



LANDGERICHT FRANKFURT a.M.

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Aktenzeichen: 3/11 O 98/99

Verkündet am 14. Dezember 1999

In dem Rechtsstreit

...

hat das Landgericht Frankfurt am Main, 11. Kammer für Handelssachen durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht ... auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 3.12.1999

für R e c h t erkannt:

- I. Die einstweilige Verfügung vom 15.9.1999 wird aufrechterhalten.
- II. Der Verfügungsbeklagte hat auch die weiteren Verfahrenskosten zu tragen.

TATBESTAND

Der Verfügungskläger nimmt den Verfügungsbeklagten im Wege einstweiliger Verfügung auf Unterlassung wettbewerbswidrigen Verhaltens in Anspruch.

Der Verfügungskläger ist seit 1997 Inhaber der beim Deutschen Patent- und Markenamt unter der Nr. 397 05 951 eingetragenen Wortmarke "DiaProg" (Urkunde Bl. 5) . Die Marke schützt ein vom Kläger vertriebenes Programmiergerät, das dazu dient, Tachometer von Kraftfahrzeugen Instandzusetzen und nach den Auswechseln eines Tachometers den aktuellen Kilometerstand einzustellen.

Der Verfügungskläger hat im Internet eine Homepage eingerichtet, die von Internet-Suchmaschinen bei der Eingabe der Marke als Suchbegriff gefunden werden kann. In der 35. Kalenderwoche stellte der Verfügungskläger fest, dass bei der entsprechenden Eingabe über die Yahoo!-Suchmaschine auch zwei Hinweise auf den Verfügungsbeklagten mitgeteilt wurden, die zu dessen Homepage führten. Dort befanden sich Angebote von Programmiergeräten für Tachometer, die nach dem Vortrag des Verfügungsklägers seinen Produkten von Aussehen und ihren Funktionen beinahe identisch waren.

Mit Schreiben vom 1.9.1999 (Bl. 6 - 8) forderte der Verfügungskläger den Verfügungsbeklagten zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auf, die dieser am 2.9.1999 abgab (Bl. 10).

Da in der Folgezeit - wie der Verfügungskläger behauptet - die beanstandete Datenverknüpfung im Internet gleichwohl noch vorhanden war, hat das Gericht dem Verfügungsbeklagten antragsgemäß durch den Beschluss vom 15.9.1999 (Bl. 13f.) untersagt, im Geschäftsverkehr, insbesondere im Internet die Bezeichnung "DiaProg" insbesondere dazu zu verwenden, Verbraucher bzw. Kaufinteressenten auf seine eigenen Produkte aufmerksam zu machen bzw. durch die

entsprechende Schaltung von "Links" im Internet auf seine eigene Homepage zu verweisen.

Dagegen wendet sich der Verfügungsbeklagte mit seinem Widerspruch.

Der Verfügungskläger behauptet, der Verfügungsbeklagte habe im Internet Geräte aus seiner, des Verfügungsklägers, Produktpalette zu erheblich niedrigeren Preisen angeboten. Darauf sei er dadurch aufmerksam geworden, dass sein Umsatz zurückgegangen sei.

Der Umstand, dass der Benutzer des Internet bei der gezielten Eingabe des Begriffs "DiaProg" auf die Homepage des Verfügungsbeklagten verwiesen werde (was am 23.11.1999 auch über die Suchmaschinen Netz und AltaVista der Fall gewesen sei - Bl. 78 - 81), könne zum einen nur darauf beruhen, dass der Verfügungsbeklagte dem Provider einen entsprechenden Auftrag erteilt habe; ein zufälliges Auffinden der Homepage des Verfügungsbeklagten sei technisch auszuschließen. Sollte der Verfügungsbeklagte aber insbesondere durch die Gestaltung seiner Homepage ein "Keyword-Advertising" betrieben haben (mit Hilfe von "Metatag" oder "weiß auf weiß"), so wäre die damit verbundene Ausbeutung seiner Marke ebenfalls unzulässig.

Der Verfügungskläger beantragt,
den Beschluss vom 15.9.1999 aufrechtzuerhalten.

Der Verfügungsbeklagte beantragt,
den Beschluss vom 15.9.1999 aufzuheben und den Antrag vom 13.9.1999 auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Der Verfügungsbeklagte behauptet, er habe bei der Gründung seines Geschäftsbetriebes ein Gerät des Verfügungsklägers zum Zwecke der Weiterveräußerung erworben (Beleg beim Steuerberater) und mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit im Internet angeboten.

Nach der Abgabe der strafbewehrten Unterlassungserklärung habe jedoch keine Wiederholungsgefahr bestanden.

Der Schriftwechsel mit dem Internet Provider (Bl. 67 - 69) belege, dass er alles in seinen Kräften Stehende getan habe, um dem gerichtlichen Unterlassungsgebot nachzukommen. Danach sei er nicht verpflichtet, ständig das gesamte Internet darauf durchzusehen, ob aus Gründen, die er nicht zu verantworten habe, bei Eingabe des Begriffs "DiaProg" eine Verweisung auf seine Homepage erscheine. Aufgrund technischer Defekte könne es sein, dass Suchmaschinen Internetseiten auflisten würden, obwohl der gesuchte Begriff an keiner Stelle auf den Seiten, auf die verwiesen werde, erscheine und auch nie benutzt worden sei.

Möglicherweise sei ein Dritter oder sogar der Verfügungskläger für die Suchergebnisse verantwortlich in dem Bestreben, seinen erfolgreichen Geschäftsbetrieb auf diese Weise vom Markt zu verdrängen. Die im ersten Halbjahr 1998 angestrebte Zusammenarbeit mit dem Unternehmen des Verfügungsklägers sei daran gescheitert, dass dieser ihm vorgeschlagen habe, DiaProg-Geräte ohne Rechnungsstellung zu vertreiben. Obendrein hätten jene Geräte nicht die Qualität wie die von ihm vertriebenen Produkte.

Zur ergänzenden Darstellung des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze und deren Anlagen Bezug genommen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Die einstweilige Verfügung war aufrechtzuerhalten.

I. Durch die Abgabe der strafbewehrten Unterlassungserklärung ist - entgegen der Auffassung des Verfügungsbeklagten - die für den Erlass und die Rechtfertigung der einstweiligen Verfügung erforderliche Wiederholungsgefahr nicht entfallen. Neue - auch unverschuldete - Verletzungshandlungen, wie sie hier im Streit sind, begründen wiederum eine Wiederholungsgefahr, die den Betroffenen zum erneuten Vorgehen

gegen den Verletzer berechtigt (Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche 7. Aufl. Kap. 8 Rdnr. 46). Nach herrschender Meinung ist dabei statt oder neben der Vertragsstrafe auch der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen den Verletzer zulässig (Nachweise bei Teplitzky aaO. Rdnr. 53 bei Fn. 100). So liegt der Fall hier (wie unter II 5 ausgeführt).

II. Der Verfügungskläger hat glaubhaft gemacht, dass ihm ein Anspruch auf vorläufige Erfüllung des auf § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG gestützten Unterlassungsanspruchs zusteht.

1. Der Verfügungskläger ist unstreitig Inhaber der Marke ?DiaProg?. Er hat glaubhaft gemacht, dass der Verfügungsbeklagte die Marke für Waren oder Dienstleistungen benutzt hat, für die sie Schutz genießt.

a) Die Benutzung wird belegt durch die eidesstattliche Versicherung vom 15.9.1999 (Bl. 11). Daraus ergibt sich, dass die gezielte Eingabe des markenrechtlich geschützten Begriffs in die Yahoo!-Suchmaschine bis zum 13.9.1999 zwei Verweisungen auf die Homepage des Verfügungsbeklagten ergeben hat.

b) Gleiches ist durch die Ausdrücke der Suchergebnisse vom 23.11.1999 der Suchmaschinen Netz (Bl. 78 f.) und AltaVista (Bl. 80 f.) glaubhaft gemacht. Unerheblich ist, dass der Informationsstand der von Netz angegebenen Quelle nathan.de nicht festgestellt worden ist und der Ausdruck des Suchergebnisses von AltaVista den Stand der letzten Änderung vom 25.4.1999 wiedergibt.

2. Im Rahmen des einstweiligen Verfügungsverfahrens ist davon auszugehen, dass es der Verfügungsbeklagte war, auf dessen Veranlassung die zu beanstandende Verknüpfung hergestellt worden ist. Dafür sprechen folgende Gründe:

a) Die Parteien des Verfahrens sind Konkurrenten in derselben Branche. Auch wenn der Verfügungskläger das fragliche Gerät herstellt und vertreibt und der Verfügungsbeklagte dieses oder vergleichbare Geräte lediglich vertreibt, wenden sich beide Parteien an denselben Kundenkreis.

b) Der Verfügungsbeklagte hat die Möglichkeit eingeräumt, dass er im Zuge des streitigen Weiterverkaufs eines DiaProg-Gerätes die Bezeichnung ?DiaProg?" ins Internet eingegeben hat oder das Wort "mediaprogramme" verwendet hat.

3. Demgegenüber ist die vom Verfügungsbeklagten vorgetragene Möglichkeit, dass Suchmaschinen auf Grund technischer Defekte bei der Eingabe des Begriffs "DiaProg?" einen Hinweis auf seine Homepage geben würden, eher unwahrscheinlich und kann - da es sich um eine durch Sachverständigengutachten zu klärende Frage handelt - nicht durch die eidesstattliche Versicherung des Verfügungsbeklagten glaubhaft gemacht werden.

4. Ebenso wenig kann im vorliegenden Verfahren davon ausgegangen werden, dass etwa ein Dritter oder gar der Verfügungskläger selbst auf eine augenblicklich nicht nachvollziehbare Weise das beanstandete Suchergebnis mit Schädigungsabsicht zu Lasten des Verfügungsbeklagten bewirkt hat. Anhaltspunkte für die vom Verfügungsbeklagten vorgebrachte Denkmöglichkeit hat er nicht glaubhaft gemacht. Die behaupteten Gründe für das Scheitern der angestrebten Zusammenarbeit zwischen beiden Unternehmen reichen dafür nicht aus.

5. Selbst wenn der Einwand des Verfügungsbeklagten berechtigt wäre, dass er selbst den "Link" nicht gesetzt habe, hat er nach der Abmahnung und der Abgabe der strafbewehrten Unterlassungserklärung nicht in zumutbarer Weise dafür Sorge getragen, dass Suchmaschinen bei der Eingabe des Begriffs "DiaProg" keinen Hinweis auf seine Homepage mehr liefern.

a) Das Landgericht Mannheim hat entschieden (CR 1998, 306 - ARWIS), dass der Markeninhaber den Konkurrenten auf Unterlassung in Anspruch nehmen kann, selbst wenn der Konkurrent den "Link" nicht selbst gesetzt hat. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass Störer nicht nur derjenige sei, der eine Markenverletzung oder einen Wettbewerbsverstoß selbst veranlasst, sondern auch derjenige, der ein

markenrechtswidriges oder wettbewerbswidriges Verhalten eines Dritten für sich ausnutzt, sofern er die Möglichkeit besitzt, dieses Verhalten zu verhindern. Diese Grundsätze stehen im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum weiten Störerbegriff im allgemeinen Wettbewerbsrecht (BGH GRUR 1976, 256, 258 unter V re. Sp. Mitte) und sind im Fach-Schrifttum zustimmend aufgenommen worden (Hackbarth CR 1998, 301; Frank A. Koch NJW CoR 1998, 45, 17 bei Fn. 32). Sie gelten auch im vorliegenden Fall.

b) Soweit der Verfügungsbeklagte vorgetragen hat, im Zuge des erlaubten Vertriebs von Geräten des Verfügungsklägers müsse er zur Bewerbung gerade dieser Produkte unter Beachtung des bestehenden Schutzrechts die Bezeichnung "DiaProg" verwenden dürfen, ist das zutreffend. So wird es beispielsweise für legitim und wirtschaftlich sinnvoll erachtet, wenn ein Hersteller von Zubehör in einen Metatag den Markennamen des Produkte einfügt, für das die Zusatzausrüstung bestimmt ist (Kochinke/Tröndle CR 1999, 190, 192 unter c). Dabei hat diese Benutzung der Marke ungeachtet ihrer nur mittelbaren Wahrnehmbarkeit markenrechtliche Relevanz im Sinne von § 14 Abs. 2 MarkenG (Ernst K & R 1998, 536, 541 unter 2). Unzulässig und möglicherweise haftungsauslösend wird die Benutzung jedenfalls dann, wenn der Markeninhaber - wie im vorliegenden Fall - vom Benutzer Unterlassung verlangt (vgl. Hackbarth aaO S. 308 unter 3).

c) Es kann offen bleiben, ob hier die Benutzung der Marke durch den Verfügungsbeklagten ursprünglich rechtmäßig war. Nach der Abmahnung und nach der Abgabe der strafbewehrten Unterlassungserklärung war der Verfügungsbeklagte jedoch gehalten, die ihm zumutbaren Schritte zu unternehmen, um die nunmehr unrechtmäßige Benutzung der Marke, und zwar auch durch Dritte zu unterbinden. Nur dann konnte er sich von dem Vorwurf der Ausnutzung fremden Verhaltens im Sinne der genannten Rechtsprechung entlasten. Denn der Anspruch auf Unterlassung umfasst auch das an den Verpflichteten gerichtete Gebot, durch geeignete Maßnahmen zu verhindern, dass Suchmaschinen etwa über einen Metatag eine Verbindung zur Homepage herstellen (s. allgemein Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche 7. Aufl. Kap. 1 Rdnr. 8 - 11). Dabei wurde hier von dem Verfügungsbeklagten nichts unmögliches verlangt.

aa) Der Verfügungsbeklagte hat durch seine eidesstattliche Versicherung vom 2.9.1999 und durch die Vorlage des im September 1999 geführten Schriftwechsels zwischen seinem Internet-Provider und dem Unternehmen Yahoo! glaubhaft gemacht, dass er dem Unterlassungsanspruch Rechnung zu tragen suchte und dass diese Bemühungen Erfolg hatten. Auch wenn von ihm die Durchsicht des gesamten Internets nicht verlangt werden kann, war die Kontaktaufnahme nur zu einem Suchmaschinen-Betreiber allerdings nicht ausreichend. Die Unterlassungserklärung war nicht auf die Suchmaschine Yahoo! beschränkt.

bb) Es kann offen bleiben, ob das vom Verfügungskläger vorgeschlagene Abschalten und Neuinstallieren der Homepage die einfachste und wirkungsvollste Lösung ist und ob sie aus Kostengründen zumutbar wäre. Abgesehen davon ist es grundsätzlich nicht Sache des Verletzten zu sagen, was der Verletzer tun darf, damit kein Verstoß vorliegt (Teplitzky aaO Kap. 1 Rdnr. 9).

cc) Da nach dem eigenen Vortrag des Verfügungsbeklagten Suchmaschinen ihren Informationsbestand gegenseitig ergänzen und nur nach und nach aktualisieren, hätte der Verfügungsbeklagte dafür sorgen müssen, dass alte möglicherweise rechtmäßige Einträge von "DiaProg?", die der Verfügungskläger im Verlauf dieses Verfahrens zu Recht beanstandet (Suchergebnisse über Netz und AltaVista), entfernt werden, und zwar nicht nur aus dem Bestand einer Suchmaschine (hier: Yahoo!), sondern auch aus dem Bestand sämtlicher anderen Suchmaschinen. Das hat er nicht getan, so dass der Verfügungsanspruch nach wie vor gegeben ist.

Aus diesen Gründen war wie erkannt zu entscheiden.

Da der Verfügungsbeklagte unterlegen ist, hat er nach § 91 ZPO auch die weiteren Verfahrenskosten zu tragen.

(Unterschrift)