach den Grundsätzen der Störerhaftung, die nach der Rechtsprechung des Senats bei der Verletzung von Immaterialgü-

terrechten uneingeschränkt zur Anwendung kommen und die Verletzung zumutbarer Prüfungspflichten voraussetzen (BGHZ 158, 236, 251 - Internet-Versteigerung, m.w.N.), kann aus den oben genannten Gründen auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts gleichfalls nicht angenommen werden. Das Berufungsurteil ist daher auf die Revision der Beklagten aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, da die Sache noch nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 ZPO). Die Klägerin hat vorgetragen, bei dem zum Partnerprogramm der Beklagten angemeldeten Domainnamen „0049-index.de“ handle es sich um eine sogenannte „Haupt-URL“, die sich im Internet nicht aufrufen lasse, sondern die lediglich im Hintergrund genutzt werde, um die Weiterleitungen von den sonstigen vom Werbepartner genutzten Internetseiten abrechnen zu können. Zugriffe über den Domainnamen „superschnelle-raeder.de“ seien daher an diese Haupt-URL „0049-index.de“ weitergeleitet worden, über die dann die Abrechnung mit der Beklagten erfolgt sei. Die Beklagte habe gewusst, dass die 0049-net GmbH die Website mit dem Domainnamen „0049-index.de“ lediglich in dieser Weise zur administrativen Abwicklung benutzte und die Werbebanner tatsächlich auf Internetseiten zu finden seien, die unter anderen Domainnamen der 0049-net GmbH veröffentlicht würden. Nach diesem Vorbringen der Klägerin kommt in Betracht, dass die Beklagte jedenfalls aufgrund der ihr bekannten tatsächlichen Abwicklung des mit der 0049-net GmbH bestehenden Auftragsverhältnisses auch für deren Tätigkeit unter dem Domainnamen „superschnelle-raeder.de“ nach § 14 Abs. 7 MarkenG haftet und ihr entsprechend die sekundäre Darlegungslast für eine etwaige beschreibende Verwendung der Wörter „rose“ und „bike“ auf der Internetseite der 0049-net GmbH obliegt.

31 In diesem Fall kann die beanstandete Verletzungshandlung auch nicht als Benutzung einer beschreibenden Angabe nach § 23 Nr. 2 MarkenG als zulässig angesehen werden. Entgegen der Auffassung der Revision umfassen der Unterlassungsantrag der Klägerin und demzufolge ein ihm entsprechendes Verbot nicht die generelle Untersagung der Bezeichnungen „rose“ und „rose bike“. Vielmehr würde der Beklagten infolge der Bezugnahme auf die konkrete Verletzungshandlung nur eine Verwendungsform verboten, bei der bei Eingabe der Suchwörter „rose bike“ die Suchmaschine Texte anzeigt, in denen der Begriff „rose“ markenmäßig zur Kennzeichnung von Fahrrädern samt Zubehör verwendet wird. Eine Manipulation des Suchergebnisses, die in zurechenbarer Weise bei Eingabe der Suchwörter „rose bike“ zu einem Eintrag mit der beanstandeten markenmäßigen Verwendung des Begriffs „rose“ führt, ohne dass dem eine bloß beschreibende Verwendung dieser Begriffe auf der betreffenden Internetseite zugrunde liegt, verstößt jedenfalls gegen die guten Sitten i.S. von § 23 Nr. 2 MarkenG. Die Beklagte hat ferner nicht geltend gemacht, dass sich

die beanstandete Verwendung des Zeichens „rose“ auf die Werbung von Fahrrädern und Fahrradzubehörteilen bezieht, die die Klägerin unter ihrer Wortmarke mit der Folge in den Verkehr gebracht hat, dass ihre Markenrechte einschließlich des Rechts, die Marke in der Werbung zu verwenden (§ 14 Abs. 3 Nr. 5 MarkenG), nach § 24 MarkenG erschöpft sind.

Bornkamm

Pokrant

Büscher

Bergmann

Koch

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 06.10.2005 - 31 O 8/05 -

OLG Köln, Entscheidung vom 24.05.2006 - 6 U 200/05 -