



LANDGERICHT LEIPZIG

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Aktenzeichen: 3HK O 2566/06

Entscheidung vom 16. November 2006

In dem Verfahren

... gegen ...

wegen Feststellung

erlässt das Landgericht Leipzig - 3. Kammer für Handelssachen - durch Vorsitzende Richterin am Landgericht
?. aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19.10.2006

folgendes

URTEIL

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.
3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung i. H. v. 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand:

Beide Parteien vertreiben im Internet Erotikartikel.

Die Beklagte ist Inhaberin der im Markenregister des DPMA eingetragenen Wortmarke "bananabay" (Anlage B 3). Sie hat sich in der Branche des Erotikartikelvertriebs einen sehr guten Ruf erarbeitet und bundesweiten Bekanntheitsgrad erlangt.

Die Klägerin verwendet vielfach markenrechtliche geschützte Begriffe als sog. Adwords, so auch die Marke der Beklagten. Dies ist eine vom Suchmaschinenbetreiber Google gegenüber Werbenden eröffnete Möglichkeit, selbst gewählte Keywords mit einer kostenpflichtigen Werbeanzeige zu verknüpfen, die automatisch bei Eingabe des Keywords durch den Nutzer als Suchbegriff neben der Trefferliste erscheint.

Bei Eingabe des Suchbegriffs "bananabay" erschien für den Nutzer die Banner-Anzeige der Klägerin (B 1, Bl. 24).

Am 14.07.2006 übersandte die Beklagte der Klägerin eine Abmahnung, wonach die Klägerin es unterlassen solle, den Begriff "bananabay" als Keyword der Internet-Suchmaschine Google zu verwenden. Wegen der Einzelheiten des Schreibens wird auf Anlage Kl. Bl. 12, Bezug genommen.

Hierauf erwiderte die Klägerin mit Schreiben vom 20.07.2006, worin sie einen Unterlassungsanspruch der Beklagten ablehnte (Anlage B 2).

Auf Antrag der Beklagten erließ das Landgericht Braunschweig (Az.: 9 O 1840/06) eine einstweilige Verfügung, die der Klägerin am 14.08.2006 zugestellt wurde. Hiergegen erhob die Klägerin zwischenzeitlich Widerspruch.

Am 25.09.2006 übersandte die Beklagte der Klägerin ein Abschlusschreiben und forderte sie auf, die einstweilige Verfügung des Landgerichts Braunschweig anzuerkennen (Bl. 42). Hierauf erwiderte die Klägerin mit Schreiben vom 27.09.2006 (Bl. 46), welches sie als "Gegenabmahnung" bezeichnete, und die Beklagte forderte auf, die Ansprüche aus dem Abschlusschreiben zu verzichten.

Die Klägerin trägt vor, die Verwendung des Begriffes "bananabay" als Adword sei als eine Anweisung an die Suchmaschine Google, die Werbeanzeige der Klägerin neben der Liste der Ergebnisse als Anzeige erscheinen zu lassen, zulässig. Auch die Verwendung markenmäßig geschützter Begriffe in den Metatags sei zulässig.

Der Zahlungsanspruch sei begründet. Ein Abschlusschreiben diene dazu, eine Hauptsache zu ersparen. Vorliegend habe die Klägerin jedoch gerade die Durchführung einer Hauptsache beabsichtigt, da sie im fraglichen Zeitpunkt bereits negative Feststellungsklage erhoben hatte. Nach Klageerhebung sei ein Abschlusschreiben jedoch unzulässig und rechtsmissbrauchlich.

Die Beklagte habe die Klägerin zu Unrecht in Anspruch genommen. Der geltend gemachte Zahlungsantrag beinhaltet die Rechtsanwaltsgebühren der Gegenabmahnung.

Die Beklagte habe gegenüber dem Landgericht Braunschweig verschwiegen, dass beim Landgericht Leipzig bereits die vorliegende negative Feststellungsklage anhängig sei. Dadurch habe die Beklagte bewusst weitere erhebliche Kosten erzeugt. Insgesamt sei das Verhalten der Beklagten rechtsmissbrauchlich i.S.v. § 8 Abs. 4 UWG.

Die Klägerin beantragt,

1. festzustellen, dass die Beklagte keinen Anspruch gegenüber der Klägerin hat, dass diese es zu unterlassen habe, im geschäftlichen Verkehr auf Suchmaschinen-Websites Werbebanner für ihre Internetauftritte in der Weise zu schaffen und/oder schalten zu lassen, dass die Werbebanner nach Eingabe des Suchwortes "bananabay" in der Suchmaschine angezeigt

werden,

2. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin EUR 911,80 zzgl. 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte ist der Ansicht, die negative Feststellungsklage sei unzulässig. Es fehle am Feststellungsinteresse, da die Beklagte vor dem Landgericht Braunschweig inzwischen Leistungsklage erhoben habe.

Die Beklagte trägt vor, ihr stünde gegen die Klägerin der gegenständliche Unterlassungsanspruch zu.

Für die Beurteilung der Frage, ob die Verwendung von markenrechtlich geschützten Begriffen als Adword eine kennzeichenrechtliche Benutzung darstelle, müssten die Grundsätze der Rechtsprechung zur Verwendung der Metatags herangezogen werden. Deren Verwendung sei eine kennzeichenrechtlich relevante Benutzungshandlung und daher als Markenverletzung anzusehen.

Der Begriff "bananabay" habe keinen beschreibenden Inhalt, insbesondere nicht im Zusammenhang mit Erotikartikeln. Bereits deshalb sei die Verwendung des Begriffes als Adword eine kennzeichenrechtliche Benutzung, welche Ansprüche aus § 14 Abs. 5 und 6 MarkenG auslöse.

Die Benutzung als Adword sei auch eine unlautere Wettbewerbshandlung i.S.v. §§3, 4 Nr. 10 UWG. Das Verhalten der Klägerin zielle auf das Abfangen von Kunden. Die Klägerin würde den guten Ruf der Beklagten ausbeuten und auf unlautere Weise Kunden umleiten. Die Handlung stelle auch eine Irreführung der Nutzer der Suchmaschine dar, so dass auch ein Anspruch aus §§8, 9 UWG gegeben sei.

Der Zahlungsantrag sei unbegründet.

Das Abschlusschreiben sei notwendig und nicht rechtsmissbräuchlich gewesen, sondern Teil des Hauptsacheverfahrens. Vor Ablauf der sechsmonatigen Verjährungsfrist habe Klarheit darüber erlangt werden müssen, ob Hauptsacheklage erhoben werden müsse oder nicht.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 19.10.2006 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist zulässig, jedoch unbegründet.

I.

Die negative Feststellungsklage ist zulässig.

Die Beurteilung, ob das Feststellungsinteresse als Folge einer Leistungsklage entfallen ist, erfolgt aus der Sicht der letzten mündlichen Verhandlung, hier: der 19.10.2006 (vgl. BGH NJW 73, 1500; WM 87, 637). Dabei ist maßgeblich auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem die Leistungsklage nicht mehr einseitig zurückgenommen werden kann, d.h., wenn die Parteien des Leistungsverfahrens bereits mündlich verhandelt haben (vgl. BGH WRP 94, 810 m.w.N.). Ab diesem Zeitpunkt entfällt das Feststellungsinteresse mit der Folge der Unzulässigkeit der Feststellungsklage. Am 19.10.2006, dem Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung des Feststellungsrechtsstreits, die zur Entscheidungsreife führte, war jedoch in dem durch Klageschrift vom 05.10.2006 in Gang gesetzten Leistungsverfahren noch nicht mündlich verhandelt worden, sodass das Feststellungsinteresse ausnahmsweise erhalten blieb (vgl. BGH a.a.O.).

Die Erhebung der wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsklage vor einem anderen zuständigen Gericht und nicht als Widerklage im bereits anhängigen (negativen) Feststellungsverfahren ist auch nicht rechtsmissbräuchlich (BGH WRP 94, 910).

II.

Der negative Feststellungsantrag ist unbegründet, da der Beklagten der von der Klägerin in Abrede gestellte Unterlassungsanspruch zusteht.

1.

Offenbleiben kann, ob der Beklagten gegen die Klägerin ein Unterlassungsanspruch aus § 14 MarkenG zusteht.

Ob es sich bei der Verwendung von markenrechtlich geschützten Begriffen als Adwords um eine zeichenmäßige Benutzung handelt, ist in der Rechtsprechung umstritten und bislang höchstrichterlich noch nicht entschieden (keine zeichenmäßige Verwendung: z.B. LG Hamburg, Urteil v. 30.03.2006, Az.: 312 O 910/03; OLG Düsseldorf GRUR-RR 2004, 353; LG Hamburg CR 2004, 938; zeichenmäßige Verwendung: OLG Karlsruhe WRP 2004, 507 (Metatag); OLG München WRP 2000, 775 (Metatag); OLG Hamburg GRUR-RR 2005; 118; LG Braunschweig, WTRP, AZ.: 9 O 1778/06).

Jedenfalls die Verwendung eines fremden Kennzeichens als Metatag stellt im geschäftlichen Verkehr eine kennzeichenmäßige Benutzung dar (BGH, Az: I ZR 183/03, NSW MarkenG § 15 (BGH-intern). Hierfür ist es nicht entscheidend, dass das Suchwort für den Nutzer auf der entsprechenden Internetseite nicht sichtbar wird. Maßgeblich ist vielmehr, dass mit Hilfe des Suchwortes 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 (BGH a.a.O.).

Nach Ansicht der Kammer müssen diese Grundsätze gleichermaßen für die Verwendung eines fremden markenrechtlich geschützten Begriffs als Adword gelten.

Hiernach hätte die Klägerin durch das von ihr bei Google gebuchte Adword "bananabay" in den Schutzbereich der Wortmarke der Beklagten eingegriffen.

Ausgangspunkt der Betrachtung ist, dass die Beklagte Inhaberin der eingetragenen Wortmarke "bananabay" ist.

Die eingetragene Marke der Beklagten und das von der Klägerin gebuchte Adword sind identisch.

Zwar treten Adwords nur beschränkt gegenüber der Öffentlichkeit in Erscheinung, sodass sich die Frage einer zeichenmäßigen Benutzung stellt.

Unter der zeichenmäßigen Benutzung versteht man die Verwendung zur Kennzeichnung der betrieblichen Herkunft von Produkten aus immer nur einer Betriebsstätte.

Sowohl Adwords als auch Metatags sind jeweils für den Internetnutzer nicht unmittelbar sichtbar, ihre Verwendung führt jedoch innerhalb von Suchmaschinen gleichermaßen zu Treffern bzw. Anzeigen.

Bei der Beantwortung der Frage einer zeichenmäßigen Benutzung ist grundsätzlich von einer differenzierten Betrachtung des Einzelfalls auszugehen, die dabei anzusetzen hat, welche Vorstellungen der Verbraucher bei Aufruf des konkreten Zeichens und der ihm sodann gezeigten Trefferliste haben wird (vgl. OLG Hamburg, GRUR-RR 2005, 118; LG Braunschweig, Urteil vom 27.07.2006, Az.: 9 O 1778/06; LG Braunschweig, Urteil vom 28.12.2005, WTRP, Az.: 9 O 2852/05).

Eine markenmäßige Benutzung erfordert, dass die in Rede stehende Bezeichnung zur Unterscheidung von Waren oder Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens, also als Marke benutzt wird, nicht ob die Verwendung zu anderen Zwecken erfolgt. Eine Markenbenutzung im Sinne einer Verletzungshandlung setzt demnach voraus, dass sie jedenfalls im Rahmen des Produkt- oder Leistungsabsatzes auch der Unterscheidung der Waren bzw. Dienstleistungen eines Unternehmens von denen anderer Unternehmen dient (vgl. OLG Dresden, Urteil vom 30.08.2005, Az.: 14 U 498/05).

Dies ist vorliegend der Fall. Die Wortmarke "bananabay" hat nach Ansicht des Gerichts sehr hohe Kennzeichnungskraft und - damit korrespondierend - einen erhöhten Schutzzumfang. Der Begriff "bananabay" lässt keinen beschreibenden Inhalt erkennen; ihm kommt daher erhöhte Unterscheidungskraft zu. Er ist ersichtlich dazu geeignet, eine unter diesem Begriff angebotene Leistung vom Angebot eines anderen Unternehmens zu unterscheiden. Er wird daher - worauf die Beklagte zu Recht verweist - vom Verkehr und den angesprochenen Kundenkreisen als Herkunftshinweis auf das Unternehmen der Beklagten verstanden.

Dem Begriff "bananabay" kommt weder im deutschen Sprachgebrauch eine sachlich-inhaltliche Bedeutung zu, noch lässt sich der - offenbar der englischen Sprache zuordenbare - Begriff in die deutsche Sprache übersetzen. Er ist ein reines Phantasiewort.

Im Übrigen blieb der Vortrag der Beklagten seitens der Klägerin unbestritten, dass es sich bei "bananabay" weder um ein bestimmtes Produkt, das eventuell von beiden Parteien im Sortiment geführt wird, sondern lediglich um den Namen, unter dem die Beklagte ihren Erotikartikelhandel betreibt, handelt.

Da die Klägerin daher weder betreffend ihre Firma noch im Hinblick auf die von ihr angebotenen Waren oder Dienstleistungen einen Bezug zum als Adword verwendeten Begriff "bananabay" aufzeigen kann, ist davon auszugehen, dass sie bewusst die als Marke für die Beklagte eingetragene Bezeichnung als Adword buchte, um dem Nutzer der Suchmaschine nach Eingabe dieses Begriffs - neben der Beklagten - mit einer Anzeige gegenüberzutreten zu können.

Die Verwendung des Zeichens der Beklagten als Adword könnte deshalb eine kennzeichenrechtliche Benutzungshandlung darstellen, welche die Markeninhaberin in ihren Ausschließlichkeitsrechten verletzt. Indem der Internetnutzer von einer Suchmaschine nach Eingabe des Wortes "bananabay" auf die Internetseite der Klägerin hingewiesen wird, erfolgt eine gedankliche Verknüpfung, die den Eindruck entstehen lässt, dass dort Waren der Beklagten angeboten würden. Die Klägerin macht sich auf diese Weise die von der Beklagten aufgebaute Kraft der Marke zu Nutze und benutzt gerade diese markenspezifische "Lotsenfunktion", die darin besteht, in einem großen Angebot gezielt zu den eigenen Waren und Dienstleistungen hinzulenken (vgl. LG Braunschweig, Az.: 9 0 1778/06).

Das Gericht tendiert daher zu der vertretenen Ansicht, dass jedenfalls die auf individuellen Kennzeichnungen beruhenden Adwords die Zeichenrechte des Inhabers verletzen (vgl. Landgericht Braunschweig WTRP, a.a.O. m.w.N.).

Da beide Parteien in derselben Branche geschäftlich tätig sind, kann sich eine Verwechslungsgefahr daraus ergeben, dass der Internetnutzer, der den Markenbegriff der Beklagten kennt und als Suchwort eingibt, um sich über deren Angebot zu informieren, auch auf die Angebote der Klägerin hingewiesen wird. Gerade wegen der Spezifik des Begriffs, der außerhalb seiner Zuordnung zur Beklagten quasi nichtssagend und inhaltsleer ist, besteht die Gefahr, dass dieser Nutzer das unter der Anzeige der Klägerin aufrufbare Angebot gedanklich der Beklagten zuordnet, mit dem Angebot der Beklagten verwechselt und sich näher mit ihm befasst. Dies reicht für die Annahme einer Verwechslungsgefahr aus, ohne dass es darauf ankommt, ob ein Irrtum bei einer näheren Befassung mit der Internetseite der Klägerin ausgeräumt würde (vgl. BGH a.a.O.).

Der vorliegende Fall ist nicht vergleichbar mit dem von der Klägerin zitierten Verfahren Landgericht Leipzig, 05 0 146/05; OLG Dresden 14 U 498/05. Im dort zur Entscheidung stehenden Fall kam der streitgegenständlichen Wort-Bildmarke "Plakat 24", die lediglich rein deskriptive Angaben enthielt, nur sehr geringe Unterscheidungskraft und damit einhergehend ein geringer Schutzzumfang des Zeichens zu. Darüber hinaus wurde für die Bezeichnung "Plakat" ein Freihaltebedürfnis in der Druckereibranche angenommen und dem Zeichenbestandteil "24" eine Schutzfähigkeit vollständig abgesprochen. Im Unterschied hierzu hat der streitgegenständliche Begriff "bananabay" keinerlei beschreibenden Inhalt.

Letztlich kann die Frage eines markenrechtlichen Unterlassungsanspruchs jedoch dahinstehen, da der Beklagten jedenfalls ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch zusteht (s. unten II. 2.).

2.

Die Beklagte hat gegen die Klägerin einen Wettbewerbsrechtlichen Anspruch auf Unterlassung der Verwendung ihres markenrechtlich geschützten Begriffs "bananabay" als Adword gem. §§ 3, 4, Ziff. 10 UWG unter dem Gesichtspunkt eines sittenwidrigen gezielten Abfangens von Kunden.

Die konkrete Verwendungsform durch die Klägerin, die im Ergebnis zu der als Anlage B 1 vorgelegten Darstellung der Werbung führte, ist wettbewerbswidrig.

Zwar ist das Eindringen in einen fremden Kundenkreis und das Ausspannen von Kunden, selbst wenn es zielbewusst und systematisch erfolgt, nicht per se unzulässig. Unlauter wird das Eindringen in den fremden Kundenkreis erst, wenn besondere, die Unterlauterkeit begründende Umstände hinzutreten (vgl. BGHZ 110, 156; GRUR 2002, 548).

Eine unlautere Behinderung des Wettbewerbers durch Einwirkung auf den (potentiellen) Kundenkreis liegt erst vor, wenn dieser durch unsachliche Beeinflussung am möglichen Erwerb der Ware des Mitbewerbers gehindert werden sollen, der Wettbewerber sich gleichsam zwischen den Kaufinteressenten und den Mitbewerber schiebt, um ihn zu einer Änderung des Kaufentschlusses zu veranlassen (vgl. BGH GRUR 2001, 1061 m. w. N.).

Nach der gebotenen Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls geht das Gericht vorliegend von einer Unlauterkeit aus.

a) Die Anzeige der Klägerin erscheint bei Eingabe des Suchwortes "bananabay" in die Eingabemaske der Suchmaschine Google.

Der Internetnutzer hatte damit bei der Eingabe des Suchwortes denjenigen Begriff gewählt, der die geschäftliche Bezeichnung der Beklagten sowie deren geschützte Wortmarke darstellt. Ihm werden deswegen auf der Trefferliste die Internetauftritte der Beklagten angegeben. Gleichzeitig präsentierte ihm die Suchmaschine aber auch - auf der rechten Bildhälfte - die Werbung der Klägerin.

Diese ist nach Ansicht des Gerichts so gestaltet, dass der Nutzer zumindest annehmen kann, es handele sich bei der Klägerin zwar um ein eigenständiges Unternehmen, dieses stehe aber mit der Beklagten in einem, wenn auch nicht näher erkennbaren Zusammenhang. Denn die Werbung betrifft ebenfalls Erotikartikel und damit gerade auch die Produkte der Beklagten.

Der Nutzer kann hierdurch den Eindruck gewinnen, hinter der Anzeige verberge sich ein mit der Beklagten im Zusammenhang stehender Vertrieb von preisgesenkten Erotikartikeln im Sinne einer Rabatt- oder Ausverkaufaktion.

Es handelt sich daher um eine sittenwidrige Umleitung der Kunden, denn der Nutzer, der die besondere Geschäftsbezeichnung gerade der Beklagten auf der Suche nach deren Internetauftritt als Suchwort eingegeben hatte, kann so veranlasst werden, sich nicht wie beabsichtigt den Angeboten der Beklagten, sondern auch denjenigen der mit dieser konkurrierenden Klägerin zuzuwenden. In diesem Zusammenhang ist besonders zu beachten, dass der streitgegenständliche Suchbegriff vorliegend kein Gattungsbegriff ist, sondern die geschäftliche Bezeichnung der Beklagten darstellt, die markenrechtlich geschützt ist (vgl. hierzu auch OLG Köln, K & K 2006, 240).

Da sich der potentielle Kunde mit Aufruf des Suchwortes "bananabay" auf der Suche nach dem Internetauftritt der Beklagten bereits "in den engsten örtlichen Bereich des Konkurrenzbetriebes" begeben hat, stellt sich die Klägerin durch Verwendung der markenrechtlich geschützten Bezeichnung der Beklagten als Adword quasi zwischen den potentiellen Kunden der Beklagten und die Beklagte selbst, fängt diesen damit in wettbewerbswidriger Weise ab (vgl. LG Düsseldorf, Urteil v. 04.06.2003, Az. 34 U 5/03).

Die Verwendungshandlung der Klägerin zielt demgemäß ausschließlich darauf ab, die mechanische Suchfunktion der Suchmaschine durch Buchung der Marke der Beklagten als Adword für sich selbst wie einen "Eye-Catcher" auszunutzen. Eine derartige Bezugnahme auf die Marke eines Wettbewerbers ist nach Ansicht des Gerichts jedoch unzulässig.

b) Die konkrete Gestaltungsform der Anzeige der Klägerin ist geeignet, den sich ursprünglich für Angebote gerade der Beklagten interessierenden Kunden sogleich von der in der Trefferliste aufgeführten Domain der Beklagten abzulenken und ihn zu veranlassen, die Seite der Klägerin aufzurufen.

Die Anzeige der Klägerin enthält die Überschrift "Erotikartikel für 0,00 Euro". Sie enthält weiter den Text: "Rabattaktion bis 31.07.2006! Ersparnis bis 85 % garantiert".

Durch den Hinweis auf die Möglichkeit des Erwerbs von Erotikartikeln für 0,00 Euro wird der durchschnittliche Internetnutzer und Kunde, der nach der Beklagten gesucht hatte, die ebenfalls Erotikartikel vertreibt, in dem Bestreben, sein gesuchtes Erotikprodukt möglichst preisgünstig zu erwerben, dazu veranlasst, zunächst im Internetshop der Klägerin zu prüfen, ob das ihn interessierende Produkt möglicherweise für 0,00 Euro zu erwerben oder mit 85 % rabattiert ist. Der Kunde wird daher gerade durch die Art und Aufmachung der Werbung der Klägerin von der Beklagten abgelenkt und wettbewerbswidrig abgefangen.

Denn der Nutzer hat bei Eingabe des Begriffs "bananabay" in die Suchmaschine wegen der Spezifik des Begriffs gerade nicht allgemein nach einem Produkt oder einer bestimmten Gattung, sondern allein nach der Beklagten gesucht. Denn der Begriff "bananabay" steht in keinerlei Beziehung zum Sortiment der Parteien. Ihm kommt auch ansonsten keinerlei inhaltliche Bedeutung zu. Er verkörpert als Phantasiewort allein die markenrechtlich geschützte geschäftliche Bezeichnung der Beklagten.

c) Die konkrete Verwendungsform der markenrechtlich geschützten Bezeichnung der Beklagten stellt sich schließlich auch deshalb als wettbewerbswidrig dar, weil zu dem als Adword verwendeten Begriff "bananabay" sich auf der Internetseite der Klägerin keinerlei Informationen, Produkte oder Inhalte entnehmen lassen, die im Zusammenhang mit diesem Begriff stehen, ohne zugleich mit der Beklagten zusammenzuhängen .

Eine eigene Bedeutung kommt dem Begriff nicht zu, er beschreibt auch nicht ein Produkt oder Teile des Sortiments der Klägerin. Der Begriff ist allein und in dem Bewusstsein gewählt worden, nach der Beklagten suchende Kunden von der Beklagten ab- und gezielt zu den eigenen Waren hinzulenken.

Auch dies ist nach Ansicht des Gerichts ein besonderer, die Unlauterkeit begründender Umstand.

3.

Der Zahlungsantrag in Ziff. 2. ist unbegründet.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Erstattung von Kosten für eine "Gegenabmahnung".

a) Bereits begrifflich geht das Gericht nicht vom Vorliegen einer "Gegenabmahnung" aus, da es bereits am Vorliegen einer Abmahnung durch die Beklagte fehlt.

Zwar ist das Abschlusschreiben, mit dem ein Gläubiger nach Erlass einer einstweiligen Verfügung den Schuldner auffordert, die Verfügung als endgültige Regelung anzuerkennen, mit der Abmahnung verwandt und entspricht ihr von ihrer Funktion her (vgl. Hefermehl/Köhler/Bornkam, Wettbewerbsrecht, § 12 Rn. 1.78). Es ist jedoch keine Abmahnung im engeren Sinne.

Selbst wenn man eine Gegenabmahnung der Klägerin annehmen wollte, wären die Kosten hierfür nicht erstattungsfähig. Der zu Unrecht Abgemahnte ist grundsätzlich nicht gehalten, vor der Erhebung einer negativen Feststellungsklage eine Gegenabmahnung auszusprechen. Eine Gegenabmahnung ist vielmehr nur dann ausnahmsweise zu veranlassen, wenn die Abmahnung in tatsächlicher und/oder rechtlicher Hinsicht auf offensichtlich unzutreffenden Annahmen beruht, bei deren Richtigstellung mit einer Änderung der Auffassung des vermeintlich Verletzten gerechnet werden kann, oder wenn seit der Abmahnung ein längerer Zeitraum verstrichen ist und der Abmahnende in diesem entgegen seiner Androhung keine gerichtlichen Schritte eingeleitet hat, denn nur in solchen Fällen entspricht eine Gegenabmahnung dem mutmaßlichen Willen und dem Interesse des Abmahnenden und kann der Abgemahnte die Kosten der Gegenabmahnung erstattet verlangen (vgl. BGH WRP WTRP, 2004, 1032 m. w. N.).

Eine entsprechende Ausnahmesituation war jedoch vorliegend nicht gegeben. Im Schreiben vom 27.09.2006 (Bl. 46 d.A.) macht die Klägerin selbst nicht geltend, dass das Abschlusschreiben der Beklagten auf einer in tatsächlicher und/oder rechtlicher Hinsicht offenkundig unzutreffenden Grundlage erfolgt sei. Vielmehr forderte die Klägerin die Beklagte hierin lediglich auf, auf die Ansprüche aus dem Abschlusschreiben, mithin auf jene aus der einstweiligen Verfügung des LG Braunschweig v. 09.08.2006 zu verzichten. Ein weitergehender Inhalt ist der "Gegenabmahnung" nicht zu entnehmen.

Insgesamt liegt daher ein von der Rechtsprechung anerkannter Ausnahmefall für die Erstattungsfähigkeit der Kosten einer Gegenabmahnung nicht vor.

b) Die Aufforderung der Klägerin durch die Beklagte zur Abgabe einer Abschlusserklärung war nicht missbräuchlich.

Gerade in wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten ist eine Korrespondenz zwischen den Parteien über die Möglichkeit der Abgabe einer Abschlusserklärung nach Erlass einer einstweiligen Verfügung ein üblicher und rechtlich zulässiger Weg. Rechtlich stellt die Abgabe einer Abschlusserklärung einen Verzicht auf die Anträge nach § 926 ZPO sowie die Rechte auf § 924 ZPO dar. Die Parteien können hierdurch die Möglichkeit nutzen/ die Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren zur endgültigen Entscheidung zu machen (vgl. Zöller, ZPO, 25. Aufl., § 924 Rn. 9, § 926 Rn. 4 m. w. N.).

Dem steht nicht entgegen, dass zu diesem Zeitpunkt die Klägerin bereits die gegenständliche negative Feststellungsklage vor dem Landgericht Leipzig erhoben hatte. Insoweit hätte ein einfacher Verweis hierauf unter Ablehnung der Möglichkeit der Abgabe einer Abschlusserklärung ausgereicht. Einer weiteren "Gegenabmahnung" der Klägerin gegen die Beklagte bedurfte es nicht.

Eine weitere Aufforderung zur Abgabe einer Abschlusserklärung nach Widerspruch des Antragsgegners gegen eine wettbewerbsrechtliche einstweilige Verfügung und gerichtlicher Bestätigung der einstweiligen Verfügung wird nicht als missbräuchlich angesehen (vgl. LG Hamburg, Magazindienst 2005, 862). Der Sachverhalt einer bereits anhängigen negativen Feststellungsklage gebietet nach Ansicht der Kammer keine abweichende Beurteilung, da sowohl im Erheben der negativen Feststellungsklage als auch im Widerspruch

gegen eine einstweilige Verfügung der Wille des Unterlassungsschuldners Ausdruck findet, den geltend gemachten Unterlassungsanspruch gerade nicht anzuerkennen.

Selbst wenn man dem Abschluss schreiben der Beklagten vorliegend eine Erfolgsaussicht von vorn herein und damit seine Erforderlichkeit absprechen wollte, würde dies nicht zur Erstattungsfähigkeit der klagegegenständlichen Kosten für die "Gegenabmahnung" führen. Denn die von der Klägerin angestellte Erwägung, das Abschluss schreiben sei wegen der bereits erhobenen negativen Feststellungsklage "rechtlich grob falsch", da die Klägerin ein Hauptsacheverfahren gerade wolle, muss gleichermaßen für die erklärte "Gegenabmahnung", mit der die Beklagte aufgefordert wurde, auf die Ansprüche aus dem Abschluss schreiben und damit aus der einstweiligen Verfügung zu verzichten, gelten. Denn auch die Beklagte hatte durch den angekündigten Klageabweisungsantrag im vorliegenden Verfahren sowie die Beantragung einer einstweiligen Verfügung vor dem LG Braunschweig unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie an dem im Streit stehenden Unterlassungsanspruch festhält und diesen gerichtlich durchsetzen will.

c) Eine rechtsmissbräuchliche Verhaltensweise der Beklagten i.S.v. § 8 Abs. 4 UWG ist auch ansonsten nicht erkennbar.

Insbesondere ergibt sich eine Rechtsmissbräuchlichkeit nicht daraus, dass die Beklagte eine einstweilige Verfügung vor dem Landgericht Braunschweig beantragte, obwohl die Klägerin bereits vor dem Landgericht Leipzig negative Feststellungsklage erhoben hatte. Denn zumindest im Wettbewerbsrecht begründet eine negative Feststellungsklage eine Hauptsachezuständigkeit i.S.v. §§ 937 Abs. 1, 943 Abs. 1 ZPO nicht, wenn den Gläubiger im Schuldnerinteresse eine Abmahnlast trifft. Denn dann hätte es der durch die Abmahnung gewarnte Schuldner in der Hand, durch Erhebung einer negativen Feststellungsklage während der zur Unterwerfung gesetzten Frist eine ihm genehme Hauptsachezuständigkeit zu begründen (vgl. BGH GRUR 94, 846, LG Berlin, Magazindienst 2006, 351). Spätestens mit Erhebung der Hauptsacheklage ist nun aber das vom Verfügungsgläubiger angerufene Gericht alleiniges Gericht der Hauptsache geworden (vgl. OLG Frankfurt, GRUR 97, 485).

Allein die vorzeitige Erhebung einer negativen Feststellungsklage begründet auch keine Rechtshängigkeitssperre für eine später erhobene Leistungsklage, denn der Leistungsanspruch geht über das Ziel einer bloßen Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses hinaus, weil auch die eine Durchsetzung des Anspruchs ermöglichende Verurteilung zur Leistung verlangt werden kann. Die negative Feststellungsklage begründet auch keine auf den Gerichtsstand ihrer Erhebung bezogene örtliche Zuständigkeitsbindung für das Leistungsklageverfahren, die nach §§ 937, 943 ZPO das Verfahren der einstweiligen Verfügung umfassen würde (vgl. KG, Magazindienst 1993, 659).

Es ist deshalb nicht rechtsmissbräuchlich, dass die Beklagte die Leistungsklage nicht als Widerklage beim Gericht der negativen Feststellungsklage, sondern vor einem anderen gem. § 14 IMG zulässigen Gericht erhoben hat (vgl. BGH a. a. O.).

Schließlich sind Abschluss schreiben und Erhebung der Leistungsklage durch die Beklagte auch deshalb nicht rechts-missbräuchlich, da sie erforderlich waren, einer Verjährung des Unterlassungsanspruchs vorzubeugen. Weder die negative Feststellungsklage noch die Verteidigung gegen diese unterbricht der Verjährung (vgl. BGH NJW 72, 1043; NJW 78, 1975; NJW 94, 3107). Allein die Leistungsklage kann eine Unterbrechung bzw. Hemmung der Verjährung des Anspruchs bewirken.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 709 ZPO.

(Unterschriften)