

OLG Braunschweig
16.12.2008
2 U 138/08

Der Senat vermag der Rechtsprechung einiger anderer OLG nicht zu folgen, welche entweder eine markenmäßige Nutzung oder auch eine Verwechslungsgefahr in den Adword-Fällen aus letztlich ähnlichen Erwägungen in Abrede nehmen. 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 Werbeplattformen; der Verkehr gehe deshalb nicht davon aus, der Anzeigenteil habe irgendeinen markenmäßigen Zusammenhang mit den Unternehmen, zu denen über die Trefferliste geführt wird.

LG Braunschweig, Urt. v. 8.10.2008 - 9 O 380/08

Auf die Berufung der Verfügungsklägerin wird das Urteil des LG Braunschweig vom 8.10.2008 - 9 O 380/08 - abgeändert.

Der Verfügungsbeklagten wird im Wege einstweiliger Verfügung untersagt, im geschäftlichen Verkehr in der Bundesrepublik Deutschland die Bezeichnung "K-Haus" als Keyword in Google-AdWord-Anzeigen für neu zu bauende Häuser mit dem Verweis auf ihre Internetportale, insbesondere auf die Seite www.s-bau.de schalten zu lassen, die neben den Suchergebnissen von Google erscheint, wenn in die Suchanfrage der Suchbegriff "K-Haus" eingegeben wird.

Für jeden Fall der schuldhaften Zuwiderhandlung wird der Verfügungsbeklagten Ordnungshaft von bis zu sechs Monaten oder ein Ordnungsgeld von bis zu 250.000 EU angedroht; an die Stelle des Ordnungsgeldes tritt bei Nichtbeitragsbarkeit Ordnungshaft. Ordnungshaft ist zu vollziehen an dem jeweiligen Geschäftsführer der Verfügungsbeklagten.

Die Kosten des Verfahrens beider Instanzen fallen der Verfügungsbeklagten zur Last.

Berufungsstreitwert: 25.000 €.

Gründe:

I.

Die Verfügungsklägerin hat die Verfügungsbeklagte im Wege einer einstweiligen Verfügung auf Unterlassung der Verwendung der Bezeichnung "K-Haus" als Google-Adword in Anspruch genommen. Beide Parteien erbringen Hausbauleistungen. Die Klägerin bewirbt ihre Angebote im Internet unter www.K-haus.de, die Verfügungsbeklagte unter.

Der Geschäftsführer der Verfügungsklägerin H. ist Inhaber der unter der Nr. 3 eingetragenen Wortmarke "K-Haus" für die Klasse 37 (Bauwesen). Er hat die Nutzung dieser Marke der Verfügungsklägerin gestattet.

Die Verfügungsklägerin hat behauptet, dass bei Eingabe des Suchbegriffs "K-Haus" in der Suchleiste von Google rechts neben der Trefferliste unter der Überschrift "Anzeigen" in einer gesonderten Trefferliste Anfang des Jahres 2008 u.a. hingewiesen worden sei auf:

"Bauen und Planen

Individuelle Traumhäuser online planen. Online-Planungsassistent. www.s-bau.de".

Die Verfügungsklägerin sieht hierin eine Markenrechtsverletzung und forderte die Verfügungsbeklagte unter dem 9.1.2008 mit Fristsetzung auf den 18.1.2008 zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auf. Dem kam die Verfügungsbeklagte nicht nach.

Die Verfügungsklägerin beantragte daraufhin mit Schriftsatz vom 6.2.2008 eine einstweilige Verfügung mit dem jetzt tenorisierten Ziel. Die 9. Zivilkammer des LG Braunschweig erließ unter dem 12.2.2008 die beantragte einstweilige Verfügung im Beschlussverfahren.

Hiergegen erhob die Verfügungsbeklagte Widerspruch. Sie hat eine Markenrechtsverletzung durch unstrittige Buchung der Google-Option "weitgehend passende Keywords" in Abrede genommen. Ferner hat sie behauptet, am 14.1.2008 den Begriff "K" als ausschließendes Keyword gebucht zu haben.

Das LG hat durch das angegriffene Urteil die einstweilige Verfügung aufgehoben und den Antrag auf ihren Erlass zurück gewiesen. Zur Begründung hat das LG ausgeführt:

Ein Verfügungsgrund sei wegen Dringlichkeit gegeben. Die Verfügungsklägerin habe das Verfahren nicht dringlichkeitsschädlich verzögert.

Die Hauptsacheklage, deren Erhebung der Verfügungsklägerin auf Antrag der Verfügungsbeklagten aufgegeben war, sei rechtzeitig erhoben worden.

Ein Verfügungsanspruch sei allerdings nicht glaubhaft gemacht. Zwar sei die Verfügungsklägerin kraft Lizenzerteilung aktiv legitimiert. Auch sei die Klagemarke "K-Haus" schutzfähig. Deren für den 9.1.2008 glaubhaft gemachte Verwendung als Keyword im Rahmen einer AdWord-Kampagne verletze grundsätzlich Markenrechte, weil hierdurch eine Verwechslungsgefahr zwischen den Produkten der Parteien hervorgerufen werde. Allerdings sei die Verantwortlichkeit der Verfügungsbeklagten dafür nicht glaubhaft gemacht, denn es sei nicht dargetan, dass die Verfügungsbeklagte die Klagemarke gezielt als Keyword verwendet habe oder ihr von Google in der Vorschlagsliste der Keywords angezeigt worden sei. Da die Verfügungsbeklagte glaubhaft gemacht habe, am 14.1.2008 und damit innerhalb der ihr durch die Abmahnung gesetzten Frist den Begriff "K" als ausschließendes Keyword gebucht zu haben, könne auch nicht von einer Verletzung von Handlungs- und Prüfungspflichten nach Bekanntwerden der Rechtsverletzung ausgegangen werden.

Die Verfügungsklägerin hat gegen dieses Urteil rechtzeitig Berufung eingelegt und diese zugleich begründet. Sie ist der Auffassung, bereits durch Buchung der Option "weitgehend passende Keywords" habe die Verfügungsbeklagte eine Erstbegehungsgefahr für eine Verletzung der Markenrechte der Verfügungsklägerin hervorgerufen; diese sei u.a. durch Wahl der Google-Option "genau passende Keywords" auszuschließen gewesen. Auch sei die Verfügungsbeklagte gehalten gewesen, exakt den Suchbegriff "K-Haus" als ausschließendes Keyword einzugeben, um eine Wiederholungsgefahr zu vermeiden.

Die Verfügungsklägerin beantragt,

wie erkannt.

Die Verfügungsbeklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil.

II.

Die zulässige Berufung ist begründet.

Den ansonsten zutreffenden Ausführungen des LG, auf die Bezug genommen wird, kann nämlich nicht gefolgt werden, soweit das LG die Verantwortlichkeit der Beklagten für die Markenrechtsverletzung in Abrede nimmt. Die Ausführungen des LG zu dieser Frage erschöpfen den Streitstand nicht. Die Klägerin macht nämlich zu Recht geltend, es sei bereits von einer von der Beklagten zu verantwortenden Erstbegehungsgefahr auszugehen. Im Einzelnen:

1. Der Verfügungsanspruch der Verfügungsklägerin ergibt sich aus § 14 Abs. 2, 5, 15 Abs. 2, Abs. 4 MarkenG. Denn die Verwendung des Kennzeichens "K-Haus" als Adword durch die Verfügungsbeklagte verletzt Markenrechte der Verfügungsklägerin, die ausschließliche Lizenznehmerin der von ihrem Geschäftsführer gehaltenen eingetragenen Wortmarke "K-Haus" ist.

Der Senat hält an seiner hiezu ergangenen Rechtsprechung fest (GRUR RR 2007, 71 - Jette; ebenso OLG Dresden CR 2007, 738; OLG München v. 6.12.2007 - 29 U 4013/07, CR 2008, 590 = OLGReport München 2008, 612 = MMR 2008, 334). Hiernach hat die Verfügungsbeklagte das zugunsten der Verfügungsklägerin geschützte Kennzeichen "K-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 zunutze, 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 "K-Haus" nicht eigenhändig als Keyword definiert hat, 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. Die Verwendung des Keywords "Haus" als rein beschreibendem Begriff stand der Verfügungsklägerin naturgemäß frei. Allerdings hat sie sich nicht darauf beschränkt sondern der Suchmaschine ermöglicht, nicht nur danach sondern auch nach verwandten, möglicherweise die Markenrechte Dritter tangierenden Begriffen zu suchen.

Es besteht 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 "K" 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 Unternehmens 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.

Der Senat vermag der Rechtsprechung einiger anderer OLG 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 23.1.2007 - 20 U 79/06, zitiert nach Juris; OLG Frankfurt v. 26.2.2008 - 6 W 17/08, OLGReport Frankfurt 2008, 430 = WRP 2008, 830; OLG Köln vom 31.8.2007 - 6 U 48/07, OLGReport Köln 2008, 432 = zitiert nach Juris). 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 Anzeigenteil habe irgendeinen markenmäßigen Zusammenhang mit den Unternehmen, zu denen über die Trefferliste geführt wird.

Hierbei wird zum einen verkannt, dass nach der Rechtsprechung des BGH (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 dass 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 Anzeigerubrik 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, das 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 z.B. 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.

Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Internetnutzer, der nach einer neben kennzeichnungskräftigen auch generische, beschreibende Wortbestandteile beinhaltenden Marke - wie im vorliegenden Fall - sucht, anders als bei kompletten Fantasiebezeichnungen ohne weiteres davon ausgehe, in der Trefferliste allerlei Anzeigen auch ohne Bezug zu der Marke vorzufinden. Der Internetnutzer, der allgemeine und breit gefächerte Informationen wünscht und deswegen jedweden Treffer erwartet, wird mit Hilfe beschreibender Begriffe suchen. Sucht er hingegen nach welcher Marke auch immer, will er auch nur diese angezeigt bekommen und erwartet auch nichts anderes.

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

3. Die Verfügungsbeklagte ist als Störerin und auch als Täterin für die Markenrechtsverletzung verantwortlich und schon deshalb unterlassungspflichtig, 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" hätte jene Gefahr von vornherein ausgeschlossen. Denn die Suchmaschine hätte dann lediglich nach Treffern gesucht, die den Suchbegriff in exakt der eingegeben Schreibweise beinhalten. Die Wortkombination "K-Haus" wäre dann nicht angezeigt worden. Der Verfügungsbeklagten war dies unstrittig technisch ohne weiteres möglich, durch die Erläuterungen bei Google-AdWords erkennbar und sachlich auch zumutbar. Der Senat teilt insoweit die strenge Auffassung des OLG Stuttgart (WRP 2007, 1265).

Das LG hebt dem gegenüber auf diejenigen Verkehrspflichten ab, die für die Betreiber von Internetplattformen entwickelt worden sind (vgl. dazu BGHZ 177, 183 - Jugendgefährdende Medien bei

eBay). Diese Pflichten betreffen jedoch die Verantwortlichkeit für das Handeln Dritter, im konkreten Fall die Haftung des Betreibers einer Internetplattform für wettbewerbswidrige Anzeigen eines Dritten. Darum geht es im vorliegenden Fall nicht. Hier fällt das verletzungsrelevante Verhalten der Verfügungsbeklagten selbst zu Last. Sie hat in die Markenrechte der Verfügungsklägerin rechtswidrig handelnd selbst und unmittelbar eingegriffen, indem sie sich der diese Gefahr bergenden Funktion "weitgehend passende Keywords" bedient hat. Damit ist sie als Störerin anzusehen. Weil die Markenrechtsverletzung darüber hinaus für die Verfügungsbeklagte vorhersehbar und vermeidbar war, ist sie daneben aber auch als rechtswidrig und schuldhaft handelnde Täterin verantwortlich.

Was die Frage der Zumutbarkeit angeht, so wäre der Verfügungsbeklagten bei der Wahl einer anderen als der automatischen Einstellung von Google praktisch kein zusätzlicher Arbeitsaufwand entstanden, weil sie mit einem einzigen Klick die davon abweichende Wahl "genau passender Keywords" hätte bewirken können. Die Option "genau passende Keywords" ist freilich enger als diejenige der "weitgehend passenden Keywords". Dies ist für den Anzeigenden mit dem Nachteil verbunden, dass sich die Anzahl der Klicks reduzieren wird, der Werbeeffect wird eingeschränkt, es können nicht alle von Google angebotenen Möglichkeiten genutzt werden. Das muss aber hinnehmen, wer anderenfalls die Gefahr hervorruft, fremde Rechte zu verletzen. Denn der Schutz absoluter Rechte setzt den Vermarktungsinteressen Dritter eine natürliche Grenze. In diesem Zusammenhang ist auch zu bedenken, dass die Gefahr gleichsam automatisiert bewirkter Markenverletzung bei sehr allgemein gehaltenen, generischen Suchbegriffen wie etwa "Haus" recht groß ist, weil anzunehmen ist, dass es nicht wenige geschützte Marken gibt, die diesen generischen Begriff als einen von mehreren Bestandteilen enthalten. Eine gewichtige Verletzungsgefahr begründet erhöhte Vorsicht. Soweit schließlich Google nach der Anzahl der Klicks für AdWords vergütet wird, ist dies kein in diesem Zusammenhang relevantes Interesse, zumal auch Google davon profitiert, dass die Anzahl der vergütungspflichtigen Klicks bei Inkaufnahme der Gefahr der Verletzung fremder Marke ansteigt.

4. Da die Vorgehensweise der Verfügungsbeklagten - wie dargelegt - von Beginn an mit der erheblichen und pflichtwidrig gesetzten Gefahr der Verletzung fremder Markenrechte verbunden war, bestand seit der Buchung der AdWord-Kampagne mit der Option "weitgehend passende Keywords" eine ernstliche und unmittelbar bevorstehende Erstbegehungsgefahr, dass sich diese Gefahr realisieren könnte (vgl. dazu BGH v. 12.7.2007 - I ZR 18/04, BGHZ 173, 188 = BGHReport 2007, 1043 m. Anm. Rössel = CR 2007, 729 m. Anm. Härtig = MDR 2008, 97 - Jugendgefährdende Medien bei eBay).

Tatsächlich ist dies auch bereits der Fall gewesen. Denn die Verfügungsklägerin hat durch Vorlage eines Screenshots und anwaltliche Versicherung ihres Verfahrensbevollmächtigten hinreichend glaubhaft gemacht, dass bei Eingabe ihrer Marke bei Google am 9.1.2008 neben der Trefferliste die Anzeige der Verfügungsbeklagten erschienen ist. Dies gilt ungeachtet des Umstandes, dass ausweislich der für den Zeitraum Dezember 2007 vorgelegten Keyword-Liste (Anlage AS 5) weder "K" noch "K-Haus" als Keyword aktiv waren. Denn in dem ebenfalls als Anlage AS 5 vorgelegten Schreiben von Google vom 18.1.2008 heißt es: "Ihre Anzeige kann danach u.U. bei der Suche nach "K" auf Google. de gezeigt worden sein, da durch unsere Funktion der "weitgehend passenden Keywords" Anzeigen mit ähnlichen Keywords evtl. geschaltet werden, auch wenn diese den genauen Suchbegriff nicht als Keyword bei Google AdWords direkt gebucht haben". Dies lässt die Möglichkeit offen, dass Google automatisch die Suche auch nach solchen Begriffen zulässt, die nicht in der Keywordliste auftauchen.

Die insoweit begründete Begehungsgefahr konnte nur durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung und nicht bereits durch die bewirkte Modifikation der Kampagne beseitigt werden.

5. Die Ordnungsmittellandrohung beruht auf § 890 Abs. 2 ZPO.

6. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO

7. Eines Ausspruches über die Vollstreckbarkeit bedurfte es nicht, weil Arreste und einstweilige Verfügungen aus sich heraus sofort vollstreckbar sind (Zöller/Vollkommer, ZPO, 27. Aufl., § 929 Rz. 1).

8. Die Revision konnte aus Rechtsgründen nicht zugelassen werden, § 542 Abs. 2 ZPO.

9. Die Wertfestsetzung beruht auf § 51 Abs. 1 GKG.