

AdWord „Hapimag“ beeinträchtigt Herkunftsfunktion einer geschützten Marke

Eigener Leitsatz:

Ist der Werbende zur Beschreibung seiner Waren und Dienstleistungen auf die Verwendung des Begriffs "Hapimag-Aktie" angewiesen, so ist diese derart zu gestalten, dass die herkunftshinweisende Funktion der betroffenen Marke nicht beeinträchtigt wird. Ist die Bezeichnung "Hapimag" dabei i.R.v. Google-Adword-Anzeigen als Suchwort hinterlegt und kann der Nutzer dabei weder auf Grund des Werbelinks noch auf Grund der begleitenden Werbebotschaft erkennen, ob die beworbenen Waren oder Dienstleistungen von dem Markeninhaber oder einem Dritten stammen, so kommt dem Markeninhaber ein Verbotungsrecht zu.

Oberlandesgericht Düsseldorf

Beschluss vom 21.12.2010

Az.: I-20 W 136/10

Tenor:

Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der 28. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf abgeändert.

Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Verfügung und wegen der Dringlichkeit der Sache ohne vorhergehende mündliche Verhandlung aufgegeben, es zu unterlassen, im Internet den Begriff "Hapimag" im geschäftlichen Verkehr zur Kennzeichnung von Dienstleistungen im Bereich des Vertriebs

von Wohnrechten zu nutzen, indem sie "Hapimag" im Rahmen von Google-Adword-Anzeigen als Keyword (Schlüsselwort) hinterlegt und dann wie nachstehend wiedergegeben eine Werbeanzeige bei Google eingeblendet wird:

(Abbildungen)

Der Antragsgegnerin wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld bis zu 250.000,00 € und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, insgesamt jedoch nicht mehr als zwei Jahre, zu vollziehen an ihrem gesetzlichen Vertreter, angedroht.

Die Kosten beider Instanzen des Verfahrens auf Erlass einer einstweiligen Verfügung werden der Antragsgegnerin auferlegt.

Der Streitwert wird auf 75.000,00 € festgesetzt.

Entscheidungsgründe:

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig und begründet.

Soweit die Antragstellerin die laufende Werbung der Antragsgegnerin im Rahmen der Suchmaschine Google angreift, steht ihr sowohl ein Verfügungsanspruch als auch ein Verfügungsgrund zu. Hinsichtlich der Werbung vor der in dieser Sache erfolgten Abmahnung ist dies ebenfalls der Fall. An der im Hinweisbeschluss vom 15.11.2010 geäußerten Auffassung anderweitigen Auffassung hält der Senat nach erneuter Prüfung nicht mehr fest.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs steht fest, dass die Verwendung eines mit der Marke identischen Zeichens als AdWord für die Bewerbung identischer Dienstleistungen eine Benutzung der Marke im geschäftlichen Verkehr darstellt (EuGH GRUR 2010, 445, "Google und Google France" Rn. 50 ff., EuGH GRUR 2010, 451, "Bergspechte", Rn. 18

f.). Auch In diesen Fällen gibt das Markenrecht jedoch nur dann dem Markeninhaber einen Unterlassungsanspruch, wenn die Benutzung geeignet ist, die geschützten Funktionen der Marke zu beeinträchtigen (EuGH GRUR 2010, 445, "Google und Google France" Rn. 78 f., EuGH GRUR 2010, 451, "Bergspechte", Rn. 29 f.). Der Europäische Gerichtshof hat in den beiden genannten Entscheidungen ferner entschieden, dass für die Beurteilung einer Werbung mit "AdWords" zu prüfen ist, ob die Werbefunktion oder die Hauptfunktion der Marke, nämlich die Herkunftsfunktion, beeinträchtigt werden. Eine Verletzung der Werbefunktion soll bei der Verwendung einer Marke als AdWord danach nicht vorliegen, weil die AdWord-Werbung als Werbung zu erkennen ist und das natürliche Suchergebnis nicht beeinflusst und deshalb die Sichtbarkeit der Waren oder Dienstleistungen des Markeninhabers nicht beeinträchtigt wird (EuGH GRUR 2010, 445, "Google und Google France", Rn. 95-98; EuGH GRUR 2010, 451, "Bergspechte", Rn. 33).

Ein Verbotungsrecht besteht danach nur dann, wenn durch die beanstandete Verwendung die Herkunftsfunktion der Marke beeinträchtigt wird. Die herkunftshinweisende Funktion der Marke ist beeinträchtigt, wenn aus der Anzeige für einen normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer nicht oder nur schwer zu erkennen ist, ob die in der Anzeige beworbenen Waren oder Dienstleistungen von dem Inhaber der Marke oder einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen oder vielmehr von einem Dritten stammen (EuGH GRUR 2010, 445, "Google und Google France", Rn. 84; EuGH GRUR 2010, 451, "Bergspechte", Rn. 35). Hierzu hat der Gerichtshot auch klargestellt, dass auf eine Beeinträchtigung der herkunftshinweisenden Funktion zu schließen ist, wenn die Anzeige des Dritten suggeriert, dass zwischen diesem Dritten und dem Markeninhaber eine wirtschaftliche Verbindung besteht. Auch wenn die Anzeige das Bestehen einer wirtschaftlichen Verbindung zwar nicht suggeriert, aber hinsichtlich der Herkunft der fraglichen Waren oder Dienstleistungen so vage gehalten ist, dass ein normal informierter und angemessen

aufmerksamer Internetnutzer auf Grund des Werbelinks und der ihn begleitenden Werbebotschaft nicht erkennen kann, ob der Werbende im Verhältnis zum Markeninhaber Dritter oder vielmehr mit diesem wirtschaftlich verbunden ist, ist auf eine Beeinträchtigung der herkunftshinweisenden Funktion zu schließen (EuGH GRUR 2010, 445, "Google und Google France", Rn. 89; EuGH GRUR 2010, 451, "Bergspechte", Rn. 36).

Gemessen an diesen Kriterien kann hinsichtlich beider Anzeigen ein Verfügungsanspruch nicht verneint werden:

Zwar ist der Kammer darin zuzustimmen, dass der durchschnittliche Internetnutzer weiß, dass es sich bei den in der Anzeigenliste eingeblendeten Anzeigen um bezahlte Werbung und nicht um generische Suchergebnisse handelt. Er wird daher nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass die Anzeigen nur vom Zeicheninhaber stammen. Nach der zitierten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes reicht dies jedoch nicht aus, um eine Beeinträchtigung der herkunftshinweisenden Funktion der Marke und damit eine Verwechslungsgefahr auszuschließen. Vielmehr muss der Internetnutzer auf Grund des Werbelinks und der ihn begleitenden Werbebotschaft erkennen, dass der Werbende im Verhältnis zum Markeninhaber Dritter ist. Das ist hier nicht der Fall.

Aus dem Link kann ein fehlender Zusammenhang nicht geschlossen werden. Die URL "www.A-...de" verweist auf ein in der Vergangenheit von der Antragstellerin angebotenes Beteiligungsmodell, nämlich die sog. A-Aktien. Dass die Bezeichnung nicht auf eine Webseite der Antragstellerin verweist, ist Ihr nicht zu entnehmen. Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin und des Landgerichts ist auch der Hinweis auf die Möglichkeit eines Erwerbs aus zweiter Hand nicht hinreichend deutlich. Zum einen kommt es vor, dass Anbieter anderer Markenwaren auch mit Waren "aus zweiter Hand" handeln. So kann man zum Beispiel bei den meisten Kraftfahrzeugherstellern auch in deren Niederlassungen Gebrauchtfahrzeuge – also solche aus zweiter Hand – erwerben.

Zum anderen kann der durchschnittlich informierte und situationsadäquat aufmerksame Internetnutzer nicht erkennen, dass der Werbende mit der Antragstellerin nicht wenigstens wirtschaftlich verbunden ist. Bei der ursprünglichen Werbung wird dies durch die hervorgehobene Verwendung des geschützten Kennzeichens noch verstärkt. Zwar ist der Antragsgegnerin zuzubilligen, dass sie zur Beschreibung ihrer Dienstleistungen auf die Verwendung des Begriffs "Hapimag-Aktie" angewiesen ist. Sie muss diese Verwendung aber so gestalten, dass eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion ausgeschlossen ist, was jedenfalls bei den beiden angegriffenen Gestaltungen nicht der Fall ist.

Da die Werbung andauert, ist von einem Verfügungsgrund auszugehen, denn der Zeicheninhaber ist in der Regel nicht gehalten, eine Markenverletzung bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache hinzunehmen.

Jedenfalls aber kann die Antragstellerin ihren Anspruch auch auf § 8 Abs. 1, § 3 Abs. 2, § 5 Abs. 2 UWG stützen, so dass ihr insoweit die Dringlichkeitsvermutung des § 12 Abs. 2 UWG zugute kommt, die die Antragsgegnerin nicht widerlegt hat.

Der Senat hat bei der Fassung des Tenors durch Einblendung der gesamten Suchergebnisseite berücksichtigt, dass die Frage der Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion auch vom Anzeigenkontext abhängt, d.h. davon, ob die Anzeige in der rechten Werbespalte erscheint oder aber zum Beispiel in dem hervorgehobenen Bereich oberhalb der generischen Suchergebnisse. Einer Zurückweisung des weitergehenden Antrags bedurfte es nicht, weil nur die angegriffene Gestaltung Gegenstand des Verfahrens war und daher nur eine Präzisierung des Verbots erfolgt ist.

Keiner Entscheidung bedarf es, ob die von der Antragsgegnerin nunmehr vorgetragene Änderung ihrer Anzeigen reicht, eine Rechtsverletzung zu vermeiden, denn diese neuen Anzeigen sind nicht Gegenstand des Verfahrens.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO. Die Streitwertfestsetzung folgt den von der Antragsgegnerin nicht in Frage gestellten Angaben in der Antragsschrift.