OLG München, Beschluss v. 04.12.2020 – 29 W 1708/20

Titel:

Keine Markenverletzung allein durch unlautere vergleichende Werbung

Normenketten:

MarkenG § 14 Abs. 5, Abs. 2 Nr. 1

UWG § 6 Abs. 2 Nr. 2

Leitsätze:

1. Eine der Funktionen einer Marke wird durch die Buchung eines Schlüsselworts dann nicht verletzt, wenn die Anzeige als solche gekennzeichnet ist, in einem Block mit weiteren Anzeigen vor der eigentlichen Trefferliste erscheint und unschwer zu erkennen ist, dass sie von einem Konkurrenten stammt. (Rn. 6) (redaktioneller Leitsatz)

2. Die Nutzung des Kennzeichens in einer Anzeige mit vergleichender Werbung stellt nur dann eine Markenrechtsverletzung dar, wenn sie eine Markenfunktion beeinträchtigt oder beeinträchtigen kann. Etwas anderes gilt nicht deswegen, weil die Anforderungen des § 6 UWG nicht erfüllt sind. (Rn. 9) (redaktioneller Leitsatz)

3. Eine Werbung, die eine Alternative bewirbt, ist unlauter, wenn nicht ersichtlich ist, in Bezug auf welche Kriterien die Produkte eine "Alternative" zu den Produkten der Klägerin darstellen und einen "Wechsel" begründen können. (Rn. 18) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Marke, Unterscheidungskraft, Dienstleistungen, Werbung, Unterlassungsanspruch, Beschwerde, Werbeanzeige, Markeninhaber, Zustimmung, Zeichen, Markenrecht, Benutzung, Vergleich, EuGH, Waren oder Dienstleistungen, herkunftshinweisende Funktion

Vorinstanz:

LG München I vom -- – 17 HK O 13584/20

Fundstelle:

GRUR-RS 2020, 44000

Tenor

1. Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Landgerichts München I teilweise abgeändert und wie folgt gefasst:

I. Der Antragsgegnerin wird es unter Androhung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu 250.000,00 €. ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfall bis zu zwei Jahren, zu vollziehen an den Geschäftsführern der Antragsgegnerin, untersagt.

im geschäftlichen Verkehr in Deutschland zu Zwecken des Wettbewerbs durch Buchung des Schlagworts „...“ Werbeanzeigen mit dem Text „...-Alternative? Wechsel jetzt von ... zu Shirtee“ zu zeigen bzw. zeigen zu lassen, wie nachfolgend wiedergegeben

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

III. Die Kosten des Rechtsstreits werden gegeneinander aufgehoben.

IV. Der Streitwert wird auf 50.000,00 € festgesetzt.

2. Im Übrigen wird die sofortige Beschwerde der Antragstellerin zurückgewiesen.

3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

4. Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens wird auf 50.000,00 € festgesetzt.

Gründe

1
I. Von einem Tatbestand wird in entsprechender Anwendung der Vorschriften §§ 540 Abs. 2, 313 a Abs. 1 Satz 1 ZPO abgesehen.

2
II. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig und teilweise begründet. Zwar besteht der geltend gemachte markenrechtliche Unterlassungsanspruch nicht, die angegriffene Werbeanzeige verstößt aber gegen Lauterkeitsrecht, so dass der sofortigen Beschwerde im Hilfsantrag stattzugeben war.

3
1. Der Antragstellerin steht der mit dem Hauptantrag geltend gemachte auf Markenrecht gestützte Unterlassungsanspruch nicht gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 1. Abs. 5 MarkenG zu.

4
a) Zwar hat die Antragsgegnerin mit der Buchung des Schlüsselwortes „...“, um die streitgegenständliche Anzeige auszulösen, ein mit der Marke der Antragstellerin identisches Zeichen für identische Waren, für die die Marke Schutz genießt, benutzt. Der Markeninhaber kann sich der Benutzung eines mit seiner Marke identischen Zeichens als Schlüsselwort aber nur widersetzen und eine solche Benutzung nur verbieten, wenn sie eine der Funktionen der Marke beeinträchtigen kann (vgl. EuGH GRUR 2011, 1124 Rn. 30 ff. - Interflora).

5
aa) 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 2011, 1124 Rn. 44 - Interflora). Danach liegt keine Beeinträchtigung der herkunftshinweisenden Funktion der Marke vor, wenn die Werbeanzeige in einem von der Trefferliste eindeutig getrennten und entsprechend gekennzeichneten Werbeblock erscheint und selbst weder die Marke noch sonst einen Hinweis auf den Markeninhaber oder die unter der Marke angebotenen Produkte enthält. Die Herkunftsfunktion der Marke kann allerdings auch bei einer Platzierung der Anzeige in einem deutlich abgesetzten und entsprechend gekennzeichneten Werbeblock beeinträchtigt sein, wenn die Werbeanzeige einen Hinweis auf das Markenwort oder den Markeninhaber oder die unter der Marke vom Markeninhaber oder mit seiner Zustimmung angebotenen Waren oder Dienstleistungen enthält (BGH GRUR 2019, 165. Rn. 63 - keine-vorwerk-vertretung: BGH. GRUR 2013, 290 Rn. 26.28 - MOST-Pralinen).

6
Vorliegend war die streitgegenständliche Werbung deutlich als „Anzeige“ gekennzeichnet und erschien in einem Block mit weiteren Anzeigen vor der eigentlichen Trefferliste (vgl. Anlage ASt 4). Zwar enthält die streitgegenständliche Werbeanzeige die Marke der Antragstellerin, es ist aber gleichwohl für den informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer unschwer zu erkennen, dass die in der Anzeige beworbenen Waren nicht vom Inhaber der Marke oder einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen, sondern von einem Konkurrenten („Shirtee“) stammen. Die Werbung ist gerade darauf gerichtet, dem Nutzer eine Alternative zu ... Produkten aufzuzeigen. Der angesprochene Kunde soll animiert werden, sich nicht für ...-Angebote, sondern für Angebote des Konkurrenten „Shirtee“ zu entscheiden. Dass die beworbenen Produkte nicht vom Inhaber der Marke „...“ oder einem mit diesem wirtschaftlich verbundenen Unternehmen stammen, ist in Anbetracht der Gestaltung der Anzeige offensichtlich.

7
Auch die Werbefunktion, die Investitionsfunktion und die Unterscheidungskraft der Marke der Antragstellerin werden durch die die Nutzung des Zeichens „...“ als Schlüsselwort nicht beeinträchtigt (vgl. EuGH GRUR 2011, 1124 Rn. 54 - Interflora).

8
bb) Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch ist auch nicht aufgrund der Benutzung des Zeichens „...“ in der streitgegenständlichen Anzeige selbst gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 1. Abs. 5 MarkenG begründet.

9

Zwar stellt die Benutzung eines mit der Marke eines Mitbewerbers identischen oder ihr ähnlichen Zeichens durch einen Werbenden in einer vergleichenden Werbung zu dem Zweck, die von ihm angebotenen Waren oder Dienstleistungen zu identifizieren, eine Benutzung für die eigenen Waren oder Dienstleistungen des Werbenden dar (BGH GRUR 2015, 1136 Rn. 15: EuGH GRUR 2009, 756 Rn. 53 - L'Oréal/Bellure) und vorliegend hat die Antragsgegnerin das mit der Marke der Antragstellerin identische Zeichen „...“ in der Anzeige benutzt, um die von ihr angebotenen Waren zu identifizieren. Die Benutzung eines mit einer Marke identischen Zeichens in einer vergleichenden Werbung, auch wenn diese den Anforderungen des § 6 UWG nicht gerecht werden sollte, kann jedoch gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 1. Abs. 5 MarkenG nur untersagt werden, wenn durch diese eine Funktion der Marke beeinträchtigt oder beeinträchtigt werden könnte (vgl. EuGH GRUR 2009, 756 Rn. 65 - L'Oréal Bellure).

10
Die Herkunftsfunktion der Marke wird durch die Nutzung des Zeichens in der Anzeige nicht beeinträchtigt. Es ist klar ersichtlich, dass die beworbenen Produkte nicht aus dem Unternehmen des Markeninhabers stammen.

11
Auch die Werbefunktion der Marke wird nicht beeinträchtigt. Die Benutzung dient dazu, den Internetnutzern eine Alternative zu den Waren der Antragstellerin vorzuschlagen, und stellt damit eine Praxis dar, die zum Wettbewerb gehört (vgl. EuGH GRUR 2011, 1124 Rn. 57, 58 - Interflora).

12
Eine Beeinträchtigung der Investitionsfunktion der Marke ist nicht ersichtlich.

13
2. Der Beschwerde war jedoch hinsichtlich des auf Lauterkeitsrecht gestützten Hilfsantrags stattzugeben. Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch ergibt sich aus § 8 Abs. 1. Abs. 3 Nr. 1. § 3. § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG.

14
Bei der streitgegenständlichen Anzeige handelt es sich um vergleichende Werbung i.S.d. § 6 Abs. 1 UWG. Gemäß § 6 Abs. 1 UWG ist vergleichende Werbung jede Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen Mitbewerber oder die von einem Mitbewerber angebotenen Waren oder Dienstleistungen erkennbar macht. Die streitgegenständliche Anzeige macht die Antragstellerin unmittelbar erkennbar.

15
Es handelt sich auch nicht um eine bloße Aufforderung zum Vergleich, sondern der Vergleich ist in der Anzeige bereits enthalten.

16
Ein Vergleich setzt voraus, dass der Werbende eine konkrete Aussage über das Verhältnis seines Angebots zum Angebot des Mitbewerbers macht. An einem Vergleich fehlt es daher grundsätzlich bei der bloßen Aufforderung, sich über das Angebot von Mitbewerbern zu informieren, um einen Vergleich vornehmen zu können. Es kommt darauf an, wie die angesprochenen Verkehrskreise die Äußerung des Werbenden im konkreten Zusammenhang verstehen. Je konkreter die Werbung sich auf ein Produkt, seine Eigenschaften oder seinen Preis bezieht, desto eher wird in der Aufforderung zum Vergleich mit dem Angebot eines Mitbewerbers ein verkappter Vergleich liegen. Denn darin steckt die Behauptung, das eigene Angebot sei dem des Mitbewerbers überlegen oder doch gleichwertig (Köhler/Bornkamm/Feddersen. UWG. 38. Aufl., § 6 Rn. 56 w.w.N.).

17
Vorliegend bewirbt die Antragsgegnerin ihr eigenes Angebot als „Alternative“ zum Angebot der Antragstellerin und fordert die Nutzer auf, von der Antragstellerin zu ihr zu wechseln. Darin liegt die Behauptung, ihr eigenes Angebot sei (in welcher Hinsicht auch immer) zumindest gleichwertig, denn nur dann ist es eine echte „Alternative“ und der vorgeschlagene Wechsel kommt in Betracht.

18
Der Vergleich bezieht sich aber nicht objektiv auf eine oder mehrere wesentliche, relevante, nachprüfbare und typische Eigenschaften oder den Preis dieser Waren oder Dienstleistungen und ist daher gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 2 UWG unlauter. Aus der Werbung ist gerade nicht ersichtlich, in Bezug auf welche Kriterien die

Produkte der Antragsgegnerin eine „Alternative“ zu den Produkten der Antragstellerin darstellen und einen „Wechsel“ begründen könnten.

III. Zu den Nebenentscheidungen:

19
1. Die Entscheidungen über die Kosten beruhen auf § 92 Abs. 2 ZPO.

20
2. Die Festsetzung des Beschwerdewerts beruht auf § 47 Abs. 1 GKG i.V.m. § 3 ZPO.

21
3. Für die Zulassung der Rechtsbeschwerde ist im Streitfall, dem ein auf den Erlass einer einstweiligen Verfügung gerichtetes Verfahren zu Grunde liegt, kein Raum (vgl. § 574 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO).