LANDGERICHT BRAUNSCHWEIG

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Aktenzeichen: 9 O 1840/06 (261)

Entscheidung vom 15. November 2006

<pstify></pstify>In dem einstweiligen Verfügungsverfahren

wegen Markenverletzung durch Adwords hat die 9. Zivilkammer des Landgerichts Braunschweig auf die mündliche Verhandlung

vom 15.11.2006 durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht ..., den Richter am Landgericht ... und die Richterin am Landgericht ... für Recht erkannt:

I. Die einstweilige Verfügung vom 09.08.06 wird bestätigt.

II. Die Verfügungsbeklagte trägt die weiteren Kosten des Verfahrens.

III. Der Streitwert wird auf 25.000,- ? festgesetzt.

Tatbestand

Die Verfügungsklägerin (im Folgenden Klägerin) nimmt die Verfügungsbeklagte (im Folgenden Beklagte) im Wege der einstweiligen Verfügung aus Markenrecht auf Unterlassung in Anspruch.

Die Klägerin betreibt unter der Domain www. ... .de einen Erotikshop und handelt mit Erotikartikeln. Ein vergleichbares Angebot vertreibt die Beklagte in ihrem Internetshop unter www. ... .de/erotikshop.

Die Klägerin ist Inhaberin der am 13.09.04 angemeldeten und am 23.03.05 unter der Nummer 30452046.2 beim DPMA eingetragenen nationalen Wortmarke ? ... " (Anlage AS 1). Die Marke ist u.a. für wesentliche Teile des Sortiments der Parteien eingetragen und steht in Kraft.

Die Beklagte hat in der Suchmaschine Google eine Anzeige geschaltet. Dabei hat sie u.a. das Zeichen " ... "als sogenanntes Adword eingegeben. Dies führt dazu, dass bei Eingabe des Suchbegriffes " ... " in der Suchmaschine Google rechts neben den Suchergebnissen die Anzeige der Beklagten erscheint. Über den angezeigten Link gelangt man unmittelbar auf die Homepage der Beklagten. Es wird insoweit auf den Bildschirmausdruck (Anlage K 4) Bezug genommen).

Auf Antrag der Klägerin erließ das Gericht am 09.08.06 folgende einstweilige Verfügung:

aufrecht.de®

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland zu Wettbewerbszwecken die Bezeichnung

" ... "

als Adword zum Aufruf von Google-adword-Anzeigen zu benutzen oder benutzen zu lassen.

2. Für jeden Fall der schuldhaften Zuwiderhandlung wird der Antragsgegnerin Ordnungshaft von bis zu 6 Monaten oder ein Ordnungsgeld von bis zu 250.000,00 Euro angedroht, an die Stelle des Ordnungsgeldes tritt bei Nichtbeitreibbarkeit Ordnungshaft. Ordnungshaft ist zu vollziehen an dem Geschäftsführer der Antragsgegnerin.

3. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Streitwert wird auf 25.000 Euro festgesetzt.

Gegen diese rechtzeitig vollzogene einstweilige Verfügung richtet sich der Widerspruch der Beklagten.

Die Klägerin ist der Auffassung, dass die Verwendung als Adword ihre Zeichenrechte verletze

Die Klägerin beantragt:

wie erkannt.

Die Beklagte beantragt:

die erlassene einstweilige Verfügung aufzuheben und den Antrag auf ihren Erlass zurückzuweisen.

Die Beklagte rügt die Zuständigkeit des Landgerichts Braunschweig. Zuständig sei das LG Leipzig als Gericht der Hauptsache. Dem liegt folgendes zu Grunde: Nach Abmahnung der Beklagten mit Schreiben vom 14.07.06 (Anlage AS 5) hat die Beklagte eine negativen Feststellungsklage beim LG Leipzig mit SS V. 16.07.06 erhoben (Anlage AG I), die seit dem 21.07.06 rechtshängig ist. Mit Schriftsatz vom 01.08.06 hat die Klägerin den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung gestellt. Durch Beschluss des Kammervorsitzenden vom 09.08.d6 (BI 9-1 1) ist die einstweilige Verfügung erlassen worden. Diese wurde am 14.08.06 vollzogen (BI. 17). Mit Schriftsatz vom 04.10.06 (BI. 24) wurde Widerspruch eingelegt. Mit Schriftsatz vom 09.10.06 hat Klägerin hier Klage zur Hauptsache eingereicht (9 2382106). Die Klage ist der Beklagten am 30.10.06 zugestellt worden (s. BI. 7 d. Beiakte). Das LG Leipzig hat in der negativen Feststellungsklage am 19.10.06 verhandelt (Anl. AG 5)j und Termin zur Verkündung einer Entscheidung auf den 16.11.06 bestimmt. Durch das zwischenzeitlich vorliegende Urteil wurde die negative Feststellungsklage abgewiesen.

Die Beklagte bestreitet eine Markenverletzung. Insbesondere fehle es an einer kennzeichenmäßigen Verwendung. Es dürften auch Metatags und Adwords nicht gleichgesetzt werden. Es liege auch kein Verstoß gegen das UWG vor.

Wegen der Einzelheiten des Vortrages der Parteien wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 15.1 1.05 Bezug (BI. 85) genommen. Es wird weiter Bezuge genommen auf die Hinweise des Gerichts vom 10.10.06 (BI. 32) und vom 10.1 1.06 (BI. 50).

Entscheidungsgründe

Die zulässige einstweilige Verfügung ist begründet. Auf den Widerspruch war sie zu bestätigen.

1)

Das Landgericht Braunschweig ist zuständig.

Die Kammer bejaht ihre Zuständigkeit für das einstweilige Verfügungsverfahren trotz der anderweitig anhängigen Feststellungsklage (vgl. § 937 ZPO). Grund dafür ist insbesondere das Abmahnerfordernis im gewerblichen Rechtsschutz. Wenn der Verletzte abmahnt, hätte es sonst der Verletzte in der Hand, den Gerichtsstand zu bestimmen in dem er sofort nach der Abmahnung - wie im vorliegenden Fall - negative Feststellungsklage einreicht. Eine solche Folge der Abmahnung wird vom BGH zu Recht als ?nicht hinnehmbar" bezeichnet (BGH GRUR 1994, 846 (848) Parallelverfahren 11). Dies wird im vorliegenden Fall besonders deutlich, da die Beklagte die negative Feststellungsklage noch während der laufenden Stellungnahmefrist zu der Abmahnung bei einem Gericht erhoben hat, das in einem früheren Verfahren einen kennzeichenmäßigen Gebrauch von Adwords verneint hat. Der Verletzte kann daher zu dem Gericht der Feststellungsklage gehen oder von seinem Wahlrecht Gebrauch machen. Dies entspricht für den gewerblichen Rechtsschutz der ganz herrschenden Meinung (so auch Fritze GRUR 1996, 571; Ingerl/Rohnke, MarkenG 2. A § 140, Rn. 53; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG 24. A. § 12, Rn. 3.3; Piper/Ohly, UWG, 4. A. § 12, Rn. 119; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 9. A. Kap 54, Rn. 3; Mellulis HdB des Wettbewerbsprozesses, 3.A. Rn. 186; Fezer, UWG, § 12, Rn. 84; OLG Hamburg GRUR 2001, 361; LG Düsseldorf GRUR 2000, 61 1).

Auch der angekündigte Verkündungstermin in der Feststellungsklage ändert hier nichts. Das Feststellungsinteresse kann auch noch während des Berufungsverfahrens hinsichtlich der Feststellungsklage entfallen (BGH GRUR 1987, 402 -Parallelverfahren I). Dieser Umstand kann durch die beim Landgericht Braunschweig rechtshängige Leistungsklage noch eintreten. Der Fall einer rechtskräftig entschiedenen Feststellungsklage liegt bisher nicht vor.

2)

Ein Verfügungsgrund ist gegeben. Dies wird auch von der Beklagten nicht in Frage gestellt. Die Klägerin hat am 12.07.06 von dem Verhalten der Beklagten Kenntnis erlangt und am 01.08.06 den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gestellt.

3)

Der Klägerin steht ein Verfügungsanspruch aus § 14 Abs.2, Abs. 5 MarkenG zu. Die Verwendung ihres Zeichens als Adword verletzt ihre Markenrechte.

a)

Auch die für den Verbraucher nicht sichtbare Verwendung geschützter Zeichen im Internet kann Zeichenrechte verletzten.

Dies ist zunächst für die sogenannten Metatags erörtert und entschieden worden Metatags sind Informationen im Quelltext einer Internetseite. Sie stehen im sog. Header eines HTML Dokuments und werden vom Browser nicht angezeigt. Je nach dem definierten Umfang der Metatags finden sich darin Angaben über die verwendete Sprache, die Keywords, eine kurze Beschreibung der Webseite usw.. Diese Informationen werden von Suchmaschinen aufgefunden und führen zu entsprechenden Trefferanzeigen.

Der Markenschutz nach 14 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG setzt eine kennzeichenmäßige Verwendung der kollidierenden Bezeichnung voraus (vgl. o. und BGHZ 130, 276, 283 -Torres; BGH GRUR 1996, 68, 70 -COTTON LINE; BGH GRUR 2005,419,422 -Räucherkate, m.w.N.). Es stellt grundsätzlich eine kennzeichenmäßige Benutzung da, wenn der Betreiber einer Internetseite im für den Benutzer nicht ohne weiteres sichtbaren Quelltext ein fremdes Kennzeichen als Suchwort verwendet, um auf diese Weise die Trefferhäufigkeit seines Internetauftritts zu erhöhen (Metatag). Dies entspricht der wohl herrschenden

Meinung im Schrifttum (IngerllRohnke, Markengesetz, 2. Aufl., Nach § 15 MarkenG Rdn. 83; Fezer, Markenrecht, Y. Aufl., § 3 Rdn. 342) und der bisherigen Instanzrechtsprechung (vgl. OLG München WRP 2000, 775, 778; GRUR-RR 2005, 220; OLG Hamburg GRUR-RR 2005, 118, 119; OLG Karlsruhe WRP 2004, 507, 508; LG Hamburg MMR 2000, 46; CR 2002, 136; CR 2002, 374; LG Frankfurt a.M. MMR 2000, 493, 494 f.; LG München I NJW-RR 2001, 550; MMR 2004, 689, 690; LG Köln CR 2006, 64; LG Braunschweig 9 0 2406103 - Kitesurf).

Diese Auffassung ist jetzt von der jüngsten Rechtsprechung des BGH (I ZR 183103 Urteil vom 18.05.06 -impuls) ausdrücklich bestätigt worden:

Danach kann die kennzeichenmäßige Benutzung nicht mit der Begründung verneint werden, dass ein Metatag für den durchschnittlichen Internetnutzer nicht wahrnehmbar ist. Gibt ein Nutzer in eine Suchmaschine das geschützte Zeichen als Suchwort ein, bedient er sich einer technischen Einrichtung, mit deren Hilfe er in kurzer Zeit eine große Zahl von Internetseiten nach dem eingegebenen Wort durchsucht, um auf ihn interessierende Seiten zugreifen zu können, die dieses Wort enthalten. Schließt die Suchmaschine den normalerweise für den Nutzer nicht sichtbaren Quelltext der Internetseiten in die Suche ein, werden auch Seiten als Suchergebnis aufgelistet, die das Suchwort lediglich im Quelltext enthalten. Dabei ist nicht entscheidend, dass das Suchwort für den Nutzer auf der entsprechenden Internetseite nicht sichtbar wird. Maßgeblich ist vielmehr, dass mit Hilfe des Suchworts das Ergebnis des Auswahlverfahrens beeinflusst und der Nutzer auf diese Weise zu der entsprechenden Internetseite geführt wird. Das Suchwort dient somit dazu, den Nutzer auf das dort werbende Unternehmen und sein Angebot hinzuweisen.

b)

Die Antragsgegnerin hat das geschützte Zeichen der Antragstellerin als sog. ,,Adword" (advertising word = Werbewort) verwendet. Der Suchmaschinenbetreiber ermöglicht es dem Werbenden gegen Bezahlung, selbst gewählte Keywords mit einer auf der Plattform der Suchmaschine erscheinenden kostenpflichtigen Werbeanzeige zu verknüpfen (sponsored search). Dadurch wird dem Nutzer nach Eingabe des entsprechenden Keywords als Suchbegriff automatisch die Werbeanzeige (in der Regel neben oder über der Trefferliste als Anzeige kenntlich gemacht) präsentiert, die Werbung wird ihm somit kontext-sensitiv angezeigt (vgl. Schaefer, MMR, 2005, 807; Hüsch MMR 2006, Heft 10, V).

Nach Auffassung der Kammer sind Adwords ebenso wie Metatags zu behandeln (LG Braunschweig Beschluss vom 28.12.05 -9 2852105; Beschluss vom 27.07.06 -9 1778106). Dies ist in Rechtsprechung und Schrifttum umstritten (aktuelle Nachw. Bei Hüsch MMR 2006, Heft 10, VI). Die Grundvoraussetzung für die Annahme einer Markenverletzung im Sinne von § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG -die Verwendung der angegriffenen Bezeichnung als Marke, nämlich zur Unterscheidung der in Frage stehenden Waren 1 Dienstleistungen von denen anderer Unternehmen (BGH WRP 2002, 987 Festspielhaus; BGH WRP 2002, 985 -Frühstücksdrink II; BGH GRUR 2005, 583 -Lila Postkarte) -ist auch bei Adwords gegeben.

Entscheidend ist, dass Adwords und Metatags jeweils für den Internetnutzer nicht unmittelbar sichtbar sind, ihre Verwendung innerhalb der Suchmaschinen aber zu Treffern bzw. Anzeigen führt. Der Begründungskern des Urteils des BGH (I ZR 183103 Urteil vom 18.05.06 -impuls) zu den Metatags lässt sich ohne Einschränkung auch auf Adwords lesen:

?Dabei ist nicht entscheidend, dass das Suchwort für den Nutzer auf der entsprechenden Internetseite nicht sichtbar wird. Maßgeblich ist vielmehr, dass mit Hilfe des Suchworts das Ergebnis des Auswahlverfahrens beeinflusst und der Nutzer auf diese Weise zu der entsprechenden Internetseite geführt wird. Das Suchwort dient somit dazu, den Nutzer auf das dort werbende Unternehmen und sein Angebot hinzuweisen".

Durch die Nutzung als Adword sollen die Suchmaschinen dazu veranlasst werden, bei Eingabe des Wortzeichens durch den Internetnutzer die Homepage des Verletzers bzw. dessen Werbung neben der Trefferliste anzuzeigen, obwohl das Wortzeichen als Marke oder Geschäftsbezeichnung einem anderen Inhaber zugeordnet ist. Die Antragsgegner machen sich auf diese Weise die von den Antragstellerinnen

aufgebaute Kraft der Marke zu Nutze und benutzen gerade die für Marken spezifische ?Lotsenfunktion? die darin besteht, in einem großem Angebot gezielt zu den eigenen Waren Dienstleistungen hinzulenken. Im Ergebnis handelt es sich nur um eine moderne Form der Kennzeichnung eines Produktes. Statt im Laden den Verkäufer nach ?XY" zu fragen, wird jetzt die Suchmaschine im Internet befragt. Daher verletzen jedenfalls auf individuellen Kennzeichnungen beruhende Metatags bzw. Adwords die Zeichenrechte des Inhabers. Dieser Auffassung ist jetzt auch das LG Leipzig gefolgt (Urteil vom 16.1 1.2006 -~03HK 25661006). Der Fall ist letztlich nicht anders zu bewerten, als wenn eine Händler sich die Marke einer von ihm nicht vertrieben Marke in das Schaufenster hängt um Kunden anzulocken. Um das Beispiel der Beklagten aufzugreifen: der Porschehändler darf eben keine Leuchtreklame von Ferrari auf seinem Ladenlokal anbringen um Kunden anzulocken.

Zu Unrecht meint die Beklagte der Sachverhalt unterscheide sich nicht von der Gestaltung der Werbung in Printmedien. Im Internet wird vom Nutzer ein Kennzeichen aktiv eingegeben um gezielt an Informationen zu dem Zeicheninhaber zu gelangen. Es geht eben nicht um die -ggf nach dem UWG zu beurteilende -Frage, ob die eigene Werbung im Umfeld eines anderen Werbeauftritts bzw. Artikels platziert werden darf und so quasi zufällig wahrgenommen wird. Hier geht es um die unmittelbare unrechtmäßige Nutzung eines fremden Zeichens für die eigene geschäftliche Tätigkeit in Bezug auf einen aktiv suchenden Kunden.

Die Kammer folgt daher für Metatags bzw. Adwords der Auffassung des OLG Hamburg (NIMR 2005, 186) nach der von einer differenzierten Betrachtung des Einzelfalls auszugehen ist, die dabei anzusetzen hat, welche Vorstellungen der Verbraucher bei Eingabe Aufruf des konkreten Zeichens und der ihm sodann gezeigten Trefferliste hat (ausführliche Nachweise zum Streitstand bei OLG Hamburg a.a.0.).

Bei dem Zeichen " ... " handelt es sich um eine typische Markenbezeichnung, die keinen beschreibenden Inhalt erkennen lässt (vgl. OLG Dresden MMR 2006, 326 zu einem beschreibenden Adword). Die Bezeichnung ist nahe liegend nur dazu geeignet, eine darunter angebotene Leistung von dem Angebot eines anderen Unternehmers zu unterscheiden und muss daher vom Verkehr als Herkunftshinweis verstanden werden. Bei der Eingabe des Begriffs ?bananabay? als Suchwort in eine Suchmaschine wird der Suchmaschinennutzer, der nach Erotikartikeln sucht, vernünftigerweise nur erwarten können, dort Angebote der Klägerin angezeigt zu bekommen.

Die Verwendung des klägerischen Zeichens als Adword stellt deshalb eine kennzeichenrechtliche Benutzungshandlung dar, welche die Klägerin in ihren Ausschliel3lichkeitsrechten verletzt.

c)

Die Marke wird von der Beklagten in identischer Form für identische Waren genutzt. Es besteht damit ein Unterlassungsanspruch aus 14, Abs. 2, Nr .l MarkenG (Identitätsschutz), ohne dass es auf Frage ankommt, ob der durchschnittliche Internetuser die Werbung der Beklagten sofort als eine solche erkennt und wahrnimmt, dass dieses Angebot nichts mit dem gesuchten Zeichen zu tun hat.

4)

Da nach Auffassung der Kammer der Anwendungsbereich des Markengesetzes eröffnet ist, braucht nicht der Frage nachgegangen werden, inwieweit bei Verneinung eines kennzeichenmäßigen Gebrauchs ein Verstoß gegen das UWG vorliegt (vgl. OLG Köln K&R 2006, 240; LG Hamburg CR 2000,392,395 f. -Estee Lauder; LG Berlin K&R 2001, 171 m. Anm. Michael = MNIR 2001, 560 (Ls.) -Online-Blumenversand).

5)

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO.

6)

Der Streitwert war gem. § 53 Abs. 1 Nr. 1 GKG, § 3 ZPO festzusetzen.

Unterschriften

<pstify></pstify>