

## **BESCHLUSS DES GERICHTSHOFS**

(Fünfte Kammer)

Entscheidungsdatum: 26.3.2010

Aktenzeichen: C-91/09

In der Rechtssache

...

...

gegen

...

erlässt

DER GERICHTSHOF (Fünfte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten E. Levits sowie der Richter A. Borg Barthet und M. Ile?i?  
(Berichterstatter),

Generalanwalt: N. Jääskinen,

Kanzler: R. Grass,

gemäß Art. 104 § 3 Abs. 1 der Verfahrensordnung, wonach der Gerichtshof durch mit Gründen versehenen  
Beschluss entscheiden kann,

nach Anhörung des Generalanwalts

folgenden

### **Beschluss**

Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 5 Abs. 1 Buchst. a der Ersten Richtlinie  
89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten  
über die Marken (ABl. 1989, L 40, S. 1).

Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der E... GmbH (im Folgenden: E) und der  
B... Vertriebsgesellschaft mbH wegen des Erscheinens einer Anzeige im Internet bei Eingabe eines mit einer  
Marke identischen Schlüsselworts.

### **Rechtlicher Rahmen**

Art. 5 (Rechte aus der Marke) der Richtlinie 89/104 bestimmt in Abs. 1:

?Die eingetragene Marke gewährt ihrem Inhaber ein ausschließliches Recht. Dieses Recht gestattet es dem  
Inhaber, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr

- a) ein mit der Marke identisches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die mit denjenigen identisch sind, für die sie eingetragen ist;
- b) ein Zeichen zu benutzen, wenn wegen der Identität oder der Ähnlichkeit des Zeichens mit der Marke und der Identität oder Ähnlichkeit der durch die Marke und das Zeichen erfassten Waren oder Dienstleistungen für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht, die die Gefahr einschließt, dass das Zeichen mit der Marke gedanklich in Verbindung gebracht wird.?

Die Richtlinie 89/104 wurde durch die Richtlinie 2008/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 (ABl. L 299, S. 25) aufgehoben, die am 28. November 2008 in Kraft getreten ist. Das Ausgangsverfahren unterliegt jedoch wegen des Zeitpunkts der Ereignisse der Richtlinie 89/104.

### **Das Ausgangsverfahren und die Vorlagefrage**

Der Referenzierungsdienst ?AdWords?

Führt ein Internetnutzer eine Suche anhand eines oder mehrerer Wörter in der Suchmaschine Google durch, zeigt diese die Internetseiten, die diesen Wörtern am ehesten zu entsprechen scheinen, nach abnehmender Relevanz an. Dies sind die sogenannten ?natürlichen? Suchergebnisse.

Daneben ermöglicht es der entgeltliche Referenzierungsdienst ?Ad Words? von Google einem Wirtschaftsteilnehmer, mittels Auswahl eines oder mehrerer Schlüsselwörter, für den Fall der Übereinstimmung zwischen diesen und den Wörtern, die in der von einem Internetnutzer an die Suchmaschine gerichteten Suchanfrage enthalten sind, einen Werbelink zu seiner Internetseite erscheinen zu lassen. Dieser Werbelink erscheint in der Rubrik ?Anzeigen?, die am rechten Bildschirmrand, rechts von den natürlichen Ergebnissen, oder im oberen Teil des Bildschirms oberhalb dieser Ergebnisse angezeigt wird.

Dem genannten Werbelink wird eine kurze Werbebotschaft beigefügt. Dieser Link und diese Botschaft bilden zusammen die Anzeige, die in der oben genannten Rubrik erscheint.

### **Die Verwendung von Schlüsselwörtern im Ausgangsverfahren**

Die B vertreibt unter der Internetadresse [www.banana....de](http://www.banana....de) Erotikartikel. Sie ist Inhaberin der deutschen Wortmarke ?Bananabay?.

E vertreibt ebenfalls unter ihrer Adresse [www.....de/erotikshop](http://www.....de/erotikshop) Erotikartikel.

E wählte im Rahmen des Referenzierungsdienstes AdWords den Begriff ?bananabay? als Schlüsselwort. Gab also ein Internetnutzer das Wort ?bananabay? als Suchbegriff in die Suchmaschine Google ein, erschien in dem Bereich ?Anzeigen? eine Anzeige von E.

Aufgrund dieses für 2006 festgestellten Sachverhalts 2006 wurde E mit Urteil vom 7. März 2007 vom Landgericht Braunschweig und mit Urteil vom 12. Juli 2007 vom Oberlandesgericht Braunschweig dazu verurteilt, es zu unterlassen, den Begriff ?bananabay? als Schlüsselwort im Rahmen des Referenzierungsdienstes AdWords zu benutzen. Nach Ansicht dieser Gerichte ist eine solche Benutzung untersagt, da dadurch ein mit einer Marke identisches Zeichen für identische Waren und/oder Dienstleistungen benutzt werde, für die diese Marke eingetragen sei.

E legte Revision beim Bundesgerichtshof ein.

Unter diesen Umständen hat der Bundesgerichtshof das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof die folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Liegt eine Benutzung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 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 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?

### **Zur Vorlagefrage**

Nach Art. 104 § 3 Abs. 1 seiner Verfahrensordnung kann der Gerichtshof, wenn eine zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage mit einer Frage übereinstimmt, über die er bereits entschieden hat, nach Anhörung des Generalanwalts jederzeit durch Beschluss entscheiden, der mit Gründen zu versehen ist und auf das frühere Urteil verweist.

Die vom Bundesgerichtshof vorgelegte Frage ist beinahe identisch mit der ersten von der Cour de cassation (Frankreich) in der Rechtssache C-238/08 vorgelegten Frage, die der Gerichtshof in seinem Urteil vom 23. März 2010, Google France und Google (C-236/08 bis C-238/08, Slg. 2010, I?0000) beantwortet hat.

Die Auslegung von Art. 5 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 89/104 durch den Gerichtshof gilt daher ebenfalls für die vom Gerichtshof vorgelegte Frage.

Wie der Gerichtshof in den Randnrn. 51 und 52 des Urteils Google France und Google festgestellt hat, ist das vom Werbenden als Schlüsselwort im Rahmen eines Referenzierungsdienstes ausgewählte Zeichen der Auslöser für das Erscheinen seiner Werbung und wird somit ?im geschäftlichen Verkehr? im Sinne von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 89/104 benutzt.

Im Übrigen handelt es sich auch dann um eine Benutzung für Waren oder Dienstleistungen des Werbenden, wenn das als Schlüsselwort ausgewählte Zeichen nicht in der Anzeige selbst vorkommt (Urteil Google France und Google, Randnrn. 65 bis 73).

Allerdings kann der Inhaber der Marke sich der Benutzung eines mit seiner Marke identischen Zeichens als Schlüsselwort nur dann widersetzen, wenn sämtliche hierfür in Art. 5 der Richtlinie 89/104 und in der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu diesem Artikel aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind.

In dem in Art. 5 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 89/104 geregelten Fall, der nach den Feststellungen des Bundesgerichtshofs im Ausgangsverfahren gegeben ist, darf der Markeninhaber diese Benutzung nur dann verbieten, wenn sie eine der Funktionen der Marke beeinträchtigen könnte (Urteil Google France und Google, Randnr. 79).

Wie der Gerichtshof in Randnr. 81 des Urteils Google France und Google festgestellt hat, sind insoweit die herkunftshinweisende Funktion und die Werbefunktion zu prüfen.

Zur Werbefunktion hat der Gerichtshof in diesem Urteil ausgeführt, dass die Benutzung eines mit einer Marke eines anderen identischen Zeichens im Rahmen eines Referenzierungsdienstes wie ?AdWords? nicht geeignet ist, die Werbefunktion der Marke zu beeinträchtigen (Urteil Google France und Google, Randnr. 98).

Dies gilt auch für den vorliegenden Fall, da sich das Ausgangsverfahren auf die Auswahl von Schlüsselwörtern und das Erscheinen von Anzeigen im Rahmen desselben Referenzierungsdienstes ?AdWords? bezieht.

Zur Herkunftsfunktion hat der Gerichtshof ausgeführt, dass die Frage, ob es diese Funktion beeinträchtigt, wenn Internetnutzern anhand eines mit der Marke identischen Schlüsselworts eine Anzeige eines Dritten gezeigt wird, insbesondere davon abhängt, 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 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 (Urteil Google France und Google, Randnrn. 83 und 84).

Es ist Sache des nationalen Gerichts, zu würdigen, ob nach dem Sachverhalt des Ausgangsverfahrens eine Beeinträchtigung der herkunftshinweisenden Funktion, wie sie in Randnr. 24 dieses Beschlusses beschrieben ist, vorliegt oder vorliegen könnte.

Wird in der Anzeige des Dritten suggeriert, dass zwischen diesem Dritten und dem Markeninhaber eine wirtschaftliche Verbindung besteht, wird auf eine Beeinträchtigung der herkunftshinweisenden Funktion zu schließen sein (Urteil Google France und Google, Randnr. 89).

Wenn die Anzeige das Bestehen einer wirtschaftlichen Verbindung zwar nicht suggeriert, hinsichtlich der Herkunft der fraglichen Waren oder Dienstleistungen 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, wird ebenfalls auf eine Beeinträchtigung der herkunftshinweisenden Funktion zu schließen sein (Urteil Google France und Google, Randnr. 90).

Nach alledem ist auf die vorgelegte Frage zu antworten, dass Art. 5 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 89/104 dahin auszulegen ist, 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.

## Kosten

Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorliegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Fünfte Kammer) für Recht erkannt:

Art. 5 Abs. 1 Buchst. a der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken 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.

## Unterschriften

\* Verfahrenssprache: Deutsch.