

Wettbewerbswidrigkeit vergleichender Werbung im Rahmen einer eBay-Auktion

Kammergericht Berlin

Beschluss vom 04.03.2005

Az.: 5 W 32/05

In dem Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung

...

g e g e n

...

hat der 5. Zivilsenat des Kammergerichts durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht ..., die Richterin am Kammergericht Dr. ... und den Richter am Kammergericht Dr. ... am 04. März 2005

b e s c h l o s s e n :

1. Auf die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss der Zivilkammer 16 des Landgerichts Berlin vom 07. Februar 2005 – 16 O 19/05 – geändert:

Dem Antragsgegner wird im Wege einstweiliger Verfügung unter Androhung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten untersagt, im geschäftlichen Verkehr orthopädischen Extensionsgeräte zur Vergrößerung des menschlichen Penis anzubieten und/oder zu vertreiben und dabei das Zeichen

„PeniMaster“ zu verwenden, wenn und soweit dies geschieht wie nachfolgend abgebildet:

[hier folgt die Abbildung des eBay-Verkaufsangebotes 43*****852, in dem die Artikelbezeichnung wie folgt lautete: „medizinischer strecker.kein penimaster oder ...“]

Im Übrigen wird der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen.

Die weitergehende sofortige Beschwerde wird zurückgewiesen.

2. Die Kosten des Verfahrens beider Rechtszüge haben die Antragstellerin zu 1/3 und der Antragsgegner zu 2/3 tragen.

3. Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf 50.000,00 Euro festgesetzt.

Entscheidungsgründe:

Die sofortige Beschwerde ist gemäß §§ 567 ff. ZPO zulässig und teilweise begründet.

Der Antragstellerin steht gegen den Antragsgegner ein Unterlassungsanspruch im aus der Beschlussformel dieser Entscheidung ersichtlichen Umfang aus § 8 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 UWG in Verbindung mit § 3 und § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG zu. Nach der letztgenannten Vorschrift handelt unlauter im Sinne von § 3 UWG, wer vergleichend wirbt, wenn der Vergleich die Wertschätzung des von einem Mitbewerber verwendeten Kennzeichens in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt. Der von der Antragstellerin beanstandete ebay-Auftritt des Antragsgegners erfüllt diese Voraussetzungen.

Eine unlautere Rufausnutzung liegt allerdings nicht schon immer dann vor, wenn ein Gewerbetreibender im Vergleich die Marke oder ein sonstiges Unterscheidungsmerkmal eines Mitbewerbers in seiner Werbung aufführt (BGH GRUR 2002, 828/830 – Lottoschein). Anderenfalls wäre jede vergleichende Werbung unzulässig, weil sie begrifflich voraussetzt, dass ein

Mitbewerber oder dessen Erzeugnisse erkennbar gemacht werden. Es müssen vielmehr besondere, über die bloße Nennung der Marke hinausgehende Umstände hinzutreten, die den Vorwurf einer unlauteren Rufausnutzung rechtfertigen (BGH a.a.O.; Köhler/Piper, UWG, 3. Aufl., § 2 Rdn. 49; Eck/ Ikas, WRP 1999, 251/270). Die Feststellung der Unlauterkeit muss anhand einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung der legitimen Funktion der vergleichenden Werbung und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erfolgen. Es kommt also darauf an, ob das legitime Anliegen des Vergleichs unter geringerer Rufausnutzung erreichbar gewesen wäre (Köhler/Piper a.a.O.). Für die Beurteilung der Lauterkeit der Anlehnung an das Produkt des Mitbewerbers kommt es dabei zum einen darauf an, ob die konkrete Art der Verwendung des fremden Kennzeichens notwendig war, um den Vergleich für den Verbraucher transparent zu machen. Unzulässig kann es aber auch sein, die vergleichende Werbung so zu gestalten, dass dem Verbraucher beim Betrachten der Werbung vorrangig das Unterscheidungszeichen des Wettbewerbers ins Auge springt und das Layout der vergleichenden Werbung nicht der Aufklärung des Verbrauchers dient, sondern es als „eye-catcher“ verwendet wird, um die Aufmerksamkeit der Verbraucher auf den Werbenden zu lenken. So verhält es sich hier.

Der Antragsgegner hat die von der Antragstellerin beanstandete Markennennung nicht etwa im Rahmen eines Aufklärungsvergleichs in der Weise vorgenommen, dass er sich mit den unterschiedlichen technischen Merkmalen bzw. Wirkungsweisen der beiderseitigen Produkte auseinandergesetzt hätte, sondern er hat die Marke der Antragstellerin ausschließlich als Vorspann für die eigene Produktwerbung (vgl. dazu auch BGHZ 86, 90/95 f. – Rolls Royce) eingesetzt. Das geschah dadurch, dass er die durch Werbung bekannt gemachte – Marke ausschließlich in der für die Suchfunktion der Internet-Interessenten wesentlichen Artikelbezeichnung eingesetzt hat und damit in einer Weise, die nach Lage der Dinge nicht auf Information des Interessenten, sondern ausschließlich auf das Anlocken von

Interessenten ausgerichtet war. Die Gestaltung der Artikelbezeichnung hat ersichtlich den Zweck, Kunden die sich für das Produkt der Antragstellerin interessieren, auch mit dem des Antragsgegners zu konfrontieren. Zielt aber die Handlungsweise des Antragsgegners ausschließlich darauf ab, die mechanische Suchfunktion durch die Nennung der Marke der Antragstellerin für sich selbst als „eye-catcher“ auszunutzen, so erwies sich die Bezugnahme auf die Marke des Mitbewerbers nach den vorgenannten Grundsätzen als unzulässig.

Die Frage, ob der Antragstellerin auch ein markenrechtlicher Unterlassungsanspruch gemäß § 14 Abs. 5 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1 MarkenG zusteht, bedarf unter diesen Umständen keiner abschließenden Entscheidung. Es kann also sowohl dahinstehen, ob der Gesichtspunkt Platz greift, dass die bloße Nennung einer fremden Marke, wie sie in der vergleichenden Werbung regelmäßig vorkommt, kennzeichenrechtlich irrelevant und nur den wettbewerbsrechtlichen Schranken unterworfen ist (OLG Frankfurt GRUR 2002, 397 – Tiapridex; Ingerl/Rohnke, MarkenG, 2. Aufl., § 14 Rdn. 145 und 153; ferner OLG München WRP 2001, 820/828) oder ob hier – ausnahmsweise – der Gesichtspunkt der Verwendung eines Metatags einschlägig ist und zu einer anderen Beurteilung führen kann (vgl. dazu Ingerl/Rohnke, a.a.O., Rdn. 83). Jedenfalls ergäbe sich aus § 23 MarkenG keine Rechtfertigung des Verhaltens des Antragsgegners; denn auch diese Vorschrift steht unter einem Unlauterkeitsvorbehalt. Wie festgestellt, geht die Werbung des Antragsgegners über lauterer Verhalten hinaus. Es bedarf mithin auch keiner Entscheidung, ob § 23 MarkenG überhaupt wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen entgegengesetzt werden kann (verneinend Ingerl/Rohnke, a.a.O. § 23 Rdn. 6).

Zurückzuweisen ist der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung zum einen im Umfang seiner unzureichenden Bestimmtheit, nämlich insoweit, als der Antrag auch „ein ähnliches, verwechslungsfähiges Zeichen“ in den Verbotsumfang einbezogen wissen will (vgl. dazu nur BGH NJW 2000, 1792; WRP

2003, 1341 – Paperboy). Zum anderen besteht weder ein markenrechtlicher noch ein wettbewerbsrechtlicher Anspruch der Antragstellerin auf Unterlassung der Markennennung durch den Antragsgegner schlechthin. Das folgt daraus, dass nach den oben dargestellten Rechtsgrundsätzen durchaus zulässige Verwendungsformen in Betracht kommen. Der Antrag rechtfertigt sich daher auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer effektiven Rechtsschutz Rechnung tragenden zulässigen Verallgemeinerung.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die Wertfestsetzung ergibt sich aus § 3 ZPO.