



Verkündet am 14.01.2009

Selesi
Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Landgericht Düsseldorf
IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

der [REDACTED], vertreten durch die Geschäftsführer [REDACTED]
[REDACTED] und [REDACTED], [REDACTED] 46, [REDACTED] [REDACTED],

Klägerin,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Laake und Möbius, Am Ortfelde
100, 30916 Isernhagen,

g e g e n

die [REDACTED] GmbH, vertreten durch den
Geschäftsführer [REDACTED], [REDACTED] 15, 14482 Potsdam,

Beklagte,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED],
[REDACTED], 10825 Berlin,

hat die 2 a. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 03.12.2008
durch die Vorsitzende Richterin am Landgericht Dr. Fudickar, die Richterin am
Landgericht Thelen und die Richterin am Landgericht Adam

für Recht erkannt:

I.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte gegenüber der Klägerin keinen Anspruch darauf hat, dass diese

1. es unterlässt bei Meidung einer Vertragsstrafe für jeden Fall der Zuwiderhandlung unter Ausschluss des Fortsetzungszusammenhangs im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland zu Wettbewerbszwecken die Bezeichnung „Kosima-Haus“ als AdWord oder Keyword zum Aufruf von Google-AdWord-Anzeigen, die neben den Suchergebnissen von Google erscheinen, zu benutzen oder benutzen zu lassen, insbesondere für neu zu bauende Häuser für den Verweis auf eigene Internetportale wie www.██████████-fertighaus.de", wenn in der Suchabfrage bei Google der Suchbegriff „Kosima-Haus“ eingegeben wird.
2. eine Schadensersatzpflicht aus der Benutzung der Wortmarke „Kosima-Haus“ als AdWord oder Keyword zum Aufruf von Google-AdWord-Anzeigen anerkennt.
3. die Kosten in Höhe einer 1,3 Geschäftsgebühr auf Grundlage eines Gegenstandswertes von € 100.000,- zuzüglich Post- und Telekommunikationspauschale und Umsatzsteuer, die durch die Einschaltung der Anwaltskanzlei ██████████, ██████████, ██████████ und ██████████, ██████████, ██████████, 10825 Berlin, entstanden sind, erstattet.

II.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

III.

Das Urteil ist wegen der Kosten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von

110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand:

Die Parteien bieten, insbesondere über das Internet, die Erstellung von Häusern an. Die Klägerin ist dabei in Deutschland und Österreich im Bereich des Fertighausbaus tätig. Sie bewirbt ihr Angebot unter der Internetadresse www.██████████-fertighaus.de.

Die Beklagte befasst sich mit der Planung und Errichtung von Bauvorhaben, vornehmlich Einfamilienhäusern, im Norden und Osten Deutschlands und tritt unter der Internetadresse www.kosima-haus.de auf. Der Geschäftsführer der Beklagten ist Inhaber der deutschen Wortmarke „Kosima-Haus“ für die Klasse 37 (Bauwesen). Der Beklagten hat er eine unbeschränkte Lizenz zur Nutzung der Marke erteilt und sie zur Geltendmachung von Markenrechten ermächtigt.

Am 10.01.2008 erschien bei Eingabe des Suchbegriffs „Kosima-Haus“ bei Google im Rahmen der sog. AdWord-Werbung, die in der Suchmaske bei Google rechts neben der Trefferliste in einem gesonderten, mit „Anzeigen“ überschriebenen Bereich erscheint, die Anzeige der Klägerin „██████████ Haus FERTIGHAUS Individuell geplante Ausbauhäuser & Häuser! Über 100 Jahre Bautradition www.██████████-fertighaus.de“ einblendete wurde.

Die Beklagte mahnte die Klägerin daraufhin mit Schreiben vom 10.01.2008 wegen Verwendung der Marke „Kosima-Haus“ als sog. AdWord ab und forderte die Abgabe einer Unterlassungserklärung, die Anerkennung einer Schadensersatzverpflichtung sowie die Erstattung der vorprozessualen Abmahnkosten. Die Klägerin lehnte dies mit Schreiben vom 17.01.2008 jedoch ab.

Auf Antrag der Beklagten erließ sodann das Landgericht Braunschweig (Az. 9 O 381/08) unter dem 12.02.2008 eine einstweilige Verfügung, mit der der Klägerin untersagt wurde, die Bezeichnung „Kosima-Haus“ als Keyword in

Google-AdWord-Anzeigen für neu zu bauende Häuser mit dem Verweis auf ihr Internetportal zu schalten oder schalten zu lassen, die neben den Suchergebnissen von „Google“ erscheint, wenn in die Suchanfrage der Suchbegriff „Kosima-Haus“ eingegeben wird. Auf den hiergegen gerichteten Widerspruch der Klägerin hat das Landgericht Braunschweig mit Urteil vom 28.05.2008 die einstweilige Verfügung bestätigt.

Die Beklagte erhob ferner bei dem Landgericht Braunschweig im Wege der positiven Leistungsklage eine entsprechende Hauptsacheklage. In jenem Verfahren (22 O 1183/08) fand am 29.10.2008 die mündliche Verhandlung statt, in der die Klägerin jedoch nicht auftrat, so dass auf Antrag der Beklagten am 29.10.2008 ein klagestattgebendes Versäumnisurteil erging. Gegen dieses hat die Klägerin mit Telefax vom 24.11.2008, bei Gericht eingegangen am selben Tag, noch innerhalb der Einspruchsfrist Einspruch eingelegt.

Die Klägerin ist der Ansicht, die negative Feststellungsklage sei zulässig, insbesondere bestehe ihr Feststellungsinteresse aufgrund des Einspruchs gegen das Versäumnisurteil des Landgerichts Braunschweig vom 29.10.2008 noch fort.

Eine Markenrechtsverletzung sei ihr nicht zur Last zu legen, da die Marke von ihr nicht verwendet werde. Auf ihrem Google-AdWord-Konto sei lediglich das Keyword „Fertighaus“ in der Standardversion „weitgehend passende Keywords“ gebucht worden, was - zwischen den Parteien unstreitig - dazu führe, dass eine Anzeigenschaltung erfolge, wenn wenigstens ein Teil des Keywords, hier „Haus“, abgefragt werde.

Darüber hinaus ist sie der Ansicht, dass es neben der fehlenden Verwendung eines Kennzeichens auch an einer Verwechslungsgefahr fehle, da ihre Anzeige deutlich auf sie als werbendes Unternehmen hinweise, die Anzeige in einer anderen Rubrik erscheine und es daher an einer Ähnlichkeit mit der Verwendung von Metatags und einem Erscheinen in der Trefferliste fehle.

Die Klägerin beantragt,
wie erkannt.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte ist der Ansicht, die Klage sei unzulässig. Das Landgericht Düsseldorf sei örtlich unzuständig, da der Klägerin bereits vor Einreichung der Klage die vor dem Landgericht Braunschweig erwirkte einstweilige Verfügung zugestellt worden sei und der Klägerin hierdurch die Wahl unter mehreren Gerichtsständen nicht mehr frei möglich gewesen sei. Zudem sei die Anrufung des Landgerichts Düsseldorf durch die Klägerin in Kenntnis der einstweiligen Verfügung rechtsmissbräuchlich, da sie mit einer Einreichung der Hauptsache durch sie, die Beklagte, bei dem Landgericht Braunschweig habe zwingend rechnen müssen. Schließlich sei das Feststellungsinteresse der Klägerin aufgrund der mündlichen Verhandlung und Entscheidung in dem Hauptsacheverfahren vor dem Landgericht Braunschweig entfallen. Nachdem das Versäumnisurteil in der Welt sei, könne kein kontradiktorisches Urteil ergehen.

Die Klage sei aber auch unbegründet. Sie behauptet, die Klägerin verwende „Kosima-Haus“ bzw. „kosima-haus“ als AdWord. Sie ist der Ansicht, bei einer gezielten Verwendung einer Marke als Keyword im Bereich der AdWord-Werbung liege eine Marken Verletzung vor. Für die von Google vorgenommene Zuordnung sei der Werbende verantwortlich, da diese von ihm beeinflussbar sei. Eine Verantwortlichkeit sei dabei auch dann zu bejahen, wenn ein geschütztes Zeichen in der Weise verwendet werde, dass es durch die Standard-Keyword-Option „weitgehend passende Keywords“ als Keyword automatisch hinzugesetzt werde. Mit diesen „weitgehend passenden Keywords“ stünden „erweiterte Keywords“ in direktem Zusammenhang. Demgemäß müsse der Werbende, um Markenverletzungen zu verhindern, unerwünschte, erweiterte Keywords ausschließen bzw. alle weitgehend passenden Keywords als passende Wortgruppe oder genau passende Keywords definieren. Spätestens sei eine Verantwortlichkeit des Anzeigenschalters ab dem Zeitpunkt gegeben, ab dem er davon erfahre, dass eine Anzeige auf ein geschütztes Zeichen reagiere.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zu den Akten gereichten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist zulässig und begründet.

I.

Die Klage ist entgegen der Auffassung der Beklagten zulässig.

1.

Das Landgericht Düsseldorf ist örtlich zuständig, § 32 ZPO.

Die Erwirkung der einstweiligen Verfügung vor dem Landgericht Braunschweig durch die Beklagte steht der nach § 32 ZPO eröffneten deutschlandweiten, freien Gerichtswahl der Klägerin für die Erhebung der negativen Feststellungsklage nicht entgegen. Eine derartige Bindungswirkung kann weder dem Gesetz noch der von der Beklagten angeführten Rechtsprechung und Literatur entnommen werden. Das Gesetz enthält im Zusammenhang mit einstweiligen Verfügungen lediglich in § 937 ZPO eine Zuständigkeitsregelung. Diese ist hier aber nicht einschlägig, da sie die Zuständigkeit des Gerichts für den Erlass einstweiliger Verfügungen regelt und nicht für die Hauptsache selbst. Aus diesem Grund ist auch der von der Beklagten angeführte Aufsatz von Professor Dr. Steinbeck (NJW 2007, 1783) nicht einschlägig, der sich mit der Frage befasst, ob das Gericht, bei dem eine negative Feststellungsklage anhängig gemacht wurde, Gericht der Hauptsache i.S.v. § 937 Abs. 1 ZPO und damit zuständigkeitsbestimmend für den Erlass einer einstweiligen Verfügung denselben Streitgegenstand betreffend ist. Vorliegend ist aber zuerst das einstweilige Verfügungsverfahren und anschließend die negative Feststellungsklage erhoben worden. Dass in dieser Konstellation die Gerichtsorte auseinanderfallen können und dürfen, stellt die Verfasserin des Aufsatzes nicht in Abrede.

2.

Die Erhebung der negativen Feststellungsklage vor dem Landgericht Düsseldorf ist auch nicht rechtsmissbräuchlich. Die Ausnutzung des Gerichtsstands der unerlaubten Handlung nach § 32 ZPO stellt grundsätzlich keine unzulässige Rechtsausübung dar. Etwas anderes kommt nur dann in Betracht, wenn die Gerichtswahl von sachfremden Zielen getragen wurde. Dazu hat die Beklagte

Vorliegend jedoch nichts vorgetragen. Vielmehr ist offensichtlich, dass die Klägerin sich aufgrund der für sie günstigen Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf an das Landgericht Düsseldorf gewandt hat. Dabei handelt es sich aber um ein völlig legitimes Interesse. Davon geht auch das von der Beklagten zitierte Kammergericht Berlin aus (vgl. KG GRUR-RR 2008- 212, 213 - Fliegender Gerichtsstand). Die der Entscheidung des Kammergerichts zugrunde liegenden zusätzlichen besonderen Missbrauchsumstände sind vorliegend nicht gegeben. Gründe für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Klägerin lassen sich auch nicht der von der Beklagten angeführten Entscheidung des BGH (GRUR 1994, 846=NJW 1994, 3107 - Parallelverfahren II) entnehmen. In diesem wird die Zulässigkeit der Erhebung der negativen Feststellungsklage an jedem anderen örtlich zuständigen Gericht vielmehr inzidenter vorausgesetzt. Schließlich wird der Beklagten auch nicht der Gerichtsstand Düsseldorf aufgezwungen, da diese die Leistungsklage - wie geschehen - unabhängig von der negativen Feststellungsklage an dem ihr günstig erscheinenden Gerichtsort erheben darf.

3.

Auch die Tatsache, dass in dem Hauptsacheverfahren umgekehrten Rubrums vor dem Landgericht Braunschweig am 29.10.2008 bereits Termin zur mündlichen Verhandlung stattgefunden hat und in dem Termin ein dem Leistungsbegehren der Beklagten stattgebendes Versäumnisurteil ergangen ist, führt nicht zur Unzulässigkeit der negativen Feststellungsklage wegen fehlenden Feststellungsinteresses der Klägerin, § 256 Abs. 1 ZPO. Grundsätzlich genießt die Leistungsklage gegenüber der negativen Feststellungsklage zwar Vorrang, um widerstreitende Entscheidungen der Gerichte wie auch mehrere parallele Verfahren über denselben Streitgegenstand zu vermeiden. Das Feststellungsinteresse entfällt jedoch nicht schon mit der bloßen Erhebung der auf die Durchsetzung desselben Anspruchs gerichteten Leistungsklage, sondern erst, sobald letztere einseitig nicht mehr zurückgenommen werden kann (BGH GRUR 2006, 217, 218 - Detektionseinrichtung I; NJW 1994, 3107, 3108 - Parallelverfahren II). Diese Voraussetzung ist in dem Verfahren vor dem Landgericht Braunschweig jedoch noch nicht erfüllt. Denn die Klägerin ist in jenem Verfahren säumig gewesen, woraufhin Versäumnisurteil ergangen ist. Durch den unstreitig rechtzeitig eingelegten Einspruch der Klägerin gegen das Versäumnisurteil des Landgerichts Braunschweig vom 29.10.2008 ist das

Verfahren aber gemäß § 342 ZPO in die Lage vor Eintritt der Säumnis zurückversetzt worden. Hierdurch wird das Versäumnisurteil zwar nicht beseitigt (§ 343 ZPO), in seinen sachlichen Wirkungen aber suspendiert. Das eröffnet den Parteien wie zuvor die Möglichkeit zu Verfügungen über den Klagegegenstand und damit auch der hiesigen Beklagten (Klägerin in jenem Verfahren) erneut einseitig das Recht zu einer Klagerücknahme (vgl. BGH NJW 2006, 2124, 2125 zur Berufungsrücknahme). Denn nach § 269 Abs. 1 ZPO kann die Klage ohne Einwilligung des Beklagten nur bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache zurückgenommen werden. Aufgrund der Säumnis der Klägerin (Beklagte in dem Verfahren vor dem Landgericht Braunschweig) fehlt es an deren Verhandeln zur Sache. Der Säumnisantrag der Beklagten (Klägerin in jenem Verfahren) hindert diese nicht, vor der streitigen Einlassung der Klägerin (Beklagte in jenem Verfahren) die Klage einseitig zurückzunehmen (Zöller-Herget, ZPO, 27. Aufl., § 342 Rn 2 a.E., § 269 RN 13).

Soweit die Beklagte im hiesigen Verfahren darauf hingewiesen hat, dass auf diese Weise zwei kontradiktorische Urteile in der Welt seien, rechtfertigt dies keine andere Bewertung, sondern ist im Hinblick auf die zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vorübergehend hinzunehmen. Zwar besteht das Feststellungsinteresse für eine negative Feststellungsklage nicht mehr weiter, wenn im Verfahren über die Leistungsklage eine Sachentscheidung ergangen ist (BGH GRUR 2006, 217, 219- Detektionseinrichtung I). In dem zitierten Fall ging es aber nicht um ein Versäumnisurteil, gegen das Einspruch eingelegt worden ist, sondern um ein nach zweiseitiger mündlicher Verhandlung erlassenes Grundurteil im Rahmen des Leistungsklageverfahrens. Ausgangspunkt war die Frage, ob der nach der Rechtsprechung des BGH (vgl. BGH NJW 1987, 2680 - Parallelverfahren I; NJW 1997, 870; ebenso OLG Düsseldorf GRUR 1993, 159, 160 - RAVALGEN) geltende Ausnahmetatbestand eingreift, wonach ein Feststellungsinteresse trotz erfolgter mündlicher Verhandlung ausnahmsweise dennoch fortbesteht, wenn der Feststellungsrechtsstreit entscheidungsreif und die Leistungsklage noch nicht entscheidungsreif ist. Da der Feststellungsrechtsstreit zwar entscheidungsreif, die Leistungsklage aber bereits durch Grundurteil entschieden war, hat der BGH den Ausnahmetatbestand verneint. Zu der Entbehrlichkeit einer zweiseitigen mündlichen Verhandlung verhält sich das Urteil demnach nicht, so dass es für den hier vorliegenden Fall nicht einschlägig ist.

Insoweit verbleibt es bei dem Grundsatz, dass das Feststellungsinteresse erst dann entfällt und die Leistungsklage Vorrang genießt, wenn letztere nicht mehr einseitig zurückgenommen werden kann. Denn die Klägerin kann zumutbar nur dann auf das andere Verfahren (Leistungsklage) verwiesen werden, wenn insoweit für die Beklagte eine Bindungswirkung an ihre Leistungsklage eingetreten ist, sie also nicht mehr einseitig über diese verfügen kann. Demgegenüber ist der Zustand des Vorhandenseins zweier sich widersprechender Urteile nur ein vorübergehender. Denn sofern das Urteil der Kammer rechtskräftig werden sollte, würde es nach § 322 ZPO Bindungswirkung für das Verfahren vor dem Landgericht in Braunschweig entfalten. Andernfalls müsste im hiesigen Verfahren in der Berufungsinstanz das Fortbestehen des Feststellungsinteresses entsprechend dem Verfahrensstand in Braunschweig geprüft und gegebenenfalls verneint werden.

II.

Die Klage ist auch begründet.

Der Klägerin steht ein Anspruch auf die Feststellung zu, dass die Beklagte nicht von ihr die Unterlassung der Nutzung der Bezeichnung „Kosima-Haus“ bzw. „kosima-haus“ als AdWord/Keyword zum Aufruf von Google-AdWord-Anzeigen zum Hinweis auf ihre eigene Werbeanzeige, die Anerkennung einer Schadensersatzpflicht und die Erstattung einer 1,3 Geschäftsgebühr auf der Grundlage eines Streitwertes von 100.000,- Euro verlangen kann.

Der Beklagten stehen unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt die begehrten Ansprüche zu.

1.

Ein Anspruch der Beklagten auf Unterlassung ergibt sich insbesondere nicht aus § 14 Abs. 5, Abs. 2 Nr.1 MarkenG, sofern nach der Behauptung der Beklagten das AdWord „Kosima-Haus“ genutzt wurde bzw. aus § 14 Abs. 5 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG, sofern nach der Behauptung der Beklagten das AdWord „kosima-haus“ genutzt wurde.

Danach ist es Dritten untersagt, ohne Zustimmung des Inhabers der Marke im

geschäftlichen Verkehr ein mit der Marke identisches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu nutzen, die mit denjenigen identisch sind, für die sie Schutz genießt (§ 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG) bzw. ein Zeichen zu benutzen, wenn wegen der Identität oder 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, einschließlich der Gefahr, dass das Zeichen mit der Marke gedanklich in Verbindung gebracht wird (§ 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG)

a) Die Beklagte ist unstreitig Lizenznehmerin bezüglich der deutschen Wortmarke „Kosima-Haus“ für die Klasse 37 (Bauwesen).

b) Es fehlt jedoch bereits an einer Nutzung des Zeichens „Kosima-Haus“ bzw. „kosima-haus“ - welches AdWord/Keyword konkret benutzt worden sein soll, lässt sich dem Beklagtenvortrag insoweit nicht eindeutig entnehmen. Denn die Beklagte ist für ihre - bestrittene - Behauptung, die Klägerin habe das als Marke geschützte Zeichen „Kosima-Haus“ (kosima-Haus) gezielt als Schlüsselwort eingesetzt, beweisfällig geblieben. Es ist daher davon auszugehen, dass die Klägerin lediglich den Begriff „fertighaus“ als AdWord/Keyword verwendet hat und die Standardoption „weitgehend passende Keywords“ gebucht oder zumindest beibehalten hat.

c) Letztlich kann dies aber dahinstehen, da selbst dann, wenn die Klägerin das Zeichen „Kosima-Haus/kosima-haus“ gezielt als Keyword eingesetzt hätte, eine markenmäßige Benutzung zu verneinen wäre.

Ein markenmäßiger Gebrauch setzt voraus, dass das von der Klägerin benutzte Zeichen aus der Sicht der angesprochenen Verkehrskreise in einer Art und Weise benutzt wird, die der Verkehr als Ursprungsbezeichnung für die betroffenen Waren oder Dienstleistungen auffasst (BGH GRUR 2008, 254 - THE HOME STORE; EuGH GRUR 2007, 971 Rn 26 - Celine). Im Falle der Verwendung einer Marke als Metatag hat der Bundesgerichtshof (GRUR 2007, 65, 66f - Impuls) eine kennzeichenmäßige Benutzung mit der Begründung bejaht, dass mit Hilfe des Suchworts das Ergebnis des Auswahlverfahrens beeinflusst und der Nutzer auf diese Weise zu der entsprechenden Internetseite geführt werde, das Suchwort

daher dazu diene, den Nutzer auf das dort werbende Unternehmen und sein Angebot hinzuweisen, inwieweit diese Rechtsprechung auf die Fälle des AdWord/Keyword- Advertising übertragbar ist, ist in der Instanzrechtsprechung umstritten (für eine markenmäßige Benutzung: OLG Braunschweig GRUR-RR 2007, 71, 72 - Jette; OLG Stuttgart MMR 2007, 649 - PCB-Pool; gegen eine markenmäßige Benutzung OLG Köln MMR 2008 50f.; OLG Frankfurt a.M. GRUR-RR 2008, 304, 305 - Adword-Werbung; KG Berlin 5 U 186/07, Urteil vom 26.09.2008, zitiert nach juris; offen gelassen: OLG Düsseldorf WRP 2007, 440ff - Beta-Layout) und vom Bundesgerichtshof bislang noch nicht entschieden.

Die Kammer schließt sich der Auffassung des OLG Köln, des OLG Frankfurt und des KG Berlin an und verneint vorliegend eine markenmäßige Verwendung des AdWord/Keyword „Kosima-Haus“, sofern es überhaupt benutzt wurde. Zwar ist der Gegenansicht darin Recht zu geben, dass die AdWord-Werbung insoweit mit der Nutzung von Metatags vergleichbar ist, als das AdWord technisch dazu dient, den Internetnutzer auf das mit Hilfe des AdWord werbende Unternehmen und sein Angebot hinzuweisen. Dieses Angebot erscheint aber - und das ist der entscheidende Unterschied zu der Verwendung einer Marke als Metatag - nicht in der Liste der Suchergebnisse, sondern in der daneben stehenden Rubrik „Anzeigen“. Damit wird das fremde Kennzeichen nicht als identifizierende Angabe für das eigene Unternehmen des mit einem Schlüsselwort Werbenden benutzt, sondern es bleibt als solches dem Kennzeicheninhaber zugeordnet. Insoweit kann nach Auffassung der Kammer nicht davon ausgegangen werden, dass der Verkehr, auf dessen Auffassung maßgeblich abzustellen ist, darin einen Hinweis auf die Herkunft der im Anzeigenteil angebotenen Ware sieht. Ein großer Teil der Internetnutzer weiß bereits nicht, dass das Suchwort nicht nur den Inhalt der Trefferliste, sondern auch den Anzeigenteil beeinflusst und macht sich auch keine Gedanken darüber, warum die Werbung des Konkurrenten neben der Trefferliste erscheint und ob dies mit der Eingabe seines Suchworts zusammenhängt. Insoweit unterscheidet sich das AdWord/Keyword-Advertising von den Metatags, da der Internetnutzer bei dem Erscheinen der Trefferliste davon ausgeht, dass das von ihm eingegebene Suchwort Einfluss auf das Ergebnis der Trefferliste hat und infolgedessen die Seite des Konkurrenten anzeigt. Bei den Nutzern, denen bekannt ist, dass die Suchworteingabe das Ergebnis des Anzeigenteils beeinflusst, löst diese Kenntnis ebenfalls keine herkunftsbezogenen Vorstellungen

dergestalt aus, dass die Produkte/Dienstleistungen der Klägerin mit der Marke der Beklagten gekennzeichnet würden. Denn der Nutzer differenziert zwischen den beiden räumlich getrennten Plattformen, die ihm nach Eingabe des Suchworts dargeboten werden. Er wird daher nicht annehmen, die Angaben in der Trefferliste hätten die gleiche Verbindung zum Suchbegriff wie die Angaben in dem als solchen gekennzeichneten Anzeigenteil, sondern er wird allenfalls von einer thematischen, nicht jedoch herkunftsmäßigen Verbindung ausgehen. Ansonsten wäre für den Internetnutzer auch nicht nachvollziehbar, warum die Anzeige nicht in der Trefferliste selbst erscheint (OLG Köln MMR 2008, 50, 51; OLG Frankfurt a.M. GRUR-RR 2008, 304, 305 - Adword-Werbung; KG Berlin, 5 U 186/07, Urteil vom 26.09.2008., juris RN 40ff).

Da somit eine markenmäßige Benutzung eines für einen Dritten geschützten Kennzeichens regelmäßig schon dann ausscheidet, wenn dieses Zeichen selbst als AdWord verwendet wird, gilt dies erst recht, wenn der Werbende, wovon auch im vorliegenden Fall auszugehen ist, ein anders lautendes AdWord, nämlich „fertighaus“ angegeben hat, welches erst durch die Wahl der Option „weitgehend passende Keyword“ von dem Betreiber der Suchmaschine dem fremden Kennzeichen zugeordnet wird (OLG Frankfurt a. M. GRUR-RR 2008, 304, 305 - Adword-Werbung). Darüber hinaus wäre die Nutzung des rein beschreibenden Begriffs „fertighaus“ als Keyword aber auch nach § 23 Nr. 2 MarkenG privilegiert, auch wenn sie auf Grund der Standardeinstellung „weitgehend passende Keywords“ dazu führt, dass die Anzeige der Klägerin auch bei der Eingabe der Marke der Beklagten wegen des in ihr enthaltenen beschreibenden Bestandteils „Haus“ erscheint (vgl. OLG München MMR 2008, 541; vorgehend LG München I, GRUR-RR 2008, 301, 302 - Posterlounge/Lounge Poster)

d) Ein Unterlassungsanspruch der Beklagten scheitert aber auch an der fehlenden Verwechslungsgefahr. Das benutzte AdWord „fertighaus“ und die Marke „Kosima-Haus“ sind zweifellos nicht verwechslungsfähig. Dasselbe gilt aber auch für den Fall, dass die Klägerin „kosima-haus“ als Schlüsselwort verwendet hat bzw. durch die Funktion „weitgehend passende Keywords“ hat verwenden lassen. Zwar bestünde dann zwar Warenidentität und hochgradige Zeichenähnlichkeit. Die Verwechslungsgefahr wird aber dadurch ausgeschlossen, dass die Anzeige der Klägerin als solche klar erkennbar ist und deutlich auf die Klägerin als

werbendes Unternehmen und Anbieterin der von ihr beworbenen Waren/Dienstleistungen hinweist. Dies geschieht in der Weise, dass im kurzen Werbetext die Unternehmensbezeichnung zweimal Verwendung findet, unter anderem durch Wiedergabe der Internetadresse der Klägerin www.██████████-fertighaus.de. Demgegenüber findet die Marke der Beklagten in der Anzeige keine Erwähnung. Anders als bei der Verwendung eines Zeichens als Metatag wird durch die Eingabe des Keywords nicht als Suchergebnis in der Trefferliste auf das Angebot der Klägerin hingewiesen, sondern in der optisch deutlich von der Trefferliste getrennten Rubrik unter der Überschrift „Anzeigen“. Bereits hierdurch wird auch dem unerfahrenen Internetnutzer deutlich gemacht, dass es sich in dieser Rubrik um Anzeigenkunden des Betreibers der Internetsuchmaschine handelt. Der durchschnittlich aufmerksame Internetnutzer achtet in einem solchen Fall auf die als Link ausgewiesene Internetadresse, die hier klar die Klägerin als Urheberin der Werbung erkennen lässt. Der Internetnutzer nimmt daher nicht an, dass die Werbeanzeige von dem Unternehmen stammt, dessen Kennzeichen er als Suchwort eingegeben hat, sondern wird sie als unabhängige Werbung eines Dritten auffassen (OLG Düsseldorf GRUR-RR 2007, 204, zitiert nach BeckRS 2007 02259 Rz 27).

2.

Ein Unterlassungsanspruch der Beklagten ergibt sich auch nicht aus §§ 3, 4 Nr. 10 UWG, da es an einer Rufausbeutung des guten Rufes des Kennzeichens der Beklagten für das eigene Produkt mangels Übertragung des Kennzeichens auf die eigenen Dienstleistung fehlt. Auch sind die Voraussetzungen eines Behinderungswettbewerbs nicht gegeben. Voraussetzung dafür wäre, dass sich der Werbende zwischen den Mitbewerber und dessen Kunden stellt, um diesem eine Änderung seines Kaufentschlusses aufzudrängen. Die Schaltung einer Anzeige als Ergebnis der Keywordnennung stellt aber keine unlautere Beeinflussung eines potentiellen Kunden dar. Zum einen ist der Internetnutzer daran gewöhnt bei Eingabe eines Suchwortes aus einer Vielzahl von Treffern eine weitere Auswahl treffen zu müssen, zum anderen kann aus der Eingabe eines Suchbegriffs in eine Suchmaschine nicht ohne weiteres auf einen Kaufentschluss des Internetnutzers geschlossen werden (OLG Frankfurt a.M. GRUR-RR 2008, 304, 305 -Adword-Werbung; OLG Düsseldorf, a.a.O. Rz 30f.).

Mithin scheiden aber auch die von der Beklagten geltend gemachten Folgeansprüche, wie die Anerkennung der Schadensersatzverpflichtung sowie der Anspruch auf Erstattung vorprozessualer Kosten aus.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 S. 1, S. 2 ZPO.

IV.

Der Streitwert wird auf € 100.000,- festgesetzt.

Abzustellen ist insoweit auf den für die positive Leistungsklage umgekehrten Rubrums maßgeblichen Streitwert. Bei dieser bleiben die geltend gemachten Abmahnkosten jedoch im Hinblick auf § 4 Abs. 1 ZPO unberücksichtigt.

Dr. Fudickar

Thelen

Adam