

Gericht	BGH
Aktenzeichen	I ZR 125/07
Datum	13.01.2011
Vorinstanzen	OLG Braunschweig, 12.07.2007, Az. 2 U 24/07, LG Braunschweig, 07.03.2007, Az. 9 O 2382/06
Rechtsgebiet	Markenrecht
Schlagworte	Google, Adword, Werbung, Keyword, Schlüsselwort, Marke, Anzeige, Suchergebnis, Trefferliste, Metatag
Leitsätze	Gibt ein Dritter ein mit einer Marke identisches Zeichen ohne Zustimmung des Markeninhabers einem Suchmaschinenbetreiber gegenüber als Schlüsselwort an, damit bei Eingabe des mit der Marke identischen Zeichens als Suchwort in die Suchmaschine ein absatzfördernder elektronischer Verweis (Link) zur Website des Dritten als Werbung für der Gattung nach identische Waren oder Dienstleistungen in einem von der Trefferliste räumlich getrennten, entsprechend gekennzeichneten Werbeblock erscheint (Adwords-Werbung), liegt darin keine Benutzung der fremden Marke im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a MarkenRL, § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG, wenn die Anzeige selbst weder das Zeichen noch sonst einen Hinweis auf den Markeninhaber oder auf die von diesem angebotenen Produkte enthält, der angegebene Domain-Name vielmehr auf eine andere betriebliche Herkunft hinweist. (gerichtlicher Leitsatz)

Bananabay II

1. Zusammenfassung

Klägerin war die Inhaberin der Marke "bananabay", die im Vertrieb von Erotikartikeln tätig war. Die Beklagte bot ebenfalls Erotikartikel an. Sie hatte bei Google eine Adwords-Anzeige geschaltet und hierfür das Keyword „bananabay“ verwendet. Gab ein Internetnutzer das Schlüsselwort bei Google ein, erschien rechts neben den Suchergebnissen eine Anzeige mit folgendem Text:

Erotikartikel für 0,00 €
Rabattaktion bis 20.07.2006!
Ersparnis bis 85% garantiert
www.eis.de/erotikshop

Die Klägerin sah darin eine Verletzung ihrer Marke und erhob deswegen Klage. Nachdem das OLG Braunschweig der Klägerin Recht gegeben hatte, ging die Beklagte in Revision zum BGH, der die Frage dem EuGH vorgelegt hatte. Der EuGH meinte, für die rechtliche Beurteilung sei entscheidend, ob der Internetnutzer erkennen könne, ob die in der Anzeige beworbenen Produkte von dem Markeninhaber oder doch von einem Dritten stammen. Nachdem sich der EuGH geäußert hatte, war nun wieder der BGH damit befasst.

Ausgehend von den Erwägungen des EuGH hob der BGH das Urteil des OLG Braunschweig auf und wies die Klage ab. Mit dieser verlangte die Klägerin, der Beklagten die Verwendung des Begriffs "bananabay" als Schlüsselwort zum Aufruf ihrer Google-Anzeige untersagen zu lassen, die diesen Begriff jedoch nicht selbst enthielt. Der durchschnittlich informierte Internetnutzer sei aber in der Lage, zwischen Suchergebnis und einer rechts davon, in einem deutlich abgesetzten Werbeblock platzierten Anzeige, die als solche gekennzeichnet ist, zu unterscheiden.

Daher sei die Schaltung eines Schlüsselworts für Google-Adword-Anzeigen anders zu beurteilen als der Einsatz von Metatags. Durch Metatags erscheine das Suchergebnis in der Trefferliste, so dass für den Internetnutzer nicht hinreichend deutlich werde, ob der Verwender der Metatags im Verhältnis zum Markeninhaber ein Dritter

oder aber mit diesem wirtschaftlich verbunden ist. In der Trefferliste erwarte der Internetnutzer Suchergebnisse des Markeninhabers oder der mit ihm verbundenen Unternehmen. In der hinreichend deutlich gekennzeichneten Rubrik „Anzeigen“ erwartet der verständige Internetnutzer bei Anzeigen, die die Marke gar nicht enthalten, nicht ausschließlich Angebote des Markeninhabers oder der mit ihm verbundenen Unternehmen.

2. Volltext der Entscheidung

Tenor

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 12. Juli 2007 aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Braunschweig vom 7. März 2007 abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin zu tragen.

Tatbestand

Die Klägerin vertreibt unter der Internet-Adresse "www.bananabay.de" Erotikartikel. Sie ist Inhaberin der für eine Vielzahl von Waren und Dienstleistungen der Klassen 03, 05, 09, 10, 14, 16, 18, 25, 28, 35, 38, 41 und 42 eingetragenen nationalen Wortmarke Nr. 30452046 "Bananabay". Die Beklagte vertreibt in ihrem Internet-Shop unter der Adresse "www.eis.de/erotikshop" ein vergleichbares Sortiment. Die Beklagte verwendete die Bezeichnung "bananabay" als Schlüsselwort (Keyword), um eine vom Suchmaschinenbetreiber Google eröffnete Möglichkeit zur Werbung auf einem auf einer Internetseite erscheinenden Werbepplatz (Adwords-Anzeige) zu nutzen. Gegen Zahlung eines Entgelts zeigt Google die von dem Werbenden vorgegebene Adwords-Anzeige auf der Internetseite, die erscheint, wenn der als Schlüsselwort benannte Begriff von einem Internetnutzer in die Suchmaske eingegeben wird, rechts neben der Trefferliste in einem gesonderten Bereich an, der mit "Anzeigen" überschrieben ist. Bei der Eingabe des Wortes "bananabay" in die Suchmaske bei Google erschien in diesem Bereich bis zum 26. Juli 2006 folgende Anzeige:

Erotikartikel für 0,00 €

Rabattaktion bis 20.07.2006!

Ersparnis bis 85% garantiert

www.eis.de/erotikshop

Ab dem 26. Juli 2006 wurde eine identische Anzeige geschaltet, in der die Rabattaktion jedoch bis zum 31. Juli 2006 befristet war. Über die in dieser Anzeige als elektronischer Verweis (Link) ausgestaltete Internet-Adresse gelangte man auf die Homepage der Beklagten.

Die Klägerin mahnte die Beklagte am 14. Juli 2006 ab. Daraufhin erhob die Beklagte am 16. Juli 2006 eine negative Feststellungsklage vor dem Landgericht Leipzig. Nach Klagezustellung beantragte die Klägerin beim Landgericht Braunschweig eine einstweilige Verfügung, die erlassen und nach Widerspruch der Beklagten bestätigt wurde. Die Beklagte erkannte die einstweilige Verfügung nicht als endgültige Regelung an. Noch vor der mündlichen Verhandlung über die negative Feststellungsklage erhob die Klägerin die vorliegende Hauptsacheklage beim Landgericht Braunschweig. Das Landgericht Leipzig wies die negative Feststellungsklage mit Urteil vom 16. November 2006 als unbegründet ab. Auf die Berufung der Beklagten wies das OLG Dresden die Klage als unzulässig ab.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

die Beklagte unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland zu Wettbewerbszwecken im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Erotikartikeln die Bezeichnung "bananabay" als Adword im Aufruf von Google-Anzeigen zu benutzen oder benutzen zu lassen.

Ferner hat sie die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten begehrt.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben (vgl. OLG Braunschweig, MarkenR 2007, 449 = MMR 2007, 789). Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Mit Beschluss vom 22. Januar 2009 hat der Senat dem Gerichtshof der Europäischen Union folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt (GRUR 2009, 498 = WRP 2009, 451 - Bananabay I):

Liegt eine Benutzung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a der Richtlinie 89/104/EWG vor, wenn ein Dritter ein mit der Marke identisches Zeichen ohne Zustimmung des Markeninhabers einem Suchmaschinenbetreiber gegenüber als ein Schlüsselwort (Keyword) zu dem Zweck angibt, dass bei Eingabe des mit der Marke identischen Zeichens als Suchwort in die Suchmaschine ein absatzfördernder elektronischer Verweis (Link) zur Website des Dritten als Werbung für identische Waren oder Dienstleistungen in einem von der Trefferliste räumlich getrennten Werbeblock erscheint, dieser Verweis als Anzeige gekennzeichnet ist und die Anzeige selbst weder das Zeichen noch sonst einen Hinweis auf den Markeninhaber oder auf die von diesem angebotenen Produkte enthält?

Der Gerichtshof der Europäischen Union hat hierüber durch Beschluss vom 26. März 2010 (C-91/09, GRUR 2010, 641 - Eis.de) wie folgt entschieden:

Art. 5 Abs. 1 Buchst. a der Ersten Richtlinie 89/104/EWG ... ist dahin auszulegen, dass der Inhaber einer Marke es einem Werbenden verbieten darf, auf ein mit dieser Marke identisches Schlüsselwort, das von diesem Werbenden ohne seine Zustimmung im Rahmen eines Internetreferenzierungsdienstes ausgewählt wurde, für Waren oder Dienstleistungen, die mit den von der Marke erfassten identisch sind, zu werben, wenn aus dieser Werbung für einen Durchschnittsinternetnutzer 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 doch von einem Dritten stammen.

A. Das Berufungsgericht hat die Klage für zulässig erachtet und einen Unterlassungsanspruch der Klägerin bejaht. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Der Klage fehle nicht das Rechtsschutzbedürfnis. Das klageabweisende Urteil in dem Verfahren über die negative Feststellungsklage vor dem Landgericht Leipzig nütze der Klägerin nicht unmittelbar, weil sie nur durch einen vollstreckbaren Titel im Leistungsverfahren gegen weitere Verletzungshandlungen geschützt sei und die Verjährung des Unterlassungsanspruchs verhindert werde. Es sei auch nicht rechtsmissbräuchlich, dass die Leistungsklage nicht als Widerklage beim Landgericht Leipzig erhoben worden sei.

Der Unterlassungsanspruch ergebe sich aus §14 Abs.2 Nr.1, Abs.5 MarkenG. Die Beklagte habe ein mit der Marke der Klägerin identisches Zeichen für identische Waren und/oder Dienstleistungen benutzt. Die Verwendung als Adword stelle eine markenmäßige Benutzung der Marke dar. Die Beklagte mache sich die Funktion der Suchmaschine zunutze, damit nach Eingabe der Marke als Suchwort ihre Produkte aufgefunden und angezeigt werden könnten. Es mache keinen Unterschied, ob das Suchergebnis in der Trefferliste oder in einem gesonderten Anzeigenteil aufgeführt werde. Die Marke "bananabay" weise als Phantasiebegriff keinen beschreibenden Inhalt auf und lasse auch keinen Sachbezug zu den darunter angebotenen Produkten erkennen. Sie könne deshalb nur als Herkunftshinweis verstanden werden.

Die Beklagte mache sich die "Lotsenfunktion" der Marke zunutze, die darin bestehe, in einem großen Angebot gezielt zu eigenen Waren oder Dienstleistungen hinzulenken. Es entstehe der Eindruck, dass auf der Internetseite der Beklagten Produkte unter der Marke der Klägerin geführt würden. Es werde das Ergebnis des Auswahlverfahrens beeinflusst. Der Verkehr mache sich keine Gedanken über die Geschäftspraktiken bei Google. Er gehe davon aus, dass sowohl in der Trefferliste als auch im Anzeigenbereich Produkte einer Marke zu finden seien, für die er die Suchanfrage durchgeführt habe. Die Suchmaschinennutzer, zu denen auch die Mitglieder des Berufungsgerichts gehörten, machten die Erfahrung, dass bisweilen dieselben Internetauftritte in der Trefferliste und im Anzeigenteil erschienen, weil die Markeninhaber selbst eine Anzeige bei Google schalteten, um einen vorrangigen Platz bei den Anzeigen zu erhalten.

B. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision der Beklagten haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Klageabweisung.

I. Die Klage ist zulässig. Ihr fehlt nicht das Rechtsschutzbedürfnis, denn das Rechtsschutzziel der Leistungsklage, das auf Erlangung eines vollstreckungsfähigen Unterlassungstitels gerichtet ist, konnte in dem von der Beklagten angestrebten Feststellungsverfahren nicht erreicht werden (vgl. BGH, Urteil vom 7. Juli 1994 - I ZR 30/92, GRUR 1994, 846, 848 = WRP 1994, 810 - Parallelverfahren II). Im Übrigen wurde das Bestehen des Unterlassungsanspruchs durch die Abweisung der negativen Feststellungsklage nicht rechtskräftig festgestellt, weil das Oberlandesgericht Dresden in zweiter Instanz allein über die Zulässigkeit der Feststellungsklage entschieden hat.

Die Revision rügt auch ohne Erfolg, die Klageerhebung sei rechtsmissbräuchlich, weil die Leistungsklage nicht als Widerklage beim Landgericht Leipzig erhoben worden sei, vor dem die Feststellungsklage anhängig gewesen sei. Dem Gläubiger steht bei Klagen im Gerichtsstand des deliktischen Begehungsortes ein Wahlrecht zu, wenn mehrere Begehungsorte in Betracht kommen. Entschließt er sich unverzüglich nach Erhebung der negativen Feststellungsklage zur Leistungsklage, wäre es ihm nicht zuzumuten, wenn er nur noch Widerklage an dem vom Schuldner gewählten Gerichtsstand erheben könnte. Der durch die Abmahnung gewarnte Schuldner hätte es andernfalls in der Hand, durch sofortige Erhebung der Feststellungsklage den ihm genehmen Gerichtsstand festzulegen (BGH, GRUR 1994, 846, 848 = WRP 1994, 810 - Parallelverfahren II). Ein Fall der schuldhaft verzögerten Erhebung der Leistungsklage, für den etwas anderes gelten mag (vgl. Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl., Kap. 52 Rn. 20b), liegt hier nicht vor. Zwar hat die Klägerin die Leistungsklage beim Landgericht Braunschweig erst im Oktober 2006 erhoben, nachdem die Beklagte bereits im Juli 2006 unmittelbar nach Erhalt der Abmahnung die negative Feststellungsklage beim Landgericht Leipzig anhängig gemacht hatte. Dem Hauptsacheverfahren war aber beim selben Landgericht ein Verfügungsverfahren vorausgegangen. Die Klägerin hat das Hauptsacheverfahren erst eingeleitet, als sich abzeichnete, dass das Verfügungsverfahren zu keiner endgültigen Regelung führen würde.

II. Der Klägerin steht gegen die Beklagte kein Anspruch auf Unterlassung der Verwendung des Begriffs "bananabay" als Schlüsselwort zum Zwecke der Adwords-Werbung bei Google aus § 14 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 5 MarkenG zu.

1. Der Unterlassungsantrag ist nach seinem Wortlaut auf ein Verbot der Benutzung der Bezeichnung "bananabay" als "Adword im Aufruf von Google-Anzeigen" gerichtet. Nach dem von den Parteien vorgetragenen und vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt geht es im Streitfall nicht darum, dass die Beklagte das Wort "bananabay" in der rechts neben der Trefferliste erscheinenden Anzeige verwendet hätte. Das Berufungsgericht hat den Unterlassungsantrag mit Recht vielmehr dahin ausgelegt, dass damit allein die Verwendung des Begriffs "bananabay" durch die Beklagte als Schlüsselwort zum Aufruf ihrer - diesen Begriff selbst nicht enthaltenden - Anzeige bei Google untersagt werden soll.

2. Die Vorschrift des §14 Abs.2 Nr.1 MarkenG setzt Art. 5 Abs. 1 Buchst. a MarkenRL um und ist daher richtlinienkonform auszulegen. Der Verletzungstatbestand des Art. 5 Abs. 1 Buchst. a MarkenRL setzt voraus, dass ein mit der Marke identisches Zeichen im geschäftlichen Verkehr ohne Zustimmung des Markeninhabers für Waren oder Dienstleistungen benutzt wird, die mit denjenigen identisch sind, für die die Marke eingetragen ist, und dass das Zeichen wie eine Marke benutzt wird, das heißt die Benutzung des Zeichens durch den Dritten die Funktionen der Marke und insbesondere ihre wesentliche Funktion, den Verbrauchern die Herkunft der Waren oder Dienstleistungen zu garantieren, beeinträchtigt oder beeinträchtigen kann (vgl. EuGH, Urteil vom 19. Februar 2009 - C-62/08, Slg. 2009, I-1279 = GRUR 2009, 1156 Rn. 42 - UDV/Brandtraders; Urteil vom 18. Juni 2009 - C-487/07, Slg. 2009, I-5185 = GRUR 2009, 756 Rn. 58 - L'Oréal/Bellure; BGH, Urteil vom 14. Januar 2010 - I ZR 88/08, GRUR 2010, 726 Rn. 16 = WRP 2010, 1039 - Opel-Blitz II).

a) Das Berufungsgericht ist - wie bereits das Landgericht - von der Benutzung eines mit der Marke der Klägerin identischen Zeichens für identische Waren und/oder Dienstleistungen im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG ausgegangen. Diese Beurteilung lässt keinen Rechtsfehler erkennen und wird von der Revision nicht angegriffen.

b) Eine Benutzung "für Waren oder Dienstleistungen" ist gegeben. Sie kann auch in einer Verwendung in der Werbung liegen (Art. 5 Abs. 3 Buchst. d MarkenRL, § 14 Abs. 3 Nr. 5 MarkenG). Hierfür ist es nicht zwingend erforderlich, dass das Zeichen in der Werbeanzeige selbst vorkommt. Die Aufzählung der Benutzungsformen in Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie ist insoweit nicht abschließend (vgl. EuGH, Urteil vom 12. November 2002 - C-206/01, Slg. 2002, I-1073 = GRUR 2003, 55 Rn. 38 - Arsenal Football Club/Reed; Urteil vom 25. Januar 2007 - C-48/05, Slg. 2007, I-1017 = GRUR 2007, 318 Rn. 16 - Adam Opel/Autec). Mit der Adwords-Werbung möchte der Werbende erreichen, dass der Internetnutzer nach Eingabe eines der Marke entsprechenden Suchworts nicht nur die von dem Markeninhaber angebotenen Waren oder Dienstleistungen, sondern auch seine Werbung für Waren oder Dienstleistungen, die möglicherweise eine Alternative zum Angebot des Markeninhabers darstellen, wahrnimmt. Darin liegt eine Benutzung für Waren oder Dienstleistungen (EuGH, Urteil vom 23. März 2010 - C-236/08 bis C-238/08, GRUR 2010, 445 Rn. 71 - Google France). Es ist ohne Belang, ob die Produkte in der Anzeige selbst zum Erwerb angeboten werden oder ob die Anzeige wie im Streitfall nur auf eine entsprechende Internetseite verweist. Denn der Werbende zielt mit der Auswahl des der Marke entsprechenden Schlüsselworts jedenfalls darauf ab, dass der Internetnutzer nach Eingabe des Suchworts den Werbelink anklickt und damit dem Hinweis auf die Internetseite folgt, um das Verkaufsangebot kennenzulernen (EuGH, Urteil vom 8. Juli 2010 - C-558/08, GRUR 2010, 841 Rn. 42 = WRP 2010, 1350 - Portakabin).

c) Zu Recht wendet sich die Revision jedoch gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe das Zeichen "bananabay" wie eine Marke benutzt. Der Inhaber einer Marke kann der Benutzung eines mit der Marke identischen Zeichens nicht widersprechen, wenn diese Benutzung keine der Funktionen der Marke beeinträchtigen kann (EuGH, GRUR 2009, 756 Rn. 60 - L'Oréal/Bellure; GRUR 2010, 445 Rn. 76 - Google France). Die Verwendung des Begriffs "bananabay" als Schlüsselwort für die in Rede stehende Adwords-Werbeanzeige beeinträchtigt nicht die Funktionen der Klagemarke.

aa) Die Herkunftsfunktion wird durch die Verwendung des Schlüsselworts "bananabay" für die Adwords-Anzeige der Beklagten nicht beeinträchtigt.

(1) Eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion würde voraussetzen, dass die als Schlüsselwort gewählte Bezeichnung im Rahmen des Produktabsatzes jedenfalls auch der Unterscheidung der Waren oder Dienstleistungen der Beklagten von denen anderer Unternehmen dient (vgl. EuGH, GRUR 2003, 55 Rn. 51 ff. - Arsenal Football Club/Reed; BGH, Urteil vom 22. September 2005, BGHZ 164, 139, 145 - Dentale Abformmasse; BGH, GRUR 2010, 726 Rn. 16 - Opel Blitz II; BGH, Urteil vom 22. April 2010 - I ZR 17/05, GRUR 2010, 1103 Rn. 25 = WRP 2010, 1508 - Pralinenform II).

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union hängt die Frage, ob die Herkunftsfunktion beeinträchtigt wird, wenn Internetnutzern anhand eines mit der Marke identischen Schlüsselworts eine Anzeige eines Dritten gezeigt wird, insbesondere davon ab, wie diese Anzeige gestaltet ist. 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 dort beworbenen Waren oder Dienstleistungen vom Inhaber der Marke oder von einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen oder aber von einem Dritten stammen (EuGH, GRUR 2010, 445 Rn. 83 f. - Google France; GRUR 2010, 641 Rn. 24 - Eis.de). Für eine Beeinträchtigung in diesem Sinne spricht es daher, wenn in der Anzeige des Dritten suggeriert wird, dass zwischen ihm und dem Markeninhaber eine wirtschaftliche Verbindung besteht. Dasselbe gilt, wenn die Anzeige das Bestehen einer wirtschaftlichen Verbindung zwar nicht suggeriert, hinsichtlich der Herkunft der fraglichen Ware oder Dienstleistung aber so vage gehalten ist, dass ein normal informierter und angemessen aufmerksamer Internetnutzer auf der Grundlage des Werbelinks und der dazu gehörigen Werbebotschaft nicht erkennen kann, ob der Werbende im Verhältnis zum Markeninhaber Dritter oder doch mit diesem wirtschaftlich verbunden ist (EuGH, GRUR 2010, 641 Rn. 26 f. - Eis.de; EuGH, GRUR 2010, 445 Rn. 89 f. - Google France). Ob nach diesen Grundsätzen eine Beeinträchtigung der herkunftshinweisenden Funktion vorliegt oder vorliegen kann, ist Sache der Würdigung durch das nationale Gericht (EuGH, GRUR 2010, 445 Rn. 88 - Google France; GRUR 2010, 641 Rn. 25 - Eis.de).

(2) Das Berufungsgericht hat angenommen, für die Feststellung einer kennzeichenmäßigen Benutzung mache es keinen Unterschied, ob das von der Suchmaschine gefundene Ergebnis in der Trefferliste oder im Anzeigenteil aufgeführt werde. Der Internetnutzer mache sich keine vertieften Gedanken über die Geschäftspraktiken des Suchmaschinenbetreibers und gehe davon aus, dass sowohl in der Trefferliste als auch im Anzeigenbereich Produkte einer Marke zu finden seien, für die er die Suchanfrage durchgeführt habe. Diese Beurteilung berücksichtigt nicht hinreichend die Kennzeichnung und Platzierung der hier zum Gegenstand der Klage gemachten Werbung als Anzeige und deren konkrete Gestaltung.

(3) In der Anzeige, namentlich in dem dort aufgeführten Werbelink und in der Werbebotschaft, fehlt jeder Anhaltspunkt, der für einen normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer den Schluss nahelegen könnte, die Anzeige

stamme von der Klägerin oder zwischen dem Werbenden und der Klägerin bestünden wirtschaftliche Verbindungen.

Gibt ein Internetnutzer den als Schlüsselwort gebuchten Begriff "bananabay" als Suchwort ein, erscheint nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Anzeige der Beklagten in einem mit der Überschrift "Anzeigen" gekennzeichneten, deutlich abgesetzten besonderen Werbeblock. Weder der Anzeigentext noch der aufgeführte Link "www.eis.de/erotikshop" enthalten einen Hinweis auf das eingegebene Markenwort. Der angegebene Domain-Name ist vielmehr ausdrücklich mit einem anderen, als solches auch erkennbaren Zeichen ("eis") gekennzeichnet. Eine Verbindung zwischen dem Suchwort und der Anzeige in der Weise, dass das mit dem Suchwort übereinstimmende Zeichen auf die Herkunft der in der Anzeige beworbenen Produkte oder auf wirtschaftliche Verbindungen der Unternehmen hinweisen könnte, stellt der Internetnutzer auch nicht deshalb her, weil beim Erscheinen der Werbung der Suchbegriff in der Suchzeile sichtbar bleibt (vgl. BGH, Urteil vom 22. Januar 2009 - I ZR 139/07, GRUR 2009, 502 Rn. 23 = WRP 2009, 441 - pcb).

(4) Die Schaltung eines Schlüsselworts für Adwords-Anzeigen der streitgegenständlichen Art ist anders zu beurteilen als der Einsatz von Metatags. Metatags und vergleichbare Zeichenverwendungsformen beeinflussen den durch Eingabe des Suchworts ausgelösten Suchvorgang in der Weise, dass das Angebot des Verwenders in der Liste der Suchergebnisse, also der Trefferliste, erscheint. Bei den Ergebnissen der Trefferliste wird für den Internetnutzer in der Regel nicht hinreichend deutlich, ob der Verwender des Metatags, der identische oder ähnliche Produkte anbietet, im Verhältnis zum Markeninhaber Dritter oder aber mit diesem wirtschaftlich verbunden ist (vgl. BGH, Urteil vom 18. Mai 2006 - I ZR 183/03, BGHZ 168, 28 Rn. 17, 19 - Impuls; Urteil vom 18. Februar 2007 - I ZR 77/04, GRUR 2007, 784 Rn. 18 = WRP 2007, 1095 - AIDOL; Urteil vom 7. Oktober 2009 - I ZR 109/06, GRUR 2009, 1167 Rn. 14 = WRP 2009, 1520 - Partnerprogramm; Urteil vom 4. Februar 2010 - I ZR 51/08, GRUR 2010, 835 Rn. 25 = WRP 2010, 1165 - POWER BALL). In der hinreichend deutlich gekennzeichneten Rubrik "Anzeigen" erwartet der verständige Internetnutzer hingegen nicht ausschließlich Angebote des Markeninhabers oder seiner verbundenen Unternehmen. Der Verkehr, der eine Trennung der Werbung von der eigentlich nachgefragten Leistung aus dem Bereich von Presse und Rundfunk kennt, unterscheidet zwischen den Fundstellen in der Trefferliste und den als solche gekennzeichneten Anzeigen. Ihm ist klar, dass eine notwendige Bedingung für das Erscheinen der Anzeige vor allem deren Bezahlung durch den Werbenden ist. Es kann zudem nach der Lebenserfahrung nicht davon ausgegangen werden, dass der normal informierte und angemessen aufmerksame Internetnutzer Kenntnis von der Möglichkeit hat, die Platzierung von Anzeigen durch die Verwendung von Schlüsselwörtern zu steuern (BGH, GRUR 2009, 502 Rn. 24 - pcb). Aber auch diejenigen Internetnutzer, die den Mechanismus der Adwords-Werbung kennen, haben keinen Anlass zu der Annahme, die fragliche Anzeige wiese auf das Angebot des Markeninhabers hin. Soweit das Berufungsgericht als gerichtsbekannt festgestellt hat, dass der Werbende nicht selten mit dem Markeninhaber identisch sei, weil dieser mit der Schaltung einer Anzeige sicherstellen wolle, im Anzeigenteil einen vorrangigen Platz zu erhalten (vgl. dazu auch EuGH, GRUR 2010, 445 Rn. 94 - Google France), ergibt sich daraus zugleich, dass der Teil des Verkehrs, welcher ebenfalls entsprechende Erfahrungen gemacht hat, in Rechnung stellen wird, dass regelmäßig auch Dritte bezahlte Anzeigen bei Google schalten, die bei Eingabe der Marke als Suchwort

ebenfalls - gegebenenfalls neben der Anzeige des Markeninhabers - in der Anzeigenspalte erscheinen.

bb) Zu den Funktionen der Marke gehören neben der Gewährleistung der Herkunft als Hauptfunktion auch ihre anderen Funktionen wie unter anderem die Gewährleistung der Qualität der mit ihr gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen sowie die Kommunikations-, Investitions- und Werbefunktion (EuGH, GRUR 2009, 756 Rn. 58 - L'Oréal/Bellure). Diese werden durch die Benutzung eines mit der Marke identischen Zeichens als Schlüsselwort für Adwords-Werbung aber ebenfalls nicht beeinträchtigt.

(1) Die Werbefunktion bezeichnet die Fähigkeit der Marke, sie als Element der Verkaufsförderung oder Instrument der Handelsstrategie einzusetzen (EuGH, GRUR 2010, 445 Rn. 92 - Google France). Zwar berührt die Verwendung des Schlüsselworts die Möglichkeiten des Markeninhabers, die Marke in seiner eigenen Werbung einzusetzen. Möchte er zum Beispiel seine Marke selbst als Schlüsselwort registrieren, um in der Rubrik "Anzeigen" eine Anzeige erscheinen zu lassen, muss er mit anderen Verwendern des Schlüsselworts um die vordere Position der Werbeanzeige konkurrieren (EuGH, GRUR 2010, 445 Rn. 94 - Google France). Diese Auswirkungen reichen jedoch für eine rechtlich relevante Beeinträchtigung der Werbefunktion nicht aus. Bei Eingabe der Marke als Suchbegriff durch den Internetnutzer erscheint der Internetauftritt des Markeninhabers meist bereits in der Trefferliste, und zwar normalerweise an einer der vorderen Stellen. Infolgedessen ist die Sichtbarkeit der Waren oder Dienstleistungen des Markeninhabers für den Internetnutzer unabhängig davon gewährleistet, ob es dem Markeninhaber gelingt, eine Anzeige auch in der Rubrik "Anzeigen" unter den Ersten zu platzieren (EuGH, GRUR 2010, 445 Rn. 97 - Google France). Es kann zwar nicht völlig ausgeschlossen werden, dass die Werbekraft der Marke durch das Anzeigen einer Werbung für Drittprodukte geschwächt wird (vgl. BGH, GRUR 2009, 262 Rn. 17 - Bananabay I; Ohly, GRUR 2010, 776, 782). Dieser mögliche Effekt reicht aber nach den vom Gerichtshof der Europäischen Union entwickelten Grundsätzen nicht aus, um von einer rechtserheblichen Beeinträchtigung der Werbefunktion auszugehen, und ist deshalb hinzunehmen.

(2) Für eine eigenständige Verletzung anderer Funktionen als der Werbefunktion und der Herkunftsfunktion ist im Streitfall nichts ersichtlich (vgl. auch EuGH, GRUR 2010, 445 Rn. 81 - Google France; EuGH, GRUR 2010, 641 Rn. 21 - Eis.de).

III. Die Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§561 ZPO). Die Benutzung des Schlüsselworts "bananabay" zum Aufruf der streitgegenständlichen Anzeige bei Google kann auf Grundlage der Feststellungen des Berufungsurteils nicht als Verstoß gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften untersagt werden.

1. Für einen Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 Satz 1, §§ 3, 4 Nr. 9 Buchst. b UWG unter dem Gesichtspunkt der Rufanlehnung fehlt es bereits an Anhaltspunkten dafür, dass die Beklagte Waren oder Dienstleistungen anbietet, die eine Nachahmung der Waren oder Dienstleistungen der Klägerin sind.

2. Eine unlautere Behinderung der Klägerin im Sinne von §§ 3, 4 Nr. 10 UWG durch Rufausbeutung setzt eine Übertragung von Güte- oder Wertvorstellungen, also

einen Imagetransfer voraus. Im Streitfall fehlt es an der insofern erforderlichen erkennbaren Bezugnahme auf denjenigen, dessen Ruf ausgebeutet werden soll, oder auf dessen Produkte (BGH, Urteil vom 22. Januar 2009 - I ZR 30/07, GRUR 2009, 500 Rn. 22 = WRP 2009, 435 - Beta Layout).

3. Eine unlautere Behinderung der Klägerin im Sinne von §§ 3, 4 Nr. 10 UWG unter dem Gesichtspunkt des Kundenfangs setzt voraus, dass auf Kunden, die bereits dem Mitbewerber zuzurechnen sind, in unangemessener Weise eingewirkt wird, um sie als eigene Kunden zu gewinnen. Eine solche Einwirkung wird insbesondere dann angenommen, wenn sich der Abfangende gewissermaßen zwischen den Mitbewerber und dessen Kunden stellt, um diesem eine Änderung seines Kaufentschlusses aufzudrängen (BGH, Urteil vom 29. März 2007 - I ZR 164/04, GRUR 2007, 987 Rn. 25 = WRP 2007, 1341 - Änderung der Voreinstellung, mwN). In dem Umstand, dass bei der Eingabe einer fremden Marke als Suchwort auch eine Anzeige eines Mitbewerbers erscheint, liegt noch keine unangemessene Beeinflussung potentieller Kunden (BGH, GRUR 2009, 500 Rn. 23 - Beta Layout).

4. Die Benutzung des Schlüsselworts stellt schließlich auch keine irreführende geschäftliche Handlung im Sinne des § 5 Abs. 2 UWG dar. Die bei Eingabe des dem Schlüsselwort entsprechenden Suchworts erscheinende Anzeige ruft keine Verwechslungsgefahr mit der Klagemarke hervor. Wie dargelegt lässt sie bei einem normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer nicht den Eindruck entstehen, dass die dort beworbenen Produkte von der Klägerin oder einem mit ihr wirtschaftlich verbundenen Unternehmen stammen.

IV. Danach kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Es ist auf die Revision der Beklagten aufzuheben. Die Sache ist im Hinblick auf die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen zur Endentscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die Klage ist daher unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils abzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus §91 Abs. 1 ZPO.



2011 Karsten+Schubert Fachanwälte Rechtsanwälte



info@karstenundschubert.de
www.karstenundschubert.de



fon: +49 (0)30 69517378
fax: +49 (0)30 69517379



Schlesische Str. 26
D-10997 Berlin