

Geschäftszeichen: 2 W 316/08
22 O 697/08 Landgericht Braunschweig

B e s c h l u s s

In der Beschwerdesache

■■■■ Bau- und Betreuungs GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer ■■■■
■■■■, ■■■■ ■■■■, 14482 Potsdam,

Antragstellerin und Beschwerdeführerin,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte ■■■■ & ■■■■
■■■■, 10825 Berlin,
Geschäftszeichen: 303/08H06 RA D24606

gegen

■■■■ Haus GmbH & Co. KG, vertreten durch die ■■■■ Verwaltungs
GmbH, diese vertreten durch den Geschäftsführer ■■■■,
■■■■, 14612 Falkensee,

Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte ■■■■ & ■■■■, ■■■■ 107, 10625 Berlin,
Geschäftszeichen: 168/08A30 as/fr

hat der 2. Zivilsenat des OLG Braunschweigs durch den Vorsitzenden Richter am
OLG Dr. Matthies, die Richterin am OLG Dr. Weber-Petras und den Richter am
OLG Dr. Redant am 22.08.08 beschlossen:

Auf die sofortige Beschwerde der Verfügungsklägerin wird der Beschluss
des Landgerichts Braunschweig vom 13.06.08 - 22 O 697/08 -
abgeändert.

Die Kosten des Verfahrens erster Instanz werden der Verfügungsbeklagten
auferlegt.

Auch die Kosten des Beschwerdeverfahrens fallen der Verfügungsbeklagten zur Last.

Beschwerdewert: Wertstufe bis zu **4500,00 €**.

Gründe:

I.

Die Verfügungsklägerin hat die Verfügungsbeklagte im Wege einer einstweiligen Verfügung auf Unterlassung der Verwendung der Bezeichnung „Kosima-Haus“ als Google-Adword in Anspruch genommen. Beide Parteien erbringen Hausbauleistungen. Die Klägerin bewirbt ihre Angebote im Internet unter www.█-haus.de, die Verfügungsbeklagte unter www.█-haus.de. Der Geschäftsführer der Verfügungsklägerin █ ist Inhaber der unter der Nr. 30128165 eingetragenen Wortmarke „Kosima-Haus“ für die Klasse 37 (Bauwesen). Er hat die Nutzung dieser Marke der Verfügungsklägerin gestattet.

Am 03.03.2008 stellte die Verfügungsklägerin fest, dass bei Eingabe des Suchbegriffs „Kosima-Haus“ in der Suchleiste von Google rechts neben der Trefferliste unter der Überschrift „Anzeigen“ in einer gesonderten Trefferliste unter anderem hingewiesen wurde auf:

„moderne Architektur www.█-haus.de Häuser in Holzskelettkonstruktion eine Architektur der Emotionen“.

Die Verfügungsklägerin sieht hierin eine Markenrechtsverletzung und forderte die Verfügungsbeklagte ebenfalls noch unter dem 03.03.08 zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auf. Dies lehnte die Verfügungsbeklagte mit Schreiben vom 07.03.2008 ab. Auch zu diesem Zeitpunkt erschien die Anzeige der Verfügungsbeklagten weiterhin bei Google, sofern der Suchbegriff „Kosima-Haus“ eingegeben wurde.

Die Verfügungsklägerin beantragte daraufhin am selben Tage den Erlass einer einstweiligen Verfügung, mit dem Ziel, der Verfügungsbeklagten im geschäftlichen Verkehr der Bundesrepublik Deutschland verbieten zu lassen, die Bezeichnung „Kosima-Haus“ als Adword in Google - Adword-Anzeigen für neu zu bauende Häuser mit einem Verweis auf ihre Internetportale, insbesondere auf die Seite www.██████-haus.de zu schalten oder schalten zu lassen, die neben den Suchergebnissen von Google erscheint, wenn in die Suchanfrage der Suchbegriff „Kosima-Haus“ eingegeben wird. Die 9. Zivilkammer des Landgerichts Braunschweig erließ unter dem 17.03.2008 die beantragte einstweilige Verfügung im Beschlussverfahren.

Hiergegen erhob die Verfügungsbeklagte Widerspruch und rügte die Zuständigkeit der Zivilkammer. Daraufhin wurde die Sache an die zuständige 2. Kammer für Handelssachen Braunschweig verwiesen. Im weiteren Verlauf gab die Verfügungsbeklagte ohne Anerkenntnis einer Rechtspflicht eine strafbewehrte Unterlassungserklärung ab. Daraufhin erklärten die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache einvernehmlich für erledigt.

Durch der Verfügungsklägerin am 13.06.08 zugestellten Beschluss erlegte die 2. Kammer für Handelssachen des Landgericht Braunschweig der Verfügungsklägerin die Kosten des Verfahrens auf.

Hiergegen legte die Verfügungsklägerin mit am 16.06.2008 bei Gericht eingegangenem Schriftsatz sofortige Beschwerde ein, welcher die 2. Kammer für Handelssachen des Landgericht Braunschweig nicht abgeholfen hat.

II.

Die zulässige Beschwerde ist begründet. Nachdem beide Parteien Erledigungserklärungen abgegeben haben, war unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen über die Kosten des Rechtsstreits zu entscheiden (§ 91a ZPO). Da die Verfügungsbeklagte voraussichtlich unterlegen gewesen wäre, war sie mit den Kosten zu belasten. Im Einzelnen:

1. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung war entgegen der Auffassung der Verfügungsbeklagten nicht durch eine nicht existente Partei gestellt worden. Indem die Verfügungsklägerin ihrer Firma in der Antragschrift ihre Marke vorangestellt hat, lag lediglich eine fehlerhafte Parteibezeichnung vor, welche die Zulässigkeit der Klage nicht berührt. In solchen Fällen ist ohne Weiteres - wie vom Landgericht auch veranlasst - eine Rubrumsberichtigung möglich (BGH NJW RR 2006, 42).

2. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung war auch nicht mangels Glaubhaftmachung zurückzuweisen, nachdem der Verfügungsbeklagten rechtliches Gehör gewährt worden war. Zwar war die lediglich eine Bezugnahme auf den Anwaltsvortrag enthaltenden eidesstattlichen Versicherung des Geschäftsführers der Verfügungsklägerin vom 07.03.08 unzureichend (BGH NJW 1988, 2045; 1996 1682). Nachdem aber die Verfügungsbeklagte vorgetragen hatte, stand fest, welche Tatsachen unstreitig waren (§ 138 III ZPO). Insoweit bedurfte es nunmehr nicht mehr der Glaubhaftmachung (Berneke, Die einstweiligen Verfügung in Wettbewerbssachen, 2. Auflage, Rdnr. 102). Die noch streitigen Tatsachen waren auf andere Weise glaubhaft gemacht.

3. Dass die Verfügungsklägerin Lizenznehmerin ihres Geschäftsführers hinsichtlich der Marke „Kosima-Haus" war, hatte die Verfügungsbeklagte nicht bestritten. Die Ausführungen zu dieser Frage in der Widerspruchsschrift bezogen sich lediglich auf unzutreffende Darlegungen der Verfügungsklägerin hierzu in deren Abmahnschreiben; die Verfügungsbeklagte verfolgte damit das Ziel, die günstige Kostenfolge des § 93 ZPO auszulösen.

Selbst wenn man dies anders sehen wollte, änderte sich nichts: Die Verfügungsklägerin hat nach Abgabe der Erledigungserklärungen im Einzelnen dargelegt und glaubhaft gemacht, dass ihr eine Lizenz eingeräumt worden sei. Zwar kommt es für die Kostenentscheidung nach § 91 a ZPO grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Abgabe der Erledigungserklärungen an. Fehlt indessen ergänzender Vortrag zur Schlüssigkeit, mit dem nach einem an sich gebotenen Hinweis des Gerichts mit Sicherheit zu rechnen gewesen wäre, ist dieser zu

berücksichtigen (Zöller/Vollkommer, ZPO, 26. Auflage, § 91 a Rdnr. 26). So liegt es hier. Auf die fehlende Glaubhaftmachung der Lizenzeinräumung hätte schon erstinstanzlich hingewiesen werden müssen (§ 139 Abs. 1 ZPO). Es ist davon auszugehen, dass die Verfügungsklägerin dann sogleich denjenigen Vortrag gehalten und glaubhaft gemacht hätte, den sie mit der Beschwerdeschrift hierzu nachgeholt hat einschließlich der Vorlage der eidesstattlichen Versicherung vom 28.05.08, welche die Glaubhaftmachung beinhaltet. Aus derartigen Gründen berücksichtigungsfähiger ergänzender Vortrag kann auch noch im Beschwerderechtszug gehalten werden, § 571 II ZPO.

4. Zwar trifft der Vortrag der Verfügungsbeklagten zu, das Abmahnschreiben vom 03.03.08 (AS4) sei insoweit inhaltlich falsch gewesen, als sich die Verfügungsklägerin darin als Eigentümerin der Marke „Kosima-Haus“ geriert hat. Die Verfügungsklägerin hätte schon in ihrem Abmahnschreiben darlegen müssen, Lizenznehmerin der Marke zu sein. Da dies unterblieben ist, konnte die Verfügungsbeklagte durchaus annehmen, von einem nicht aktiv legitimierten Anspruchsteller und damit zu Unrecht in Anspruch genommen worden zu sein.

Auch können unzureichende Abmahnungen im anschließenden Prozess bei sofort vorgenommener Unterwerfung auch im Rahmen einer Kostenentscheidung nach § 91a ZPO zur Berücksichtigung des Rechtsgedanken des § 93 ZPO mit der Wirkung führen, dass der Klägersseite die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen sind (Ahrens/Deutsch, Der Wettbewerbsprozess, 5. Auflage, Kapitel 1 Rdnr. 29, 33 ff).

Dass im vorliegenden Falle der Rechtsgedanke des § 93 gleichwohl nicht zum Tragen kommt, beruht auf folgender Erwägung:

Mit Schreiben vom 07.03.08 lehnte die Verfügungsbeklagte die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung nicht nur mangels Aktivlegitimation der Verfügungsklägerin ab, sondern auch weil sachlich keine Markenrechtsverletzung vorliege. Dies traf - wie noch darzulegen sein wird - jedoch nicht zu. Angesichts dessen durfte die Verfügungsklägerin trotz ihrer unzutreffenden Angaben zur Frage der Inhaberschaft der Marke davon ausgehen, sie werde ihren Unterlassungsanspruch selbst bei Richtigstellung des Vortrages zur

Aktivlegitimation nicht ohne gerichtliche Hilfe durchsetzen können (vgl. dazu Ahrens/Deutsch aaO; Scheller/Herget, ZPO, 26. Auflage, § 93 Rdnr. 3 m.w.N.)

5. Der Verfügungsanspruch der Verfügungsklägerin ergab sich aus § 14 Abs. 2, 5, 15 Abs. 2, Abs. 4 MarkenG. Denn die Verwendung des Kennzeichens „Kosima-Haus“ als Adword durch die Verfügungsbeklagte verletzte Markenrechte der Verfügungsklägerin, die ausschließliche Lizenznehmerin der von ihrem Geschäftsführer gehaltenen eingetragenen Wortmarke „KosimaJHaus“ ist.

Der Senat hält an seiner hiezu ergangenen Rechtssprechung fest (GRUR RR 2007, 71 - Jette; ebenso OLG Dresden CR 2007, 738; OLG München MMR 2008, 334). Hiernach hat die Verfügungsbeklagte das zu Gunsten der Verfügungsklägerin geschützte Kennzeichen „Kosima-Haus“ markenmäßig benutzt, nämlich zur Unterscheidung der in Frage stehenden Waren bzw. Dienstleistungen von denen anderer Unternehmen. Durch die Nutzung als Adword ist die Suchmaschine Google dazu veranlasst worden, bei Eingabe des Suchbegriffs durch den Internetnutzer die Werbung der Verfügungsbeklagten neben der Trefferliste anzuzeigen, obwohl das Wortzeichen, welches den Treffer auslöste, als Marke einem anderen Inhaber zugeordnet ist. Die Verfügungsbeklagte machte sich auf diese Weise die von der Verfügungsklägerin aufgebaute Kraft der Marke zu nutze, weil die für Marken spezifische Lotsenfunktion gerade darin besteht, in einem großen Angebot gezielt zu den eigenen Waren bzw. Dienstleistungen hinzulenken.

Dies gilt ungeachtet des Umstandes, dass die Verfügungsbeklagte den Begriff „Kosima-Haus“ nicht eigenhändig als Keyword definiert hatte, denn indem die Verfügungsbeklagte die von Google vorgehaltene Standardoption „weitgehend passende Keywords“ gewählt hat, hat sie der Suchmaschine die Suche nach dem eingegebenen Keyword „Haus“ ähnlichen Begriffen und somit auch nach der Marke der Verfügungsklägerin freigegeben. Dies bestreitet die Verfügungsbeklagte zwar; das Bestreiten ist jedoch unwirksam, denn die Verfügungsbeklagte hat selber eine E-mail von Google am 11.03.08 (B3) vorgelegt, aus welcher sich ergibt, dass im Konto der Verfügungsbeklagten bei

Google die Option „weitgehend passende Keywords" gewählt war. Die Verfügungsbeklagte hat sich insoweit selbst widerlegt.

Es bestand auch Verwechslungsgefahr. Die Beurteilung dieser Frage hat dabei anzusetzen, welche Vorstellungen der Verbraucher bei Eingabe des konkreten Zeichens und angesichts der ihm sodann gezeigten Trefferliste hat (Senat a.a.O.) Bei dem für die Klagemarke prägenden Kennzeichenbestandteil „Kositna" handelt es sich um eine typische Markenbezeichnung, die keinen beschreibenden Inhalt erkennen lässt. Die Bezeichnung ist im Zusammenhang mit Bauleistungen ohne weiteres geeignet, eine darunter angebotene Leistung von dem Angebot eines anderen Unternehmers zu unterscheiden und muss daher vom Verkehr als Herkunftshinweis verstanden werden. Die Klagemarke ist somit durchaus kennzeichnungskräftig. Sie wurde von der Verfügungsbeklagten über Vermittlung der automatischen Funktion von Google nahezu identisch verwendet und zwar für die selben Dienstleistungen, die auch die Verfügungsklägerin feil hält und für die die Marke geschützt ist. Ohne Belang hierbei ist, dass die Verfügungsbeklagte andere Haustypen als die Verfügungsklägerin anbietet; denn unstreitig sind beide Parteien zumindest auch im Einfamilienhausmarkt und damit auf dem selben Sektor tätig.

Der Senat vermag der Rechtssprechung einiger anderer Oberlandesgerichte nicht zu folgen, welche entweder eine markenmäßige Nutzung oder auch eine Verwechslungsgefahr in den Adword-Fällen aus letztlich ähnlichen Erwägungen in Abrede nehmen (OLG Düsseldorf 23.01.07 - 20 U 79/06 ; OLG Frankfurt am Main WRP 2008, 830; OLG Köln vom 31.08.07 - 6 U 48/07). Diese Rechtsprechung stellt darauf ab, der durchschnittliche Internetnutzer und damit der maßgebliche Verkehrskreis differenziere zwischen den angezeigten Suchergebnissen bei Google einerseits und den hiervon räumlich und/oder farblich getrennten Werbepattformen; der Verkehr gehe deshalb nicht davon aus, der Anzeigeteil habe irgendeinen markenmäßigen Zusammenhang mit den Unternehmen, zu denen über die Trefferliste geführt wird.

Hierbei wird zum einen verkannt, dass nach der Rechtssprechung des Bundesgerichtshofes (WRP 2006, 1513 - Impuls) für den markenrechtlichen

Unterlassungsanspruch schon die Gefahr ausreicht, dass der Internetnutzer das Angebot aufgrund der Kurzhinweise mit dem Angebot des Markeninhabers verwechselt und sich näher mit ihm befasst. Dies begründet Verwechslungsgefahr, ohne das es darauf ankommt, ob ein Irrtum bei einer näheren Befassung mit der Internetseite des Beklagten wieder ausgeräumt wird. Davon ist auch im vorliegenden Falle auszugehen. Zum einen beinhaltet der Kurzhinweis in der Anzeige der Verfügungsbeklagten einen Hinweis auf Häuser, also auf dieselben Dienstleistungen, wie sie die Verfügungsklägerin anbietet. Durch das identischen Leistungsangebot ist allein schon für sich genommen eine Verwechslungsgefahr gegeben. Hierbei spielt es keine Rolle, ob sich das Angebot in der Trefferliste oder aber in der Anzeigenrubrik befindet. Denn dem durchschnittlichen Internetnutzer kommt es nicht darauf an, in welcher der beiden Rubriken er seine Suche im Weiteren fortführt. Ihm ist allein daran gelegen, Suchergebnissen nachzugehen, die seine auf eine bestimmte Marke gerichteten Suchinteressen sachlich zu befriedigen vermögen. Dies können durchaus auch solche Suchergebnisse sein, welche nur in einem weiteren unternehmerischen Zusammenhang mit dem Kennzeichen stehen, dass die Suche ausgelöst hat. Solche Zusammenhänge können in einer wie auch immer gearteten Zusammenarbeit zwischen Unternehmen zu suchen sein, sei es in kaufmännischer, planerischer, gesellschaftsrechtlicher oder vertrieblicher Hinsicht (vgl. dazu BGH GRUR 2002, 898 - Defacto). Dass solche Zusammenhänge auch im Rahmen einer Internetrecherche anzutreffen sind, liegt nicht fern. Denn der Internetnutzer ist es zwar gewohnt, bei der Suche nach generischen Begriffen wie etwa „Haus“ auf allerlei gesponserte Treffer in der Werberubrik bei Google zu stoßen und weiß dies auch. Anders hingegen liegt es bei der gezielten Suche nach Unternehmenskennzeichen oder sonstigen Marken. Hier trifft der Internetnutzer nur höchst selten auf Werbeanzeigen; geschieht dies ausnahmsweise doch einmal, liegt für ihn die Vermutung nahe, zwischen den Treffern in der Trefferliste und denjenigen in den Anzeigenrubriken bestehe zumindest ein Zusammenhang im dargelegten weiteren Sinne. Wer zum Beispiel nach „Volkswagen“ sucht, wird nicht erwarten, in der Anzeigenrubrik auf „Ford“, „BMW“ oder „Opel“ zu treffen sondern allenfalls auf Vertragshändler oder Werkstätten, in welchem Produkte von Volkswagen verkauft oder gewartet werden.

6. Anhaltspunkte dafür, dass sich die Verfügungsbeklagte auf eine privilegierte Nennung des fremden Kennzeichens berufen könnte (§ 23 Nr2 MarkenG), liegen nicht vor (vgl dazu Bundesgerichtshof WRP 2006, 1513 - Impuls).

7. Die Verfügungsbeklagte haftet jedenfalls wegen täterschaftlicher Begehung der Markenverletzung. Denn infolge des Abmahnschreibens der Verfügungsklägerin war ihr die Markenverletzung bekannt. Gleichwohl hat sie auch nach Ablauf der ihr mit dem Abmahnschreiben bis zum 07.03.08 gesetzten Frist zunächst nichts unternommen, um weitere Markenrechtsverletzungen zu vermeiden, beispielsweise durch Buchung der Bezeichnung „Kosima-Haus“ als ausschließendes Keyword bei Google. In einer derartigen Fallkonstellation ist die Unterlassungshaftung zweifellos gegeben. Es kann deshalb dahinstehen, ob - wozu der Senat neigt -eine Verantwortlichkeit der Verfügungsbeklagten als Störerin schon deshalb anzunehmen war, weil sie bei Google die Option „weitgehend passende Keywords“ gewählt hat, die per se mit der Gefahr einer Verletzung fremder Markenrechten verbunden war. Die Wahl der Optionen „genau passende Keywords“ oder „passende Wortgruppe“ hätte jene Gefahr von vornherein ausgeschlossen (so OLG Stuttgart v. 9.8.2007 - 2 U 23/07 - zitiert nach juris).

8. Für die Kostenentscheidung im Ergebnis unmaßgeblich ist der Umstand, dass der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung insoweit keine Aussicht auf Erfolg hatte, als die Verfügungskläger auch das Verbot erwirken wollte, die Bezeichnung „Kosima-Haus“ als Adword zu schalten und nicht nur schalten zu lassen. Zwar hat die Verfügungsbeklagte dieses Adword niemals geschaltet, so dass insoweit keine Begehungs- oder Wiederholungsgefahr bestand. Indessen wäre das daraus folgende Teilunterliegen der Verfügungsklägerin so geringfügig gewesen, dass es sich kostenmäßig nicht ausgewirkt hätte. (§ 92 II ZPO).

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Zulassung der Rechtsbeschwerde kam aus Rechtsgründen nicht in Betracht (§ 574 Abs. I Satz 2, 542 II Satz 1 ZPO).

Der Wert ist nach dem Kosteninteresse der Parteien bemessen worden.

(Dr. Matthies)

(Dr. Weber-Petras)

(Dr. Redant)