
Datum: 12.10.2007
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 76/07
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2007:1012.6U76.07.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 31 O 950/06
Normen: MarkenG §§ 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 6 und 7; 15 Abs. 2, 5 und 6;
UWG §§ 4 Nr. 10, 8 Abs. 2, 12 Abs. 1 S. 2; BGB §§ 257 S. 1, 670,
678, 683 S. 1, 823 Abs. 1

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 29.03.2007 verkündete Urteil des Landgerichts Köln – 31 O 950/06 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Beklagte zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagten kann die Vollstreckung seitens der Klägerin Prozessgegnerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

1

2

I.

Die als Anbieter von Sicht-, Licht- und Sonnenschutzanlagen miteinander konkurrierenden Parteien streiten um die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten wegen wechselseitiger Abmahnung von Werbemaßnahmen über die Internet-Suchmaschine "Google". Das Landgericht, auf dessen Urteil wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes und seiner rechtlichen Bewertung durch die Kammer Bezug genommen wird, hat die Beklagte zur Zahlung von 2.759,60 EUR verurteilt und ihr auf ihre Widerklage im Wege des Teilanerkenntnisurteils 1.379,80 EUR zuerkannt, die Widerklage in Höhe weiterer 5.510,13 EUR dagegen abgewiesen. Mit ihrer Berufung erstrebt die Beklagte die Abänderung des Urteils, soweit zu ihrem Nachteil erkannt worden ist, wobei sie den abgewiesenen Teil ihrer Widerklageforderung um darin enthaltene Mehrwertsteuerbeträge reduziert; für die Abmahnung vom 23.08.2006 verlangt sie (aus einem Gegenstandswert von 100.000,00 EUR) 1.780,20 EUR ./. 1.379,80 EUR = 400,40 EUR und für ihre beiden Schutzschriften vom 20.09.2006 je 2.079,70 EUR, insgesamt weitere 4.559,80 EUR nebst Zinsen. Die Beklagte rügt Verfahrensfehler und die Verletzung materiellen Rechts; auf ihr schriftsätzliches Vorbringen in der Berufungsbegründung und die protokollierten Erklärungen ihrer Prozessbevollmächtigten in der Berufungsverhandlung wird verwiesen. Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil. 3

II. 4

Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet. 5

1. Den mit der Klage geltend gemachten Anspruch auf Erstattung von Abmahnkosten in Höhe von 2.759,60 EUR hat das Landgericht auf der Grundlage der §§ 14 Abs. 6 und 7, 15 Abs. 5 und 6 MarkenG zu Recht bejaht. 6

a) Die von der Berufung vermisste Teilabweisung war nicht veranlasst, denn das Urteil entspricht dem nach Teilrücknahme gestellten Klageantrag. 7

b) Entgegen der Rüge der Berufung ist das Landgericht nicht über das Begehren der Klägerin hinausgegangen (§ 308 ZPO), indem es ihr eine nicht geltend gemachte Auslagenpauschale von 40,00 EUR zugesprochen hat. Wie sich aus der Berufungsbegründung selbst ergibt, war der Pauschalbetrag in der zuerkannten reduzierten Klageforderung enthalten. 8

c) Die Beklagte hält die Klage für unschlüssig, weil die Klägerin nicht dargelegt habe, dass sie die geltend gemachten Abmahnkosten an ihre Bevollmächtigten bereits bezahlt habe, so dass ihr allenfalls ein Freistellungsanspruch zustehen könne. Abgesehen davon, dass gemäß dieser Argumentation auch ihr eigenes Vorbringen zur Widerklage unschlüssig wäre, geht der Einwand fehl. Die Klägerin kann nach den unstreitigen Umständen Zahlung der erforderlichen Anwaltskosten an sich verlangen. 9

Der Anspruch auf Ersatz der durch eine wettbewerbsrechtliche Abmahnung verursachten Anwaltskosten mag gemäß dem Prinzip der Naturalherstellung (§ 249 Abs. 1 BGB; für den Aufwendungsersatz gemäß § 12 Abs. 1 S. 2 UWG, §§ 683 S. 1, 670 BGB ergibt sich dieses Prinzip aus § 257 S. 1 BGB, vgl. Staudinger / Bittner, BGB 2004, § 257, Rn. 7) vor Bezahlung der Kosten durch die Partei zunächst auf Befreiung (Freistellung) von der (Honorar-) Verbindlichkeit gerichtet sein (LG Karlsruhe, NJW 2006, 1526; Palandt / Heinrichs, BGB, 66. Aufl., § 250, Rn. 2; offengelassen für § 12 Abs. 2 S. 2 UWG von OLG München, OLGR 2007, 66 [67]). Damit der Befreiungsanspruch in einen Zahlungsanspruch übergeht, genügt es aber, wenn die Inanspruchnahme des Befreiungsgläubigers (der Partei) durch den Dritten (den 10

Rechtsanwalt) mit Sicherheit zu erwarten ist (RGZ 78, 26 [34]; Staudinger / Bittner, a.a.O., Rn. 8; MünchKomm / Krüger, BGB, 5. Aufl., § 257, Rn. 5). Auch kann der Befreiungsgläubiger sogleich (nicht erst im Vollstreckungsverfahren über § 887 Abs. 2 ZPO) die Zahlung des erforderlichen Geldbetrages an sich verlangen, wenn er dem Ersatzpflichtigen erfolglos eine Frist zur Freistellung nach § 250 BGB gesetzt hat (Palandt / Heinrichs, a.a.O., Vorb v § 249, Rn. 46; Bamberger / Roth / Grüneberg, BGB, 2003, § 249, Rn. 5; MünchKomm / Oetker, § 250, Rn. 3, 13). Dem steht es gleich, wenn der Ersatzpflichtige die geforderte Herstellung oder überhaupt jeden Schadensersatz ernsthaft und endgültig verweigert (st. Rspr.: BGH, NJW 2004, 1868 f. m.w.N.). So liegt es hier, denn dass die Beklagte den Kostenerstattungsanspruch der Klägerin keinesfalls erfüllen will, hat sie mehrfach bekundet.

d) Wie das Landgericht zu Recht angenommen hat, ist der Kostenerstattungsanspruch der Klägerin begründet, weil ihre (dem Klageanspruch nur noch zu Grunde liegende erste) Abmahnung (vom 08.09.2006) berechtigt war. Durch die Verwendung des Wortes "dekofactory" als "Google-Adword" in den beiden streitgegenständlichen Anzeigen (wiedergegeben auf den Seiten 4 und 5 der Klageschrift sowie als Anlagen K 3 und K 4) wurde die Klägerin von der Beklagten in ihren (Kennzeichen-) Rechten verletzt. 11

aa) Dies gilt unabhängig davon, ob beim sogenannten Keyword-Advertising eine rechtsverletzende markenmäßige Benutzung immer dann vorliegt, wenn ein mit einer Wortmarke oder einem Unternehmenskennzeichen (fast) identischer Begriff als für den Internetnutzer nicht sichtbares Keyword gebucht wird, um bei Eingabe eines entsprechenden (genau oder weitgehend passenden) Suchwortes mit der eigenen Anzeigenwerbung neben der von der Suchmaschine ausgegebenen Trefferliste platziert zu werden. Mit Urteil vom 31.08.2007 – 6 U 48/07 – hat der Senat zu dieser in der obergerichtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum kontrovers diskutierten Frage (vgl. neben den in dem genannten Urteil zitierten Stimmen neuerdings noch Hoffmann, NJW 2007, 2594 [2598 f.] m.w.N.) Stellung genommen und im Einzelnen erläutert, warum nach seiner Auffassung die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zur markenmäßigen Benutzung unsichtbarer sogenannter Metatags (GRUR 2007, 65 – Impuls; GRUR 2007, 784 – AIDOL) nicht ohne Weiteres auf nur für das Programm der Suchmaschine wahrnehmbare Adwords übertragbar sind. 12

Hierauf kommt es im Streitfall jedoch nicht an. Denn hier ergibt sich – wie schon vom Landgericht zutreffend hervorgehoben – die tatbestandliche Zeichenrechtsverletzung gemäß §§ 14 Abs. 2 Nr. 2, 15 Abs. 2 MarkenG ohne Rücksicht auf die besondere Adwords-Problematik bereits daraus, dass der Begriff "dekofactory" für jeden deutlich sichtbar in der Überschrift der beiden Anzeigen der Beklagten zur Bewerbung ihrer eigenen Produkte erschien. Die kennzeichenmäßige Benutzung des Wortes liegt dabei auf der Hand; die Einordnung in die Rubrik "Anzeigen" und der Link mit der Internetadresse der Beklagten ändert nichts an dem möglichen Verständnis des Begriffs im Sinne eines Herkunftshinweises, sondern bestätigen es. Dass die Verwendung des Wortzeichens (bei durchschnittlicher Kennzeichnungskraft, Branchenidentität und hoher Zeichenähnlichkeit) geeignet war, Verwechslungen mit der Wortmarke und dem geschützten Unternehmenskennzeichen der Klägerin hervorzurufen, bedarf keiner näheren Begründung und wird auch von der Berufung nicht ernstlich in Frage gestellt. 13

bb) Ohne Erfolg wendet sich die Berufung gegen die zutreffende Feststellung des Landgerichts, dass die Beklagte für das Erscheinen des Zeichens in der Überschrift ihrer beiden Anzeigen auch subjektiv verantwortlich ist. 14

Vorprozessual (auf Seite 7 ihrer Schutzschriften vom 20.09.2006) hatte die Beklagte erklärt, die von ihr beauftragte Werbeagentur habe bei der Verwendung des Adwords "dekofactory" in der Überschrift der Anzeige eigenmächtig gehandelt; im Berufungsrechtszug behauptet sie jetzt, die Anzeigenüberschriften würden automatisch vom Suchmaschinenbetreiber generiert und seien von ihr nicht beeinflussbar. Dieses Vorbringen begegnet prozessualen Bedenken aus § 138 Abs. 1 ZPO (nach der über die Funktion <http://adwords.google.de/support> einsehbaren Beschreibung des Werbeprogramms – vgl. dort besonders die Erläuterung "Schritt für Schritt" und Nr. 3 der "Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Google Werbevereinbarung" – gehört der Anzeigentext einschließlich seiner Überschrift zu den ausschließlich vom Werbekunden verantworteten, von ihm entweder selbst gestalteten oder wenigstens freigegebenen kreativen Inhalten der Adwords-Werbung) und § 531 Abs. 2 ZPO (das Vorbringen ist jedenfalls mit der ihm im Berufungsrechtszug unterlegten Bedeutung neu), ist aber schon materiellrechtlich nicht erheblich.

Denn die Beklagte haftet nicht nur für selbst begangene Kennzeichenrechtsverletzungen, sondern als Betriebsinhaber gemäß §§ 14 Abs. 7, 15 Abs. 6 MarkenG – ohne Exkulpationsmöglichkeit – auch für Beauftragte. Der Begriff des Beauftragten ist dabei wie in der Parallelnorm des § 8 Abs. 2 UWG (§ 13 Abs. 4 UWG a.F.) weit auszulegen (Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., § 14, Rn. 535; Ingerl / Rohnke, MarkenG, 2. Aufl., vor §§ 14-19, Rn. 25; Hefermehl / Köhler / Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl., § 8 UWG, Rn. 2.34, 2.42). Er umfasst eine Werbeagentur (BGHZ 124, 230 = GRUR 1994, 219 [220]) ebenso wie einen Zeitungsverleger, dem vom Anzeigenkunden ein Gestaltungsspielraum – etwa zusätzliche Dispositionen hinsichtlich Inhalt, Gestaltung und Zeitpunkt des Erscheinens der Anzeige – eingeräumt wird (vgl. BGH, GRUR 1990, 1039 [1040] – Anzeigenauftrag; Hefermehl / Köhler / Bornkamm, a.a.O., Rn. 2.45). Sollte daher die Beklagte der von ihr beauftragten Werbeagentur und / oder dem Suchmaschinenbetreiber Google die Gestaltung der Anzeigenüberschrift nicht vorgegeben, sondern einem oder beiden von ihnen insoweit freie Hand gelassen haben, würde sie für die Fahrlässigkeit dieser Beauftragten wie für eigenes Verschulden haften. Das gilt auch dann, wenn der Beauftragte auf der eigenschöpferischen Gestaltung der Anzeige besteht. 16

cc) Die nach alledem von der Beklagten zu vertretende Kennzeichenverletzung, die zur Abmahnung der Klägerin führte, war ursächlich für deren im Anfall der Anwaltskosten bestehenden Schaden, so dass offen bleiben kann, ob ihr auch ein verschuldensunabhängiger lauterkeitsrechtlicher Aufwendungsersatzanspruch aus § 12 Abs. 1 S. 2 UWG i.V.m. §§ 3, 4 Nr. 10, 8 Abs. 1 UWG zusteht. 17

2. Die Widerklage der Beklagten hat das Landgericht zu Recht bis auf den anerkannten Teilbetrag abgewiesen. 18

a) Die dem Grunde nach anerkannte Forderung der Beklagten auf Ersatz der Kosten ihrer Abmahnung vom 23.08.2006 (wegen Verwendung ihres Unternehmenskennzeichens als Metatag) rechtfertigt keine höhere Verurteilung der Klägerin. Der Gegenstandswert dieser Abmahnung war unter Würdigung aller Umstände nicht höher als derjenige der umgekehrten Abmahnung der Klägerin vom 08.09.2006, die einen weithin vergleichbaren Sachverhalt betraf. Auf den angeblich höheren Jahresumsatz der Beklagten kommt es nicht an, da sich die Auswirkungen des abgemahnten Rechtsverstoßes auf das jeweilige Unternehmen im Ergebnis nicht wesentlich unterscheiden; auch war das abgemahnte Verhalten der Klägerin nach Lage der Dinge keineswegs intensiver und gefährlicher als die kennzeichenrechtswidrige Werbung der Beklagten. Während die Bemessung des Werts beider Angelegenheiten mit je 50.000,00 EUR vertretbar erscheint, würde der von der 19

Beklagten abgemahnte frühere Vorfall mit einer doppelt so hohen Bewertung weit über Gebühr aufgewertet.

b) Materiellrechtliche Kostenerstattungsansprüche der Beklagten in Bezug auf die beiden Schutzschriften vom 20.08.2006 aus §§ 3, 4 Nr. 10, 9 UWG, §§ 280, 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB, § 678 BGB oder § 823 Abs. 1 BGB – die von ihr mangels Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens durch die Klägerin allein geltend gemacht werden können (vgl. Hefermehl / Köhler / Bornkamm, a.a.O., § 4 UWG, Rn. 10.168; § 12 UWG, Rn. 3.41; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl., Kap. 55, Rn. 55) – bestehen nicht. Denn die Klägerin hat die von den Prozessbevollmächtigten der Beklagten mit Einreichung der Schutzschriften verursachten Kosten unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu vertreten.

Da die Klägerin – aus den oben zu 1 d ausgeführten Gründen – zu ihrer Abmahnung vom 08.09.2006 berechtigt war, scheidet diese als Haftungsgrund aus. Die Annahme der Beklagten, die Klägerin könnte sie trotz der mit Faxschreiben vom 19.09.2006, 16:47 Uhr, mitgeteilten Unterlassungserklärung wegen Überschreitung der bis zum 19.09.2006, 12:00 Uhr, gesetzten Frist oder deshalb gerichtlich in Anspruch nehmen, weil der Inhalt ihrer Erklärung wegen der von der konkreten Verletzungsform abstrahierenden (also weiteren) Fassung vom Formulierungsvorschlag der Klägerin (zu deren Gunsten) abwich, rechtfertigt nicht die Abwälzung der Kosten einer erst am 20.09.2006 beim Landgericht Köln eingereichten Schutzschrift auf die Klägerin. Weder handelte es sich um eine zweckentsprechende Maßnahme der Rechtsverteidigung noch hatte die Klägerin (die nach der Unterlassungserklärung der Beklagten gerade keine mit dem Kostenwiderspruch angreifbare einstweilige Verfügung mehr erwirkt hat) dazu vertretbaren Anlass gegeben.

Erst recht bestand für die Beklagte kein Anlass, am 20.09.2006 bei demselben Gericht sogar zwei Schutzschriften – mit doppelten Kosten – einzureichen. Dies gilt auch in Ansehung der weiteren Abmahnung vom 14.09.2006 (deren Kosten die Klägerin nach ihrer erstinstanzlichen Teilrücknahme nicht mehr geltend macht). Die darin erhobene Beanstandung betraf im Kern dieselbe Rechtsverletzung wie die Abmahnung vom 08.09.2006 und wurde wie diese durch die nach beiden Abmahnungen – am 19.09.2006 – abgegebene strafbewehrte Unterlassungserklärung gegenstandslos, was die Prozessbevollmächtigten der Beklagten davon hätte abhalten können und müssen, durch die beiden Schutzschriften zusätzliche Kosten zu verursachen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, 711 ZPO. Das Urteil betrifft im Wesentlichen den tatrichterlichen Bereich, so dass kein gesetzlicher Grund besteht, die Revision zuzulassen (§ 543 Abs. 2 ZPO).

Berufungsstreitwert: 7.319,40 EUR