

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juli 2022 durch die Richter Feddersen und Dr. Löffler, die Richterinnen Dr. Schwonke und Dr. Schmaltz und den Richter Odörfer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Kammergerichts - 5. Zivilsenat - vom 13. Juli 2021 unter Zurückweisung der Revision der Klägerin im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird auf die Berufung der Beklagten das Urteil des Landgerichts Berlin - Kammer für Handelssachen 97 - vom 29. Mai 2019 teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens tragen die Klägerin zu 3/4 und die Beklagte zu 1/4. Die Klägerin trägt die Kosten der Rechtsmittelverfahren.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin ist Inhaberin der deutschen Wortmarke Nr. 2045559 "ALBA" mit Priorität vom 26. Mai 1993, die unter anderem Schutz für die Dienstleistungen "Entsorgung und Verwertung von Abfall (...) durch (...) Recycling" bean-

spricht. Das Zeichen "ALBA" wird von der Klägerin seit vielen Jahren für diesen Geschäftsbereich auch als Unternehmenskennzeichen genutzt.

2 Die in Irland ansässige Beklagte betreibt eine Internet-Suchmaschine und bietet in Deutschland verschiedene entgeltliche Werbeprogramme an. Dazu zählt insbesondere das sogenannte Ads-Programm, das vormals unter dem Namen AdWords bekannt war (im Folgenden: AdWords). AdWords ist ein Programm, mit dem Werbetreibende ihre Werbung auf Internetseiten schalten können, die Teil des Google-Werbenetzwerks sind. Insbesondere können sie Anzeigen im Zusammenhang mit Suchfunktionen über die Suchmaschine unter www.google.de schalten.

3 Die Werbetreibenden können über ihr Konto bei AdWords Anzeigenkampagnen erstellen und verwalten. AdWords enthält hierfür eine strukturierte und nach Themenbereichen geordnete Hilfestellung. Die Entscheidungen hinsichtlich des Inhalts der Anzeigen, der Art und des Umfangs der Anzeigen und der jeweiligen Anzeigenkampagnen sowie der Werbestrategie werden von den Werbetreibenden getroffen. Diese bestimmen insbesondere den Text der jeweiligen Anzeige sowie die Internetseite, mit der die Anzeige verlinkt wird (sogenannte Zielseite oder "Landing Page"). Gibt ein Internetnutzer unter www.google.de Suchbegriffe ein, identifiziert AdWords automatisch potentiell relevante Anzeigen. Maßgeblich sind hierfür die vom Werbetreibenden ausgewählten Begriffe (sogenannte Keywords), bei deren Eingabe die Werbung angezeigt werden soll.

4 Am 29. November 2017 entdeckte die Klägerin, dass auf der Internetseite www.google.de bei Eingabe der Suchwörter "Alba Recycling" oberhalb der Ergebnisse folgende AdWords-Anzeige erschien:

Alba Recycling Abholung - Wir entsorgung billig für Sie

Anzeige|www. .de/

Sperrmüllabholung Entrümpelung Wohnungsauflösung Haushaltsauflösung
Kostenlose Angebote usw. · Entsorgungen Fachgerecht · Packer Träger sofort
Kategorien: Sperrmüll, Räumung, Abfall, Sondermüll

- 5 Diese Anzeige war mit der Internetseite www.
.de verlinkt, auf der Entsorgungsdienstleistungen angeboten wurden. Die
Recherche der Klägerin nach der für diese Internetseite verantwortlichen Per-
son blieb erfolglos. Nachdem die Klägerin bei der Beklagten eine sogenannte
Markenbeschwerde erhoben hatte, löschte die Beklagte die Anzeige.
- 6 Die Klägerin macht gegen die Beklagte Auskunftsansprüche zur Vorbe-
reitung von Schadensersatzansprüchen gegen den Besteller der Anzeige gel-
tend. Mit ihrer Klage hat sie die Erteilung einer Auskunft über den Zeitpunkt, ab
dem die Anzeige auf der Internetseite www.google.de sichtbar war (Klagean-
trag a), über die Anzahl der Klicks, mit denen die über die Anzeige zugängliche
Internetseite aufgerufen wurde (Klageantrag b) und über die Preise, die der Be-
steller für diese Anzeige an die Beklagte gezahlt hat (Klageantrag c), begehrt.
Die von ihr außerdem beehrte Auskunft über den Namen und die Anschrift des
Bestellers der Anzeige hat die Beklagte erstinstanzlich erteilt. Insoweit haben
die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt.
- 7 Das Landgericht hat der Klage im noch verbliebenen Umfang stattgege-
ben (LG Berlin, Urteil vom 29. Mai 2019 - 97 O 13/18, juris). Auf die vom Beru-
fungsgericht zugelassene Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die
Klageanträge b und c abgewiesen; die Berufung der Beklagten hinsichtlich ihrer
Verurteilung nach dem Klageantrag a hat es zurückgewiesen (KG, GRUR-RR
2021, 532 = WRP 2021, 1474).

8 Mit den vom Berufungsgericht zugelassenen Revisionen will die Klägerin eine Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils, die Beklagte eine vollständige Abweisung der Klage erreichen. Die Parteien beantragen jeweils, das Rechtsmittel der Gegenseite zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

9 A. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten als zulässig und teilweise begründet angesehen. Zur Begründung hat es ausgeführt:

10 Die Berufung sei zulässig. Zwar werde die Berufungssumme von 600 € nicht überschritten. Die Beklagte habe nicht nachvollziehbar dargelegt, dass mit der sorgfältigen Erteilung der Auskunft ein Aufwand an Zeit und Kosten entstehe, der es rechtfertigen könne, einen darüber liegenden Wert des Beschwerdegegenstands anzunehmen. Die Berufung sei jedoch zuzulassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung habe. Das Berufungsgericht müsse die Entscheidung über die Zulassung der Berufung nachholen, weil das Landgericht hierfür keine Veranlassung gesehen habe.

11 Der Klägerin stehe gegen die Beklagte aus § 19 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 MarkenG ein Anspruch darauf zu, dass diese ihr den Zeitpunkt mitteile, ab dem die streitgegenständliche Anzeige auf der Internetseite www.google.de sichtbar gewesen sei. Die Voraussetzungen von § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 MarkenG seien erfüllt. Es liege eine offensichtliche Rechtsverletzung vor, die Beklagte habe eine für die rechtsverletzende Tätigkeit genutzte Dienstleistung in gewerblichem Ausmaß erbracht und sei im Prozess gegen den Verletzer nicht zur Zeugnisverweigerung berechtigt. Die Angabe, ab welchem Zeitpunkt

die Anzeige auf der Internetseite www.google.de sichtbar gewesen sei, sei eine solche zum Vertriebsweg im Sinne von § 19 Abs. 1 MarkenG.

12 Der Klägerin stehe jedoch weder gemäß § 19 Abs. 3 Nr. 2 MarkenG noch gemäß § 242 BGB ein Anspruch auf Auskunft über die Anzahl der Klicks zu, mit denen die über die streitgegenständliche Anzeige zugängliche Internetseite aufgerufen worden sei. Eine analoge Anwendung von § 19 Abs. 3 Nr. 2 MarkenG komme nicht in Betracht, weil es an einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes fehle. Der Anspruch folge auch nicht aus § 242 BGB in Verbindung mit § 19d MarkenG. Es fehle jedenfalls an der dafür erforderlichen Sonderverbindung der Parteien.

13 Der Klägerin stehe auch kein Anspruch auf Erteilung der Auskunft darüber zu, welche Preise der Besteller für die streitgegenständliche Anzeige an die Beklagte bezahlt habe. Die Auskunftspflicht nach § 19 Abs. 3 Nr. 2 MarkenG beziehe sich nicht auf diejenigen Dienstleistungen, die der Verletzer für die rechtsverletzende Tätigkeit genutzt habe, sondern auf die widerrechtlich gekennzeichneten Dienstleistungen im Sinne von § 19 Abs. 1 MarkenG. Eine analoge Anwendung von § 19 Abs. 3 Nr. 2 MarkenG scheidet aus den bereits genannten Gründen aus, ebenso ein Anspruch aus § 242 BGB.

14 B. Die Revisionen der Parteien sind zulässig (dazu B I). Die Revision der Klägerin hat keinen Erfolg und ist zurückzuweisen. Die Revision der Beklagten führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit das Berufungsgericht zum Nachteil der Beklagten erkannt hat, und zur Abweisung der Klage (dazu B II).

15 I. Die Revisionen der Parteien sind zulässig.

16 1. Das Berufungsgericht hat für beide Parteien uneingeschränkt die Revision zugelassen.

17 a) Der Entscheidungssatz des Berufungsurteils enthält keine Beschränkung der Revisionszulassung. Eine Eingrenzung der Zulassung der Revision kann sich zwar auch aus den Entscheidungsgründen ergeben. Nach dem Grundsatz der Rechtsmittelklarheit müssen die Parteien allerdings zweifelsfrei erkennen können, welches Rechtsmittel für sie in Betracht kommt und unter welchen Voraussetzungen es zulässig ist. Die bloße Angabe des Grundes für die Zulassung der Revision reicht nicht, um von einer nur beschränkten Zulassung des Rechtsmittels auszugehen (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 5. November 2020 - I ZR 234/19, GRUR 2021, 497 [juris Rn. 11] = WRP 2021, 184 - Zweitmarkt für Lebensversicherungen I, mwN). Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Revision sei wegen grundsätzlicher Bedeutung zuzulassen, da die sich im Streitfall stellenden Rechtsfragen zur Auslegung von § 19 Abs. 1 und 3 MarkenG nicht eindeutig zu beantworten und vom Bundesgerichtshof noch nicht entschieden seien. Es komme auch ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union in Betracht, da entscheidungserhebliche Fragen zur Auslegung von Art. 8 der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums zu beantworten seien.

18 b) Damit hat das Berufungsgericht lediglich den Grund für die Revisionszulassung angegeben, ohne das Rechtsmittel zu beschränken. Es hat damit beiden Parteien den Zugang zur Revisionsinstanz eröffnet, weil sich die Rechtsfragen, denen es grundsätzliche Bedeutung beigemessen hat, bei allen drei Klageanträgen stellen. Die vorsorglich von der Klägerin eingelegte Anschlussrevision für den Fall, dass der Senat von einer wirksamen Beschränkung der Revisionszulassung ausgehen sollte, ist damit gegenstandslos.

19 2. Die Revisionen der Parteien haben ein wirksames Revisionsverfahren eingeleitet. Die Beklagte hat gegen das landgerichtliche Urteil wirksam Berufung eingelegt, so dass es nicht bereits rechtskräftig ist.

20 a) Die Zulässigkeit der Berufung ist vom Revisionsgericht von Amts wegen zu überprüfen. Ein gültiges und rechtswirksames Verfahren vor dem Revisionsgericht ist nur möglich, solange das Verfahren noch nicht rechtskräftig beendet ist. Das setzt neben der Zulässigkeit der Revision voraus, dass das erstinstanzliche Urteil durch eine zulässige Berufung angegriffen worden und die Rechtskraft dieses Urteils damit in der Schwebe gehalten ist (BGH, Urteil vom 30. September 1987 - IVb ZR 86/86, BGHZ 102, 37 [juris Rn. 10]; Urteil vom 26. Januar 2006 - I ZR 121/03, GRUR 2006, 429 [juris Rn. 23] = WRP 2006, 584 - Schlank-Kapseln; Urteil vom 4. Februar 2010 - IX ZR 18/09, NJW 2010, 1364 [juris Rn. 19]; Urteil vom 12. Januar 2017 - I ZR 198/15, NJW 2017, 2337 [juris Rn. 11]).

21 b) Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass die Berufung der Beklagten nicht gemäß § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zulässig ist, weil der Wert des Beschwerdegegenstands für die vom Landgericht zur Auskunft verurteilte Beklagte den Betrag von 600 € nicht übersteigt. Es hat seiner Beurteilung weiter zugrunde gelegt, dass das Landgericht die Berufung nicht gemäß § 511 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 4 Satz 1 ZPO zugelassen hat. Diese Beurteilung lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

22 c) Die Berufung der Beklagten ist jedoch zulässig, weil das Berufungsgericht in seinem Berufungsurteil wirksam entsprechend § 511 Abs. 4 ZPO die Berufung zugelassen hat.

23 aa) Die Entscheidung über die Zulassung der Berufung ist nach § 511 Abs. 4 Satz 1 ZPO allerdings grundsätzlich dem Gericht des ersten Rechtszugs vorbehalten. Hat keine Partei die Zulassung beantragt, ist eine ausdrückliche

Entscheidung entbehrlich; das Schweigen im Urteil bedeutet zumindest in diesem Fall Nichtzulassung. Ist das erstinstanzliche Gericht allerdings davon ausgegangen, dass die Beschwer der unterlegenen Partei 600 € übersteigt, und hat es deswegen die Zulassung der Berufung nicht geprüft, so hat das Berufungsgericht, bevor es das Rechtsmittel mangels ausreichender Beschwer verwirft, grundsätzlich diese Zulassungsprüfung nachzuholen (vgl. BGH, Urteil vom 14. November 2007 - VIII ZR 340/06, NJW 2008, 218 [juris Rn. 12]; Beschluss vom 21. April 2010 - XII ZB 128/09, NJW-RR 2010, 934 [juris Rn. 18]; Beschluss vom 16. August 2012 - I ZB 2/12, K&R 2012, 813 [juris Rn. 8]; Beschluss vom 8. März 2017 - IV ZB 18/16, ZEV 2017, 278 [juris Rn. 11]; Beschluss vom 13. Juli 2017 - I ZB 94/16, juris Rn. 23; Beschluss vom 1. März 2018 - I ZB 97/17, juris Rn. 15).

24

Allein der Umstand, dass das erstinstanzliche Gericht die beklagte Partei zur Erteilung einer Auskunft verurteilt und den Streitwert der Auskunftsklage auf mehr als 600 € festgesetzt hat, rechtfertigt allerdings nicht die Annahme, das erstinstanzliche Gericht sei davon ausgegangen, die Beschwer der unterlegenen Partei übersteige 600 € und die Zulassung der Berufung müsse daher nicht geprüft werden. Der Streitwert der Auskunftsklage und die Beschwer der zur Auskunft verurteilten Partei fallen häufig so erheblich auseinander, dass kein Raum für die Annahme ist, das erstinstanzliche Gericht habe aufgrund seiner Streitwertfestsetzung keinen Anlass gehabt, über die Zulassung der Berufung zu befinden. Das gilt insbesondere dann, wenn das erstinstanzliche Gericht das Urteil ohne Sicherheitsleistung und ohne Anordnung der Abwendungsbefugnis für vorläufig vollstreckbar erklärt und damit zum Ausdruck gebracht hat, dass nach seiner Auffassung die Voraussetzungen, unter denen ein Rechtsmittel gegen das Urteil stattfindet, unzweifelhaft nicht vorliegen (vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 - III ZR 338/09, NJW 2011, 926 [juris Rn. 15 bis 19]; BGH, K&R 2012, 813 [juris Rn. 9]). In diesen Fällen verbleibt es bei dem allgemeinen

Grundsatz, dass das Schweigen im erstinstanzlichen Urteil die Nichtzulassung der Berufung bedeutet, wenn keine Partei die Zulassung beantragt hat (BGH, K&R 2012, 813 [juris Rn. 9]; BGH, Beschluss vom 1. März 2018 - I ZB 97/17, juris Rn. 16 mwN).

25 bb) Nach diesen Maßstäben ist das Berufungsgericht mit Recht davon ausgegangen, dass es im Streitfall eine ausdrückliche Entscheidung darüber zu treffen hatte, ob die Voraussetzungen für die Zulassung der Berufung nach § 511 Abs. 4 Satz 1 ZPO erfüllt sind.

26 Das Landgericht hat den Streitwert für vier Auskunftsansprüche unter Einbeziehung des übereinstimmend für erledigt erklärten Auskunftsantrags auf insgesamt 20.000 € festgesetzt und sein Urteil nach § 709 Satz 1 ZPO bezogen auf die drei von ihm ausgeurteilten Auskunftsansprüche gegen eine Sicherheitsleistung in Höhe von 15.000 € für vorläufig vollstreckbar erklärt, im Übrigen gegen Sicherheitsleistung in Höhe des jeweils beizutreibenden Betrags. Dies spricht dafür, dass es von einer Rechtsmittelfähigkeit seiner Entscheidung ausgegangen ist und deshalb eine Prüfung, ob die Berufung zuzulassen ist, unterlassen hat (vgl. BGH, Beschluss vom 13. Juli 2017 - I ZB 94/16, juris Rn. 30; Beschluss vom 1. März 2018 - I ZB 97/17, juris Rn. 18). Im Streitfall handelt es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit, weil mit der Auskunftsklage die Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs gegen den Besteller der Anzeige vorbereitet werden soll. Bei derartigen Streitigkeiten richtet sich die Vollstreckbarkeitsentscheidung nach § 708 Nr. 11 ZPO, wenn der Gegenstand der Verurteilung in der Hauptsache 1.250 € nicht übersteigt. Liegt der Gegenstand der Verurteilung in der Hauptsache darüber, ist eine Vollstreckbarkeitsentscheidung nach § 709 ZPO zu treffen. Die Höhe der Sicherheit ist bei einer Verurteilung zur Auskunft nach dem voraussichtlichen Aufwand an Zeit und Kosten der Auskunftsverurteilung zu bemessen (vgl. BGH, Beschluss vom 24. November 1994 - GSZ 1/94, BGHZ 128, 85 [juris Rn. 10]; Saenger/Kindl, ZPO, 9. Aufl.,

§ 709 Rn. 2; Zöller/Herget, ZPO, 34. Aufl., § 709 Rn. 6). Setzt das erstinstanzliche Gericht bei einer Auskunftsverurteilung eine Sicherheitsleistung gemäß § 709 ZPO fest, spricht dies dafür, dass es von einer Beschwer von mehr als 1.250 € und damit von einer Rechtsmittelfähigkeit seiner Entscheidung ausgegangen ist und irrtümlich eine Entscheidung über die Zulassung der Berufung unterlassen hat (vgl. BGH, Beschluss vom 13. Juli 2017 - I ZB 94/16, juris Rn. 30; Beschluss vom 1. März 2018 - I ZB 97/17, juris Rn. 18). So liegt der Fall hier.

27 cc) Die Entscheidung des Berufungsgerichts über die Zulassung der Berufung ist im Revisionsverfahren - von hier nicht vorliegenden Ausnahmefällen abgesehen - nicht zu prüfen und wie die Entscheidung des Erstgerichts gemäß § 511 Abs. 4 Satz 2 ZPO unanfechtbar (zum Rechtsbeschwerdeverfahren vgl. BGH, Beschluss vom 6. Oktober 2011 - V ZB 72/11, NJW-RR 2012, 82 [juris Rn. 6]; MünchKomm.ZPO/Rimmelspacher, 6. Aufl., § 511 Rn. 57 f.)

28 II. Die Klage ist zulässig (dazu B II 1), aber unbegründet (dazu B II 2).

29 1. Die Klage ist zulässig. Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte, die auch unter Geltung des § 545 Abs. 2 ZPO in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfen ist (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 21. Januar 2021 - I ZR 20/17, GRUR 2021, 730 [juris Rn. 16] = WRP 2021, 471 - Davidoff Hot Water IV, mwN), ist gegeben. Sie folgt aus Art. 7 Nr. 2 der Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 (Brüssel-Ia-VO). Die Klägerin macht die Verletzung von im Inland geschützten Kennzeichenrechten - ihrer Marke und ihres Unternehmenskennzeichens - mittels eines in Deutschland abrufbaren und bestimmungsgemäß an den inländischen Verkehr gerichteten Internetangebots geltend (vgl. BGH, Urteil vom 15. Februar 2018 - I ZR 201/16, GRUR 2018, 935 [juris Rn. 17] = WRP 2018, 1081 - goFit; Urteil vom 15. Oktober 2020 - I ZR 210/18, GRUR 2020, 1311 [juris Rn. 16] = WRP 2021, 42 - Vorwerk).

30 2. Die Klage ist jedoch insgesamt unbegründet. Die Revision der Beklagten wendet sich mit Erfolg gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, die von der Beklagten grundsätzlich geschuldete Auskunft (dazu B II 2 c) schließe die Angabe ein, zu welchem Zeitpunkt die streitgegenständliche AdWords-Anzeige geschaltet war (Klageantrag a, dazu B II 2 d). Die Revision der Klägerin wendet sich dagegen ohne Erfolg gegen die Abweisung ihres Antrags auf Auskunft über die Anzahl der Klicks, mit denen über die streitgegenständliche Anzeige die Internetseite des Bestellers der Anzeige aufgerufen wurde (Klageantrag b, dazu B II 2 e), und auf Auskunft über den Preis, den der Besteller an die Beklagte für die Veröffentlichung der Anzeige bezahlt hat (Klageantrag c, dazu B II 2 f).

31 a) Die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche sind nach deutschem Recht zu beurteilen. Nach Art. 8 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 864/2007 (Rom-II-VO) ist auf außervertragliche Schuldverhältnisse aus einer Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums das Recht des Staates anzuwenden, für den der Schutz beansprucht wird. Nach diesem Recht sind insbesondere das Bestehen des Rechts, die Rechtsinhaberschaft des Verletzten, Inhalt und Umfang des Schutzes sowie der Tatbestand und die Rechtsfolgen einer Rechtsverletzung zu beurteilen (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 24. September 2014 - I ZR 35/11, GRUR 2015, 264 [juris Rn. 24] = WRP 2015, 347 - Hi Hotel II; Urteil vom 21. April 2016 - I ZR 43/14, GRUR 2016, 1048 [juris Rn. 24] = WRP 2016, 1114 - An Evening with Marlene Dietrich, jeweils mwN). Da Gegenstand der Klage Ansprüche wegen einer Verletzung von inländischen Kennzeichenrechten - einer Marke und einer geschäftlichen Bezeichnung (§ 1 Nr. 1 und 2 MarkenG) - sind, ist im Streitfall deutsches Markenrecht anzuwenden.

32 b) Nach § 19 Abs. 1 Satz 1 MarkenG kann der Inhaber einer Marke oder einer geschäftlichen Bezeichnung den Verletzer in den Fällen der §§ 14, 15 und

17 MarkenG auf unverzügliche Auskunft über die Herkunft und den Vertriebsweg von widerrechtlich gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen in Anspruch nehmen. In Fällen offensichtlicher Rechtsverletzung besteht der Anspruch gemäß § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 MarkenG unbeschadet von § 19 Abs. 1 MarkenG auch gegen eine Person, die in gewerblichem Ausmaß für rechtsverletzende Tätigkeiten genutzte Dienstleistungen erbrachte. Der zur Auskunft Verpflichtete hat Angaben zu machen über Namen und Anschrift der Hersteller, Lieferanten und anderer Vorbesitzer der Waren oder Dienstleistungen sowie der gewerblichen Abnehmer und Verkaufsstellen, für die sie bestimmt waren (§ 19 Abs. 3 Nr. 1 MarkenG) und die Menge der hergestellten, ausgelieferten, erhaltenen oder bestellten Waren sowie über die Preise, die für die betreffenden Waren oder Dienstleistungen bezahlt wurden (§ 19 Abs. 3 Nr. 2 MarkenG).

33 c) Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler und von der Revision der Beklagten unbeanstandet angenommen, dass der Besteller der Anzeige durch die Benutzung der Marke und des Unternehmenskennzeichens der Klägerin in der streitgegenständlichen AdWords-Anzeige eine offensichtliche Rechtsverletzung (§ 14 Abs. 2 Nr. 1, § 15 Abs. 2 MarkenG) im Sinne von § 19 Abs. 2 Satz 1 MarkenG begangen hat. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Beklagte sei im Sinne des § 19 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 MarkenG gewerblich handelnde Erbringerin von Dienstleistungen, die für die rechtsverletzende Tätigkeit genutzt wurden, wird ebenfalls von der Revision der Beklagten nicht angegriffen und lässt auch keinen Rechtsfehler erkennen.

34 d) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts steht der Klägerin kein Anspruch gegen die Beklagte auf Erteilung der mit dem Klageantrag a begehrten Auskunft über den Zeitpunkt zu, ab dem die streitgegenständliche Anzeige auf der Internetseite www.google.de sichtbar war.

35 aa) Das Berufungsgericht hat angenommen, die von der Klägerin mit dem Klageantrag a begehrte Auskunft dazu, ab welchem Zeitpunkt die streitgegenständliche Anzeige auf der Internetseite www.google.de sichtbar gewesen sei, sei eine solche zum Vertriebsweg im Sinne von § 19 Abs. 1 MarkenG. Werde eine Werbeanzeige für eine Dienstleistung im Internet geschaltet, so liege darin zugleich die Eröffnung eines Vertriebswegs. Sei nach § 19 Abs. 1 MarkenG die Auskunft über den Vertriebsweg geschuldet, erschöpfe sich dies nicht in der bloßen Mitteilung, dass ein bestimmter Vertriebsweg bestanden habe, sondern erstrecke sich auch auf die Angabe, wann dieser Vertriebsweg eröffnet worden sei. Diese am Wortlaut von § 19 Abs. 1 MarkenG orientierte Auslegung werde vom Sinn und Zweck der Vorschrift getragen. Diese diene der wirksamen Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums und solle den Markeninhaber dazu in die Lage versetzen, die Vertriebskanäle trocken zu legen und einen etwaigen Schadensersatzanspruch gegen den Verletzer vorzubereiten. Für beides sei die Angabe, ab wann ein Vertriebsweg zur Verfügung gestanden habe, von Bedeutung. In systematischer Hinsicht stehe § 19 Abs. 3 MarkenG dem unmittelbaren Rückgriff auf § 19 Abs. 1 MarkenG zur Bestimmung der Rechtsfolgen nicht entgegen. § 19 Abs. 3 MarkenG lege den Umfang der zu erteilenden Auskunft nicht abschließend fest.

36 Etwas Anderes ergebe sich auch nicht aus der Entscheidung "Constantin Film Verleih" des Gerichtshofs der Europäischen Union (Urteil vom 9. Juli 2020 - C-264/19, GRUR 2020, 840 = WRP 2020, 1174). Die Aussage, dass der Regelung in Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2004/48/EG im Hinblick auf den Umfang der geschuldeten Auskunft gegenüber Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2004/48/EG keine eigenständige Bedeutung zukomme, der Umfang also abschließend von Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2004/48/EG festgelegt werde, könne der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union nicht entnommen werden. Es sei auch zu berücksichtigen, dass die Interessen im Streitfall abweichend gela-

gert seien. Anders als in dem vom Gerichtshof der Europäischen Union entschiedenen Fall berühre die hier in Rede stehende Auskunft über den Zeitpunkt der Online-Stellung der Anzeige nicht die Interessen und Grundrechte der Nutzer.

37 Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision der Beklagten mit Erfolg.

38 bb) Die Regelungen in § 19 MarkenG dienen der Umsetzung von Art. 8 der Richtlinie 2004/48/EG und sind deshalb richtlinienkonform auszulegen (vgl. BGH, Urteil vom 21. Oktober 2015 - I ZR 51/12, GRUR 2016, 497 [juris Rn. 13] = WRP 2016, 707 - Davidoff Hot Water II). Mit § 19 Abs. 1 und 2 MarkenG wird Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2004/48/EG umgesetzt. Danach stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die zuständigen Gerichte im Zusammenhang mit einem Verfahren wegen Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums auf einen begründeten und die Verhältnismäßigkeit wahren Antrag des Klägers hin anordnen können, dass Auskünfte über den Ursprung und die Vertriebswege von Waren oder Dienstleistungen, die ein Recht des geistigen Eigentums verletzen, von dem Verletzer und/oder jeder anderen Person erteilt werden, die nachweislich für rechtsverletzende Tätigkeiten genutzte Dienstleistungen in gewerblichem Ausmaß erbrachte (Art. 8 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 2004/48/EG). § 19 Abs. 3 MarkenG dient der Umsetzung von Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2004/48/EG. Danach erstrecken sich die Auskünfte nach Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2004/48/EG, soweit angebracht, auf die Namen und Adressen der Hersteller, Erzeuger, Vertreiber, Lieferer und anderer Vorbesitzer der Waren oder Dienstleistungen sowie der gewerblichen Abnehmer und Verkaufsstellen, für die sie bestimmt waren (Buchst. a), sowie auf Angaben über die Mengen der hergestellten, erzeugten, ausgelieferten, erhaltenen oder bestellten Waren und über die Preise, die für die betreffenden Waren oder Dienstleistungen gezahlt wurden (Buchst. b). Nach Art. 8 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 2004/48/EG gel-

ten Art. 8 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2004/48/EG unbeschadet anderer gesetzlicher Bestimmungen, die dem Rechtsinhaber weitergehende Auskunftsrechte einräumen.

39

cc) Auf der Grundlage des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums vom 20. April 2007 (BT-Drucks. 16/5048) ist die Richtlinie 2004/48/EG in deutsches Recht umgesetzt worden. Zum Umsetzungsbedarf von Art. 8 der Richtlinie 2004/48/EG heißt es in der Begründung, eine Änderung sei nicht erforderlich, soweit die Regelung in § 19 MarkenG aF weiter als die Richtlinie sei und auch Fälle erfasse, in denen noch kein Verfahren wegen einer Rechtsverletzung anhängig sei; Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie 2004/48/EG lasse weitergehende Auskunftsansprüche ausdrücklich zu (BT-Drucks. 16/5048, S. 29; zur Mindestharmonisierung vgl. auch BT-Drucks. 16/5048, S. 25). Im Übrigen seien die Auskunftsansprüche des deutschen Rechts hinsichtlich des Umfangs der Auskunftserteilung um die Angaben über die Preise und sei die Passivlegitimation entsprechend der Regelung in Art. 8 Abs. 1 Buchst. a bis d der Richtlinie 2004/48/EG zu ergänzen (BT-Drucks. 16/5048, S. 30). Der deutsche Gesetzgeber hat sich danach bei der Umsetzung von Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2004/48/EG auf die mit der Richtlinie verfolgte Mindestharmonisierung beschränkt. Zwar geht die Regelung in § 19 MarkenG teilweise über die Richtlinie hinaus. Diese Abweichung von der Richtlinie, die in der Gesetzesbegründung ausdrücklich thematisiert wird (vgl. BT-Drucks. 16/5048, S. 29), spricht aber gerade dafür, dass bei der Neuregelung nur insoweit von der Möglichkeit in Art. 8 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 2004/48/EG Gebrauch gemacht worden ist, den Rechtsinhabern weitergehende Auskunftsrechte einzuräumen, als das deutsche Recht *de lege lata* bereits über die Richtlinie hinausging. Dagegen hat der Gesetzentwurf im Übrigen gerade keinen Änderungsbedarf gesehen. Der Gesetzgeber hat damit deutlich gemacht, dass § 19 Abs. 3 MarkenG nunmehr

im Sinne von Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2004/48/EG zu verstehen ist. Damit ist der Umfang der Auskunft der Auslegung durch den Gerichtshof der Europäischen Union überlassen (zu § 101 UrhG vgl. BGH, Urteil vom 10. Dezember 2020 - I ZR 153/17, GRUR 2021, 470 [juris Rn. 20] = WRP 2021, 201 - YouTube-Drittauskunft II).

40 dd) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union soll das in Art. 8 der Richtlinie 2004/48/EG vorgesehene Auskunftsrecht das in Art. 47 der EU-Grundrechtecharta verbürgte Grundrecht auf einen wirksamen Rechtsbehelf zur Anwendung bringen und konkretisieren und dadurch die wirksame Ausübung des Grundrechts auf Eigentum sicherstellen, zu dem das durch Art. 17 Abs. 2 der EU-Grundrechtecharta geschützte Recht des geistigen Eigentums gehört, indem es dem Inhaber eines Rechts des geistigen Eigentums ermöglicht, die Person zu identifizieren, die dieses Recht verletzt, und die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz dieses Rechts zu ergreifen (EuGH, GRUR 2020, 840 [juris Rn. 35] - Constantin Film Verleih, mwN). Der Unionsgesetzgeber hat sich jedoch beim Erlass der Richtlinie 2004/48/EG für eine Mindestharmonisierung in Bezug auf die Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums im Allgemeinen entschieden. Diese Harmonisierung ist somit in Art. 8 Abs. 2 dieser Richtlinie auf klar umschriebene Auskünfte beschränkt (EuGH, GRUR 2020, 840 [juris Rn. 36] - Constantin Film Verleih).

41 ee) Da sich der deutsche Gesetzgeber - von hier nicht entscheidungserheblichen Ausnahmen abgesehen - bei der Regelung des Umfangs der Auskunftspflichten von Verletzern von Kennzeichenrechten und bestimmten Dritten darauf beschränkt hat, die in der Richtlinie 2004/48/EG vorgesehene Mindestharmonisierung umzusetzen, beschränken sich die Auskunftspflichten auf die in § 19 Abs. 3 MarkenG ausdrücklich genannten Angaben.

42

(1) Der Gerichtshof der Europäischen Union hat entschieden, dass die Harmonisierung in Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2004/48/EG auf klar umschriebene Auskünfte beschränkt ist (EuGH, GRUR 2020, 840 [juris Rn. 36] - Constantin Film Verleih). Seine Entscheidung bezieht sich damit auf sämtliche in Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2004/48/EG umschriebenen Auskünfte. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat seine Beurteilung entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht auf die in Art. 8 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/48/EG erwähnte Adresse beschränkt. Dies ergibt sich auch aus seinen allgemeinen Erwägungen zum in Art. 8 der Richtlinie 2004/48/EG vorgesehenen Auskunftsrecht von Inhabern eines Rechts des geistigen Eigentums (EuGH, GRUR 2020, 840 [juris Rn. 35] - Constantin Film Verleih).

43 (2) Von einer "klaren Umschreibung" der Auskünfte könnte keine Rede sein, wäre Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2004/48/EG lediglich im Hinblick auf die dort genannten Angaben abschließend, nicht aber im Hinblick auf die Vertriebswege von Waren oder Dienstleistungen, die ein Recht des geistigen Eigentums verletzen, von denen in Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2004/48/EG - wie in § 19 Abs. 1 MarkenG - die Rede ist. Wie die Argumentation des Berufungsgerichts im Streitfall zeigt, ist der Begriff des Vertriebswegs auslegungsbedürftig. Aus diesem Grund kann eine hieraus abgeleitete Auskunftspflicht zum Zeitpunkt der Veröffentlichung einer Werbeanzeige nicht als "klar umschrieben" im Sinne des Urteils des Gerichtshofs der Europäischen Union "Constantin Film Verleih" angesehen werden.

44 Dementsprechend können aus § 19 Abs. 1 MarkenG über die in § 19 Abs. 3 MarkenG genannten Auskünfte hinaus keine weitergehenden Auskunftspflichten abgeleitet werden. Die Vorschrift ist - ebenso wie Art. 8 Abs. 2 der zugrundeliegenden Richtlinie 2004/48/EG - vielmehr dahin zu verstehen, dass die nach § 19 Abs. 1 MarkenG geschuldeten Auskünfte in § 19 Abs. 3 MarkenG konkretisiert und abschließend festgelegt werden. § 19 Abs. 1 Mar-

kenG geht damit nicht über § 19 Abs. 3 MarkenG hinaus (vgl. BeckOK.Markenrecht/Eckhartt, 28. Edition [Stand 1. Januar 2022], § 19 MarkenG Rn. 24; Thiering in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl., § 19 Rn. 51; Ann/Hauck/Maute, Auskunftsanspruch und Geheimnisschutz im Verletzungsprozess, 2011, S. 58 Rn. 158, S. 84 Rn. 238; Amschewitz, WRP 2011, 301, 303; Ann/Maute, GRURPrax 2012, 249, 250 f.; aA Fezer, Markenrecht, 4. Aufl., § 19 MarkenG Rn. 51).

45 (3) Nichts Anderes ergibt sich aus der Senatsentscheidung "Hollister" (BGH, Urteil vom 14. Februar 2008 - I ZR 55/05, GRUR 2008, 796 = WRP 2008, 1200), auf die sich das Berufungsgericht bezogen hat. Der Senat hat darin zu § 19 Abs. 2 MarkenG in der bis zum 31. August 2008 geltenden Fassung (MarkenG aF), der Vorgängervorschrift zu dem heutigen § 19 Abs. 3 MarkenG, entschieden, dass sich der Umfang des selbständigen Auskunftsanspruchs nach § 19 MarkenG, der dem Verletzten ein Vorgehen gegen weitere Verletzer ermöglichen soll, ausschließlich nach § 19 Abs. 2 MarkenG aF richte und nach dieser Vorschrift nicht geschuldete Auskünfte nicht beansprucht werden konnten (vgl. BGH, GRUR 2008, 796 [juris Rn. 18 f.] - Hollister).

46 ff) Das Berufungsgericht ist danach rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass die von der Klägerin begehrte Auskunft über den Zeitpunkt der Anzeigenschaltung nicht zu den Angaben gehört, über die gemäß § 19 Abs. 3 MarkenG Auskunft zu erteilen ist.

47 gg) Mangels einer planwidrigen Regelungslücke liegen die Voraussetzungen einer analogen Anwendung des § 19 MarkenG nicht vor (vgl. zu § 101 UrhG BGH, GRUR 2021, 470 [juris Rn. 24 und 29] - YouTube-Drittauskunft II). Eine Auslegung durch den Senat, die hinsichtlich des Umfangs der Auskunft über die Auslegung der Richtlinie 2004/48/EG durch den Gerichtshof der Europäischen Union hinausginge, widerspräche der im Gesetzgebungsverfahren

und im Gesetz selbst zum Ausdruck gekommenen Intention des Gesetzgebers, von der Möglichkeit, weitergehende Auskunftsansprüche vorzusehen (vgl. Art. 8 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 2004/48/EG), beim Umfang der Auskunft keinen Gebrauch zu machen, sondern insoweit allein die Vorgaben der Richtlinie umzusetzen.

48 hh) Der mit dem Klageantrag a geltend gemachte Auskunftsanspruch ergibt sich auch nicht aus § 242 BGB in Verbindung mit § 19d MarkenG.

49 (1) Der Inhaber einer verletzten Marke oder eines verletzten Unternehmenskennzeichens hat nach § 242 BGB einen unselbständigen Auskunftsanspruch zur Vorbereitung und Durchsetzung des gegen den Verletzer gerichteten Schadensersatzanspruchs, der insbesondere der Berechnung des ersatzfähigen Schadens dient und neben dem selbständigen Auskunftsanspruch aus § 19 MarkenG gegeben ist (vgl. BGH, Urteil vom 16. Dezember 2021 - I ZR 201/20, GRUR 2022, 229 [juris Rn. 92] = WRP 2022, 318 - ÖKO-TEST III, mwN). Ein Anspruch auf Auskunftserteilung nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB besteht grundsätzlich in jedem Rechtsverhältnis, in dem der Berechtigte in entschuldbarer Weise über Bestehen und Umfang seines Rechts im Unwissen und der Verpflichtete unschwer zur Auskunftserteilung in der Lage ist. Unter diesen Voraussetzungen ist ein Anspruch auf Auskunftserteilung auch dann gegeben, wenn nicht die Inanspruchgenommenen, sondern Dritte Schuldner des Hauptanspruchs sind, dessen Durchsetzung der Hilfsanspruch auf Auskunftserteilung ermöglichen soll. Allerdings begründet allein die Tatsache noch keine Auskunftspflicht, dass jemand über Sachverhalte informiert ist oder sein könnte, die für andere von Bedeutung sind. Voraussetzung ist vielmehr, dass zwischen den Berechtigten und den Verpflichteten eine besondere rechtliche Beziehung besteht, wobei ein gesetzliches Schuldverhältnis, beispielsweise aus unerlaubter Handlung, genügt (BGH, GRUR 2021, 470 [juris Rn. 32] - YouTube-Drittauskunft II, mwN).

50 (2) Ein Anspruch der Klägerin aus § 242 BGB scheidet, wie das Berufungsgericht zutreffend bei der Beurteilung der Klageanträge b und c ausgeführt hat, bereits daran, dass es an der erforderlichen besonderen rechtlichen Beziehung zwischen den Parteien fehlt.

51 Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass die Beklagte nicht als Störerin haftet. Als Störer kann nach der Rechtsprechung des Senats bei der Verletzung absoluter Rechte auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wer - ohne Täter oder Teilnehmer zu sein - in irgendeiner Weise willentlich und adäquat-kausal zur Verletzung des geschützten Rechtsguts beiträgt. Da die Störerhaftung nicht über Gebühr auf Dritte erstreckt werden kann, die die rechtswidrige Beeinträchtigung nicht selbst vorgenommen haben, setzt die Haftung des Störers die Verletzung von Verhaltenspflichten voraus. Deren Umfang bestimmt sich danach, ob und inwieweit dem als Störer in Anspruch Genommenen nach den Umständen eine Prüfung oder Überwachung zuzumuten ist. Das richtet sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Funktion und Aufgabenstellung des als Störer in Anspruch Genommenen sowie mit Blick auf die Eigenverantwortung desjenigen, der die rechtswidrige Beeinträchtigung selbst unmittelbar vorgenommen hat. Bei der Auferlegung von Kontrollmaßnahmen ist zu beachten, dass Geschäftsmodelle, die nicht in besonderer Weise die Gefahr von Rechtsverletzungen schaffen oder fördern, nicht wirtschaftlich gefährdet oder unverhältnismäßig erschwert werden dürfen (st. Rspr.; vgl. nur BGH, GRUR 2021, 730 [juris Rn. 37] - Davidoff Hot Water IV, mwN). Der Störer kann zwar wie der Verletzer auf Auskunft in Anspruch genommen werden (BGH, GRUR 2021, 730 [juris Rn. 69] - Davidoff Hot Water IV, mwN). Das Berufungsgericht hat eine Störerhaftung der Beklagten jedoch verneint. Mit ihrer abweichenden Beurteilung setzt die Revision der Klägerin lediglich ihre eigene Auffassung an die Stelle derjenigen des Tatgerichts, ohne einen Rechtsfehler aufzuzeigen.

52 (3) Entgegen der Auffassung der Revision der Klägerin begründet der dem Grunde nach bestehende Auskunftsanspruch aus § 19 Abs. 3 MarkenG gegenüber der Beklagten ebenfalls kein besonderes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien im Sinne von § 242 BGB. Der - inhaltlich begrenzte - Anspruch aus § 19 Abs. 3 MarkenG kann nicht zur Grundlage eines weitergehenden Anspruchs aus § 242 BGB gemacht werden (zu § 101 Abs. 2 Nr. 3 UrhG vgl. BGH, GRUR 2021, 470 [juris Rn. 35] - YouTube-Drittauskunft II).

53 e) Das Berufungsgericht hat dagegen mit Recht den Klageantrag b abgewiesen, mit dem die Klägerin Auskunft über die Anzahl der Klicks begehrt hat, mit denen die über die Anzeige zugängliche Internetseite des Bestellers aufgerufen wurde. Die dagegen gerichteten Angriffe der Revision der Klägerin bleiben ohne Erfolg.

54 aa) Das Berufungsgericht hat angenommen, bei der von der Klägerin begehrten Auskunft über die Anzahl der Klicks gehe es nicht um die Frage, ob und ab wann ein Vertriebsweg zur Verfügung gestanden habe, so dass diese Angaben nicht von § 19 Abs. 1 MarkenG umfasst würden. Die Voraussetzungen des § 19 Abs. 3 Nr. 1 und 2 MarkenG lägen ebenfalls nicht vor. Die Beurteilung hält im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand.

55 bb) Der Klägerin steht gegen die Beklagte kein Anspruch aus § 19 Abs. 3 Nr. 2 MarkenG auf Auskunft über die Anzahl der Klicks zu, mit denen die über die Anzeige zugängliche Internetseite aufgerufen wurde.

56 (1) Die Regelung in § 19 Abs. 3 Nr. 2 MarkenG begründet - ebenso wie die deutsche Sprachfassung von Art. 8 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/48/EG - nach ihrem Wortlaut unmittelbar nur eine Auskunftspflicht betreffend "die Menge der hergestellten, ausgelieferten, erhaltenen oder bestellten Waren" sowie "über die Preise, die für die betreffenden Waren oder Dienstleis-

tungen bezahlt wurden". Die Auskunftspflicht bezieht sich damit lediglich auf "die Menge von Waren" und nicht auf "die Menge von Dienstleistungen". Andere Sprachfassungen von Art. 8 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/48/EG, wie die englische, französische und spanische Sprachfassung, statuieren ohne Differenzierung zwischen Waren und Dienstleistungen eine Auskunftspflicht generell bezogen auf die Mengen ("quantities", "quantités" beziehungsweise "cantidades"). Dies spricht dafür, dass die Regelung in § 19 Abs. 3 Nr. 2 MarkenG und die deutsche Sprachfassung von Art. 8 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/48/EG dahingehend erweiternd zu lesen sind, dass sich die Auskunftspflicht auch auf die "Menge der Dienstleistungen" bezieht.

57 (2) Selbst wenn man hiervon zugunsten der Klägerin ausginge, umfasste die Auskunft über "die Menge der Dienstleistungen" nicht die Anzahl der Klicks, mit denen die über die streitgegenständliche Anzeige zugängliche Internetseite aufgerufen wurde. Die Marke und das Unternehmenskennzeichen der Klägerin sind in der beanstandeten Werbeanzeige zwar in rechtsverletzender Weise für Dienstleistungen der Entsorgung und Verwertung von Abfall sowie für ein in dieser Branche tätiges Unternehmen benutzt worden. Die von der Klägerin begehrte Auskunft bezieht sich jedoch nicht auf rechtswidrig gekennzeichnete Dienstleistungen, sondern auf eine rechtswidrige Verwendung ihrer Marke und ihres Unternehmenskennzeichens in der Adwords-Anzeige, also in einer Internetwerbung. Kennzeichenverletzende Werbemittel werden vom Wortlaut des § 19 Abs. 3 Nr. 2 MarkenG nicht erfasst.

58 (3) Allerdings wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum die Ansicht vertreten, dass sich der Drittauskunftsanspruch nicht lediglich auf die in § 19 Abs. 1 MarkenG genannten widerrechtlich gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen bezieht, sondern auch auf widerrechtlich gekennzeichnete Werbemittel wie die hier in Rede stehende Anzeige (OLG Stuttgart, WRP 2019, 1602 [juris Rn. 139]; Thiering in Ströbele/Hacker/Thiering

aaO § 19 Rn. 39; Büscher in Büscher/Dittmer/Schiwy, Gewerblicher Rechtsschutz Urheberrecht Medienrecht, 3. Aufl., § 19 MarkenG Rn. 9; Fezer aaO § 19 MarkenG Rn. 52). Dieser Ansicht kann jedoch angesichts der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union "Constantin Film Verleih" nicht beigetreten werden, nach der der Auskunftsanspruch des Inhabers des verletzten Rechts aufgrund einer gesetzlichen Regelung, die wie § 19 Abs. 3 MarkenG der in Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2004/48/EG vorgesehenen Mindestharmonisierung entspricht, auf die dort genannten, klar umschriebenen Auskünfte beschränkt ist (EuGH, GRUR 2020, 840 [juris Rn. 36]). Danach ist eine Auskunft über den Umfang einer Kennzeichenrechte verletzenden Werbung nicht geschuldet.

59 cc) Der geltend gemachte Auskunftsanspruch ergibt sich auch nicht aus einer analogen Anwendung von § 19 Abs. 3 MarkenG.

60 (1) Eine Analogie ist nur zulässig, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem vom Gesetzgeber geregelten Tatbestand vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie beim Erlass der herangezogenen Norm, zum gleichen Abwägungsergebnis gekommen (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 10. März 2022 - I ZR 70/21, GRUR 2022, 999 [juris Rn. 19] = WRP 2022, 865 - Prozessvertretung durch Haftpflichtversicherer, mwN). Diese Voraussetzungen liegen nicht vor.

61 (2) Eine analoge Anwendung des § 19 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 2 MarkenG auf rechtsverletzende Werbemittel scheidet bereits deshalb aus, weil es an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt.

62 Der deutsche Gesetzgeber hat anlässlich der Umsetzung der Richtlinie 2004/48/EG in das nationale Recht den Gegenstand des Auskunftsrechts neu gefasst. Während nach § 19 Abs. 1 und 2 MarkenG aF Auskunft über "Gegenstände" zu erteilen war, bezieht sich die zu erteilende Auskunft nach § 19 Abs. 1 und 3 MarkenG in der seit dem 1. September 2008 geltenden Fassung dem Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2004/48/EG entsprechend auf "Waren und Dienstleistungen".

63 Im Gesetzgebungsverfahren ist allerdings zwischen diesen Begriffen "kein inhaltlicher Widerspruch" gesehen worden, "solange sich die Auskunftsansprüche auf sämtliche Bereiche beziehen, die Gegenstand einer Verletzung sein können" (BT-Drucks. 16/5048, S. 29). Hieraus kann entgegen einer in der obergerichtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum vertretenen Ansicht (OLG Stuttgart, WRP 2019, 1602 [juris Rn. 139]; Thiering in Ströbele/Hacker/Thiering aaO § 19 Rn. 39; Büscher in Büscher/Dittmer/Schiwy aaO § 19 MarkenG Rn. 9; Fezer aaO § 19 MarkenG Rn. 52) nicht der Schluss gezogen werden, dass sich nach dem Willen des Gesetzgebers die Auskunftspflicht auf alle schutzrechtsverletzenden Gegenstände und Tätigkeiten beziehen sollte, insbesondere auch auf rechtsverletzende Werbemittel (§ 14 Abs. 3 Nr. 6 MarkenG). Die vorstehend wiedergegebene kurze Passage in den Gesetzgebungsmaterialien schließt an eine Aufzählung der zum damaligen Zeitpunkt bereits bestehenden Auskunftsansprüche des deutschen Rechts in sechs verschiedenen Gesetzen an, in denen der Umfang der Auskunftserteilung sprachlich unterschiedlich bezeichnet wurde. So war in § 140b PatG, § 24b GebrMG und § 46 GeschmG von Erzeugnissen die Rede, in § 19 MarkenG von Gegenständen, in § 101a UrhG von Vervielfältigungsstücken und in § 37b Sortenschutzgesetz von Material. Daran schließt sich die Beurteilung an, dies sei kein inhaltlicher Widerspruch zu der Regelung in Art. 8 der Richtlinie 2004/48/EG, die neben den Waren auch Dienstleistungen als Gegenstand des Auskunftsanspruchs nennt. Diese Erwä-

gung lässt nicht erkennen, dass nach der Vorstellung der Verfasser des Gesetzentwurfs im Bereich des Markenrechts umfassende Auskunftspflichten im Hinblick auf den weiten Bereich der Werbemittel bestehen. Gegen eine planwidrige Regelungslücke spricht auch, dass nicht nur der in § 19 Abs. 1 und 2 MarkenG aF verwendete Begriff der "Gegenstände" entfallen und durch den Begriff der "Waren und Dienstleistungen" ersetzt worden ist, sondern dass die Auskunftspflicht sich nach § 19 Abs. 3 Nr. 1 MarkenG - anders als in § 19 Abs. 2 MarkenG aF - nicht mehr auf "Auftraggeber" bezieht; eine solche Auskunft war in den Fällen sinnvoll, wenn beim Verletzer keine widerrechtlich gekennzeichneten Waren, sondern nur andere Gegenstände - wie widerrechtlich gekennzeichnete Werbemittel - aufgefunden werden konnten (Hacker in Ströbele/Hacker, MarkenG, 11. Aufl., § 19 Rn. 12 und 32).

64 (3) Es liegt zudem keine vergleichbare Interessenlage vor. Nach diesem Merkmal muss sich die Lückenfüllung im Zuge der Analogie innerhalb des Rahmens bewegen, den der Gesetzgeber mit seiner Regelungsabsicht gezogen hat (BGH, GRUR 2022, 999 [juris Rn. 26] - Prozessvertretung durch Haftpflichtversicherer, mwN). Nach diesen Maßstäben scheidet eine analoge Anwendung von § 19 MarkenG aus. Bei Einführung des Auskunftsanspruchs zur Aufklärung der Quellen und Vertriebswege schutzrechtsverletzender Ware in § 25b Abs. 2 WZG, der Vorgängerregelung zu § 19 MarkenG, war gesetzgeberisches Ziel, die vom Auskunftspflichtigen mitzuteilenden Tatsachen genau zu umschreiben. Dies sollte zum einen dem Schutz des Auskunftsverpflichteten vor zu weitgehender Ausforschung dienen und insoweit Rechtssicherheit schaffen. Andererseits sollte damit eine rasche Durchsetzung des Anspruchs gewährleistet werden (Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Bekämpfung der Produktpiraterie, BT-Drucks. 11/4792, S. 31). Hiervon ist der Gesetzgeber bei der Anpassung von § 19 MarkenG an die Richtlinie 2004/48/EG nicht abgerückt. Danach kommt eine analoge Anwendung von § 19

Abs. 1 und 3 MarkenG mit der Folge einer Ausweitung der Auskunftspflichten über den Gesetzeswortlaut hinaus nicht in Betracht.

65 dd) Der mit dem Klageantrag b geltend gemachte Auskunftsanspruch ergibt sich auch nicht aus § 242 BGB (vgl. Rn. 48 bis 52).

66 f) Das Berufungsgericht hat mit Recht auch den Klageantrag c abgewiesen, mit dem die Klägerin Auskunft über den Preis begehrt, den der Besteller an die Beklagte für die Schaltung der streitgegenständlichen AdWords-Anzeige gezahlt hat.

67 aa) Das Berufungsgericht hat angenommen, bei den "Dienstleistungen" im Sinne von § 19 Abs. 3 Nr. 2 MarkenG handele es sich nicht um diejenigen Dienstleistungen, die der Verletzer für die rechtsverletzende Tätigkeit genutzt habe, sondern um die widerrechtlich gekennzeichneten Dienstleistungen im Sinne von § 19 Abs. 1 MarkenG. Dafür spreche, dass in § 19 Abs. 3 Nr. 2 MarkenG die Dienstleistung neben die Ware gestellt werde und in Bezug auf letztere eindeutig sei, dass es sich um diejenige im Sinne von § 19 Abs. 1 MarkenG handele. Eine analoge Anwendung von § 19 Abs. 3 Nr. 2 MarkenG scheidet aus, ebenso ein Anspruch aus § 242 BGB. Dagegen wendet sich die Revision der Klägerin ohne Erfolg. Die Beurteilung des Berufungsgerichts weist keinen Rechtsfehler auf.

68 bb) Der Preis, den der Besteller für die AdWords-Anzeige an die Beklagte gezahlt hat, ist kein Preis, der im Sinne des § 19 Abs. 3 Nr. 2 MarkenG "für die betreffenden Waren oder Dienstleistungen gezahlt" wurde.

69 (1) Soweit sich der Auskunftsanspruch gemäß Art. 8 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/48/EG, dem § 19 Abs. 3 Nr. 2 MarkenG nachgebildet ist, auf die Preise bezieht, die für die betreffenden Dienstleistungen bezahlt wurden, sind damit die Preise für rechtsverletzende Dienstleistungen gemeint, nicht jedoch

die Preise für Dienstleistungen gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG, die für rechtsverletzende Tätigkeiten genutzt worden sind. Zwar ergibt sich dies nicht unmittelbar aus einer grammatikalischen Auslegung der Vorschrift und der zugrundeliegenden Richtlinie. Die zu erteilende Auskunft bezieht sich danach jeweils auf die Preise, die für die "betreffenden" Waren oder Dienstleistungen bezahlt wurden.

70 (2) Die systematische Auslegung ergibt jedoch zweifelsfrei, dass nur die Preise für Dienstleistungen, die ein Recht des geistigen Eigentums verletzen, gemeint sein können. "Dienstleistungen" werden in § 19 Abs. 3 Nr. 2 MarkenG in einem Zusammenhang und ohne Unterscheidung mit Waren genannt. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass es sich bei den dort und in Art. 8 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/48/EG genannten Waren allein um rechtsverletzende Waren handeln kann. Nichts Anderes kann für die im selben Zusammenhang genannten Dienstleistungen gelten.

71 cc) Dass sich der geltend gemachte Auskunftsanspruch auch nicht aus einer analogen Anwendung des § 19 Abs. 3 MarkenG oder aus § 242 BGB ergibt, folgt aus den Ausführungen zu den beiden übrigen Klageanträgen (vgl. Rn. 48 bis 52 und 59 bis 64).

72 3. Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist nicht veranlasst (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 - 283/81, Slg. 1982, 3415 [juris Rn. 21] = NJW 1983, 1257 - Cilfit u.a.; Urteil vom 1. Oktober 2015 - C-452/14, GRUR Int. 2015, 1152 [juris Rn. 43] - Doc Generici; Urteil vom 6. Oktober 2021 - C-561/19, NJW 2021, 3303 [juris Rn. 32 f.] - Consorzio Italian Management und Catania Multiservizi). 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. Insbesondere bedarf es keiner Klä-

rung, ob Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2004/48/EG den Umfang der Auskunftspflicht abschließend regelt und damit einen Rückgriff auf Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2004/48/EG ausschließt. Diese Frage ist durch die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union "Constantin Film Verleih" (GRUR 2020, 840) geklärt.

73

C. Danach ist auf die Revision der Beklagten das angefochtene Urteil im Kostenpunkt und insoweit aufzuheben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist. Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, weil die Aufhebung des Urteils nur wegen einer Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf den festgestellten Sachverhalt erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Im Umfang der Aufhebung ist das Urteil des Landgerichts auf die Berufung der Beklagten abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen. Die Revision der Klägerin ist zurückzuweisen.

74

D. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 Satz 1 ZPO und - soweit die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt haben - auf § 91a Abs. 1 ZPO. Den auf § 91a ZPO beruhenden Teil der Kostenentscheidung des Berufungsgerichts zu Lasten der Beklagten hat die Revision der Beklagten - mit insoweit im Revisionsverfahren ohnehin nur eingeschränkt zulässigen Rügen (vgl. BGH, Urteil vom 21. Januar 2021 - I ZR 17/18, GRUR 2021, 752 [juris Rn. 63] = WRP 2021, 746 - Berechtigte Gegenabmahnung, mwN) - nicht angegriffen.

Feddersen

Löffler

Schwonke

Schmaltz

Odörfer

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 29.05.2019 - 97 O 13/18 -

KG Berlin, Entscheidung vom 13.07.2021 - 5 U 87/19 -