

6 W 17/08

3/11 O 16/08

Landgericht Frankfurt

OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main
auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss
der 6. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main vom 30. Januar 2008
am 26. Februar 2008 beschlossen:

Die Beschwerde wird auf Kosten der Antragstellerin zurückgewiesen.

Der Beschwerdewert wird auf 25.000,- € festgesetzt.

)

Gründe:

I.

Die Antragstellerin vertreibt unter der Bezeichnung „A“ ein fermentiertes Erfrischungsgetränk, das auf der Technologie der „Effektiven Mikroorganismen“ aufbaut, die von dem japanischen Wissenschaftler Prof. Dr. ... entdeckt wurden. Sie ist Lizenznehmerin der Rechte an der beim Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt unter der Nummer ... am 18. Juli 2001 für die Klasse 32 (Erfrischungsgetränke, Fruchtsäfte, Gemüsesäfte, Molkegetränke, Antioxidantien enthaltende Erfrischungsgetränke) eingetragenen Wortmarke „A“. Die Antragsgegnerin vertreibt Erfrischungsgetränke mit „probiotischen“ Mikroorganismen.

Die Antragstellerin wirft der Antragsgegnerin eine Benutzung der Marke „A“ vor. Dazu hat sie vorgetragen und glaubhaft gemacht, die Beklagte habe auf der Internet-Seite www.google.de eine Werbeanzeige mit dem Inhalt:

„Probiot. Mikroorganismen
Mikroorganismen für den Menschen
Basierend auf EM – 1 Liter: EUR 19,95“

geschaltet. Diese Anzeige erscheine bei der Eingabe der Suchbegriffe „B“ oder „C“ in die Google-Suchmaschine und führe über einen Link zu der Seite www.....de der Antragsgegnerin. Dort könne unter anderem das Erfrischungsgetränk „Probiotische Mikroorganismen“ erworben werden. Die Platzierung der Anzeige der Antragsgegnerin neben den Ergebnissen für die Suchbegriffe „B“ oder „C“ erfolge, weil die Antragsgegnerin bei Google eine Vielzahl von AdWords, die eine inhaltliche Verbindung zur Marke „A“ aufweise, angegeben und zudem die von Google angebotene Option „weitgehend passende Keywords“ gewählt habe. Dies bewirke, dass die Anzeige der Antragsgegnerin auch dann angezeigt werde, wenn der Nutzer der Suchmaschine einen Begriff eingabe, der einen inhaltlichen Bezug zu den angegebenen AdWords habe.

Die Antragstellerin hat die Auffassung vertreten, die Antragsgegnerin habe dadurch Anlass zur Schaltung ihrer Anzeige unter Verwendung der Zeichen „A“ und „B“ gege-

ben, und beantragt, der Antragsgegnerin bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr das Zeichen „A“ oder „B“ für Erfrischungsgetränke zu benutzen oder benutzen zu lassen, insbesondere das Zeichen „A“ in der Werbung für Erfrischungsgetränke als Google-AdWord zu benutzen oder benutzen zu lassen.

Das Landgericht hat den Eilantrag zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die Antragstellerin mit der Beschwerde, in der sie ihr Unterlassungsbegehren auch auf das Wettbewerbsrecht stützt.

II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Ein markenrechtlicher Unterlassungsanspruch ist nicht gegeben, da es an der erforderlichen markenrechtlichen Benutzung des Zeichens „A“ fehlt. Das Landgericht hat dazu ausgeführt, die Verwendung eines fremden Kennzeichens oder eines glatt beschreibenden Begriffs in Verbindung mit der Keyword-Standardoption „weitgehend passende Keywords“ könne nicht als kennzeichenrechtlich relevante Benutzungshandlung angesehen werden, wenn dem Nutzer der Suchmaschine dadurch neben der Trefferanzeige für das als Suchbegriff eingegebene fremde Kennzeichen eine AdWord-Werbung für die gleichen oder ähnliche Produkte unter einem anderen Zeichen unterbreitet werde.

Dem tritt der Senat jedenfalls für den – im Falle der Werbung der Antragsgegnerin gegebenen – Fall bei, dass die AdWord-Werbung von den Trefferanzeigen erkennbar abgegrenzt dargestellt wird.

Zutreffend hat das Landgericht festgestellt, dass die Benutzung eines Zeichens nur dann kennzeichenrechtlich relevant ist, wenn dabei der Funktion der Marke und insbesondere ihre Hauptfunktion, als Herkunftshinweis der Ware oder Dienstleistung zu wirken, genutzt wird. Das ist der Fall, wenn ein Zeichen in einer Art und Weise benutzt wird, die der Verkehr als Ursprungsbezeichnung für die betroffenen Waren oder Dienstleistungen auffasst (BGH, Urt. 13.09.2007 - I ZR 33/05 - WRP 2008, 236, Ju-

ris-Tz 28 - THE HOME STORE; EuGH, Urt. v. 11.09.2007 - C-17/06 - GRUR 2007, 971, 972 Tz 26 - Céline).

Eine solche kennzeichenrechtlich relevante Benutzung hat der Bundesgerichtshof bei der Verwendung einer Marke als Metatag angenommen BGH, Urt. v. 18.05.2006 - I ZR 183/03 - GRUR 2007, 65, 66 Tz 15 f - Impuls). Eine kennzeichenmäßige Benutzung ist danach gegeben, wenn der Betreiber einer Internetseite im für den Benutzer nicht ohne weiteres sichtbaren Quelltext ein (fremdes) Kennzeichen als Suchwort verwendet, um auf diese Weise bei der Benutzung von Suchmaschinen wie Google eine Trefferhäufigkeit seines Internetauftritts zu erhöhen (BGH, a.a.O., Tz 16, m.w.Nachw. auch zu den dazu vertretenen abweichenden Auffassungen).

Davon unterscheidet sich die Benutzung eines Kennzeichens als AdWord dadurch, dass in diesem Fall nicht das Suchergebnis an sich und damit die Trefferliste, sondern lediglich die Platzierung einer Werbeanzeige beeinflusst wird. Gleichwohl haben sich die Oberlandesgerichte Braunschweig (Beschl. v. 05.12.2006 - 5 W 23/06 - WRP 2007, 435 ff; Beschl. v. 11.12.2006 - 2 W 177/06 - GRUR-RR 2007, 71 ff), Dresden (Urt. v. 09.01.2007 - 14 U 1958/06 - K&R 2007, 269 ff) und Stuttgart (Urt. v. 09.08.2007 - 2 U 23/07 - WRP 2007, 1265 ff) dafür ausgesprochen, die Benutzung des Kennzeichens als Metatag und AdWord gleich zu behandeln. Durch die Nutzung des Kennzeichens als AdWord solle die Suchmaschine dazu veranlasst werden, bei Eingabe des Wortzeichens durch den Internetnutzer die Werbung des AdWord-Verwenders neben der Trefferliste anzuzeigen, obwohl das Wortzeichen als Marke einem anderen Inhaber zugeordnet sei. Auf diese Weise mache sich der Werbende die von dem Zeicheninhaber aufgebaute Kraft der Marke zu Nutze und benutze gerade die für Marken spezifische „Lotsenfunktion“. Diese bestehe darin, in einem großen Angebot gezielt zu den eigenen Waren oder Dienstleistungen hinzulenken (OLG Braunschweig, Beschl. v. 11.12.2006 a.a.O., Juris-Tz 20). Damit sei hinsichtlich der inhaltlichen Bezüge zum Suchwort kein relevanter Unterschied zum Metatag gegeben (OLG Braunschweig, a.a.O. Tz 24). Aus der Kennzeichnung des Suchergebnisses als Anzeige entnehme der Nutzer im Übrigen nur, dass die Anzeige bei Eingabe des Suchworts anders als die Treffer in der eigentlichen Trefferliste deshalb an dieser Stelle erscheint, weil dafür bezahlt worden sei (OLG Braunschweig, a.a.O., Tz 23; offen gelassen in: OLG Köln, Beschl. v. 08.06.2004 - 6 W 59/04 - K&R 2006, 240 ff, Juris-Tz 9). Dabei ist es nach Auffassung des Oberlandesgerichts Braunschweig

unerheblich, ob das (fremde) Kennzeichen selbst als AdWord benutzt wird, oder - wie auch im vorliegenden Fall - anders lautende AdWords angegeben werden, die diesem Kennzeichen von der Suchmaschine über die Funktion „weitgehend passende Keywords“ zugeordnet werden. Denn der Verwender auch solcher AdWords sei deshalb als Störer anzusehen, weil er zu der Verletzung des geschützten Rechtsguts in adäquat kausaler Weise beitrage (OLG Braunschweig, a.a.O., Tz 26 f).

Diese Sichtweise wird der Funktion des AdWords nach Auffassung des *Senats* nicht gerecht.

Ob eine kennzeichenmäßige Benutzung eines fremden Zeichens vorliegt, bestimmt sich nach der Verkehrsauffassung. Entscheidend ist, ob ein Zeichen durch eine konkrete Benutzung im Verkehr als betrieblicher Herkunftshinweis verstanden wird (vgl.: EuGH, Urt. v. 14.05.2002 - Rs. C-2/00 - GRUR 2002, 692, 693; Hölterhof; EuGH, GRUR 2003, 55, 57 f - Arsenal; BGH, Urt. v. 04.05.2001 - I ZR 168/98 - GRUR 2002, 171, 173 - Marlboro Dach; Ingerl/Rohnke, MarkenG, 2. Aufl., § 14 Rd 101). Dies kann bei der Benutzung eines (fremden) Kennzeichens als AdWord nur dann angenommen werden, wenn der Werbende das Zeichen in seiner Hauptfunktion nutzt, die beworbene Ware oder Dienstleistung dem Inhaber des als AdWord genutzten Zeichens zuzuordnen (*Ullmann*, GRUR 2007, 633, 638).

Bei der Platzierung von Werbung für das eigene Unternehmen durch die Verwendung von AdWords, die ein fremdes Kennzeichen enthalten, ist dies - wie das Landgericht zu Recht festgestellt hat - regelmäßig nicht der Fall. Denn die „Lotsenfunktion“ des Zeichens wird hier nur zur Präsentation einer als solche erkennbaren Eigenwerbung genutzt (so auch *Ullmann*, GRUR 2007, 633, 638). Damit aber wird aus der maßgeblichen Sicht der angesprochenen Verkehrskreise gerade nicht der Eindruck erweckt, es bestehe eine wie auch immer geartete Verbindung zwischen den beworbenen Waren und dem Geschäftsbetrieb des Zeicheninhabers (in diesem Sinne auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 23. Januar 2007 - I-20 U 79/06 - WRP 2007, 440, 442 - „Beta Layout“, das die Frage, ob die Verwendung eines Kennzeichens als AdWord eine markenmäßige Benutzung darstellt, offen gelassen und statt dessen eine Verwechslungsgefahr im Sinne des § 15 Abs. 2 MarkenG verneint hat).

Die Grenze zur markenmäßigen Benutzung eines (fremden) Kennzeichens durch seine Verwendung als AdWord wird deshalb erst dann überschritten, wenn die Wer-

bung von der Trefferliste nicht klar und eindeutig getrennt dargestellt wird. Dies ist bei der Werbung für die Produkte der Antragsgegnerin jedoch nicht der Fall.

Die Werbung für das von der Antragsgegnerin vertriebene Erfrischungsgetränk „Probiotische Mikroorganismen“ erscheint ausweislich des als Anlage K 04 (Bl. 24) vorgelegten Bildschirmausdrucks unter der Überschrift „Anzeigen“ auf der äußersten rechten Bildschirmseite, während die Treffer für die Begriffe „A“ und „B“ auf der linken Seite des Bildschirms angegeben werden. Beide Seiten sind durch eine große freie Fläche und eine senkrechte Linie getrennt. Diese Trennung zwischen Trefferliste und zusätzlicher Werbung ist dem Nutzer der Suchmaschine „google“ inzwischen auch geläufig. Außerdem befasst sich die Anzeige der Antragsgegnerin erkennbar lediglich mit deren eigenen Produkten und erweckt durch den Link „[www.....de](#)“, mit dem auf das Unternehmen der Antragsgegnerin hingewiesen wird, gerade nicht den Eindruck, die in der Anzeige angebotenen Produkte stünden in irgendeiner Verbindung zu dem Unternehmen der Antragstellerin.

Da somit eine markenmäßige Benutzung eines (fremden) Kennzeichens regelmäßig schon dann ausscheidet, wenn dieses Zeichen selbst als AdWord verwendet wird, gilt dies erst recht, wenn der Werbende - wie im vorliegenden Fall - ein anders lautendes AdWord angegeben hat, welches erst durch die Wahl der Option „weitgehend passende Keywords“ von dem Betreiber der Suchmaschine dem (fremden) Kennzeichen zugeordnet wird.

2. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin liegt in der Wahl der AdWords durch die Antragsgegnerin auch kein Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht (§§ 4 Nr. 10, 5 UWG). Das Verhalten der Antragstellerin ist weder unter dem Gesichtspunkt des unzulässigen Anhängens an den guten Ruf des Zeichens der Antragstellerin noch als unzulässige Kundenumleitung zu beanstanden.

Der Tatbestand der unlauteren Rufausbeutung setzt - wie das Landgericht in seinem Nichtabhilfebeschluss vom 13. Februar 2003 zutreffend festgestellt hat - einen Imagetransfer, das heißt die Übertragung des guten Rufes der Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers auf das eigene Produkt voraus (vgl. Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl., § 4 Rd 10.82). Dies ist bei der Schaltung einer Werbeanzeige im Internet unter Verwendung eines fremden Kennzeichens als

AdWord jedenfalls dann nicht der Fall, wenn die Werbung - wie hier - ersichtlich von einem anderen Anbieter stammt und als solche eindeutig erkennbar ist. Denn in diesem Fall liegt es fern, anzunehmen, der Internetnutzer stelle zwischen dem eingegebenen Suchwort und der Werbung eine Verbindung in dem Sinne her, dass er Qualitätsvorstellungen, die er mit der als Suchwort eingegebenen Marke verbindet, auf das Angebot des werbenden anderen Anbieters überträgt (ebenso, OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.01.2007 - I-20 U 79/06 - WRP 2007, 440, 442 f - „Beta Layout“). Vielmehr tut der Webende hier nichts anderes als der Anzeigenkunde, der den Herausgeber eines Printmedium damit beauftragt, eine Werbeanzeige im Umfeld eines Testberichts für ein Konkurrenzprodukt zu platzieren. Ein solches Verhalten wird nicht dadurch zur unlauteren Rufausbeutung, weil die Platzierung der Werbung im Internet durch die Verwendung von AdWords automatisiert wird.

Auch ein unlauteres Abfangen von Kunden ist nicht gegeben. Dies liegt nur vor, wenn sich der Webende zwischen den Mitbewerber und dessen Kunden stellt, um diesem eine Änderung seines Kaufentschlusses aufzudrängen (BGH, Urt. v. 17.05.2001 – I ZR 216/99 - GRUR 2001, 1061, 1063 - Mitwohnzentrale.de, m.w.Nachw.). Dies ist bei der AdWord-Werbung in der Regel nicht der Fall. Zum einen ist der Nutzer des Internets auch bei der Verwendung einer (bekannten) Marke als Suchwort daran gewöhnt, aus einer Vielzahl von Treffern eine weitere Auswahl treffen zu müssen (*Seichter*, jurisPR WettbR 2/2008, Anm. 6). Vor allem aber gilt, dass aus der Eingabe eines Suchbegriffs in eine Suchmaschine nicht ohne weiteres auf einen Kaufentschluss des Internetnutzers geschlossen werden kann. Die Nutzung einer Suchmaschine ist deshalb nicht mit dem Aufsuchen eines Geschäftslokals vergleichbar. Sie erfolgt - wie der *Senat* aus eigener Praxis weiß - gerade auch dazu, sich allgemein über bestimmte Fragen zu informieren. Dies gilt auch, wenn als Suchbegriff ein (bekanntes) Kennzeichen verwendet wird. Aus der Platzierung einer Werbung für eigene Produkte im Umfeld der Suchergebnisse für ein fremdes Kennzeichen kann deshalb nicht auf eine sittenwidrigen Behinderungsabsicht geschlossen werden (so auch: OLG Karlsruhe, Urt. v. 26.09.2007 - 6 U 69/07 - WRP 2008, 135 ff juris-Tz; zustimmend *Seichter*, a.a.O., kritisch auch *Ullmann*, GRUR 2007, 632, 638; a.A. OLG Köln, Beschl. v. 08.06.2004 - 6 W 59/04 - K&R 240 ff juris Tz 10 zu § 1 UWG a.F.; *Illmer*, WRP 2007, 399, 405).

An dieser Bewertung hat sich entgegen der Auffassung des Antragstellers durch Art. 6 der seit dem 12. Dezember 2007 anzuwendenden Richtlinie 2005/29/EG (ABl. L 149 2005, S. 22 ff) über unlautere Geschäftspraktiken vom 11. Mai 2005 nichts geändert.

Nach Art 6 Abs. 2 lit. a) dieser Richtlinie gilt eine Geschäftspraktik zwar als irreführend, wenn sie geeignet ist, eine Verwechslungsgefahr mit einem anderen Produkt, Warenzeichen, Warennamen oder anderen Kennzeichen eines Mitbewerbers zu begründen. Wie oben im Einzelnen dargelegt, besteht eine solche Gefahr in dem vorliegenden Fall jedoch bereits deshalb nicht, weil die Werbung der Antragsgegnerin als solche deutlich erkennbar ist und nur eigene Produkte der Antragsgegnerin betrifft.

3. Die Antragstellerin hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen, da ihr Rechtsmittel keinen Erfolg hatte.