

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 247

Kontextsensitive Internetwerbung aus marken- und wettbewerbs- rechtlicher Sicht

Zur Haftung von Werbenden und Dienstbetreibern

Von

Max Höhne



Duncker & Humblot · Berlin

MAX HÖHNE

Kontextsensitive Internetwerbung aus marken-
und wettbewerbsrechtlicher Sicht

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 247

Kontextsensitive Internetwerbung aus marken- und wettbewerbs- rechtlicher Sicht

Zur Haftung von Werbenden und Dienstebetreibern

Von

Max Höhne



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen hat diese Arbeit
im Wintersemester 2012/2013 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-026X
ISBN 978-3-428-14122-7 (Print)
ISBN 978-3-428-54122-5 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84122-6 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2012/2013 von der Juristischen Fakultät der Universität Göttingen als Dissertation angenommen.

Rechtsprechung und Literatur konnten bis Oktober 2012 berücksichtigt werden.

Ich danke meinem Doktorvater Prof. Dr. Andreas Wiebe, LL.M., für die Betreuung der Arbeit und die Erstellung des Erstgutachtens sowie Herrn Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M., für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Besonderer Dank gilt meinen Eltern für die Unterstützung während des Studiums und während der Erstellung der Dissertation.

Hamburg, März 2013

Max Höhne

Inhaltsübersicht

Erstes Kapitel

Einleitung	25
A. Ziel der Arbeit	25
B. Gegenstand der rechtlichen Untersuchung	25
C. Gang der Bearbeitung	30
D. Einführung in die tatsächlichen Grundlagen	31

Zweites Kapitel

Der Suchmaschinennutzer und seine Wahrnehmung	54
A. Berücksichtigung der Person des Suchmaschinennutzers	54
B. Bisherige Studien zur Wahrnehmung von Suchergebnisseiten	54
C. Eigene Umfrage zum Nutzerverständnis von Suchergebnisseiten	56

Drittes Kapitel

Rechtliche Grundlagen	71
A. Zur Vorwegnahme der Grundlagen	71
B. Markenrecht	71
C. Das Verhältnis marken- und lauterkeitsrechtlicher Vorschriften	107
D. Lauterkeitsrecht	115

Viertes Kapitel

Rechtliche Würdigung des Keyword-Advertising	121
A. Markenrechtliche Betrachtung	121
B. Ergebnis der markenrechtlichen Betrachtung	346
C. Lauterkeitsrechtliche Betrachtung	347
D. Ergebnis der lauterkeitsrechtlichen Betrachtung	372

*Fünftes Kapitel***Rechtliche Würdigung weiterer Formen kontextsensitiver Werbung** 373

A. Content-Ads	373
B. E-Mail-Dienste	391
C. YouTube	393

*Sechstes Kapitel***Bewertung der Ergebnisse** 396

A. Resultat und Folgen der bisherigen Überlegungen	396
B. Zusammenfassung des aktuellen Stands	396
C. Überlegung: Welche Interessen kollidieren?	398
D. Interessenabwägung zu Bestand und Reichweite der Haftung	403
E. Interessenabwägung zum Adressaten der Haftung	406
F. Abgleich: Ist nach aktueller Rechtslage ein gerechter Ausgleich möglich?	408
G. Erlauben die Regelungen im MarkenG, UWG und TMG grundsätzlich einen gerechten Ausgleich?	413
H. Die europäischen Kommunikationsgrundrechte	416
I. Exkurs: Sekundäreffekte der Haftung von Suchmaschinen	417
J. Alternative Wege eines Ausgleichs der Interessen jenseits bestehender Regelungen	418
K. Schlusswort	429

*Siebttes Kapitel***Wesentliches Ergebnis der Arbeit** 431

Literaturverzeichnis	441
-----------------------------------	-----

Sachregister	459
---------------------------	-----

Inhaltsverzeichnis

Erstes Kapitel

Einleitung	25
A. Ziel der Arbeit	25
B. Gegenstand der rechtlichen Untersuchung	25
I. Zu Grunde gelegter Stand von Rechtsprechung und Literatur	25
II. Offene Fragen	27
III. Schwächen bisheriger Abhandlungen und Urteile	29
C. Gang der Bearbeitung	30
D. Einführung in die tatsächlichen Grundlagen	31
I. Gegenstand der Untersuchung in technischer Hinsicht	32
1. Wirtschaftliche Bedeutung der Internetwerbung	32
2. Was ist unter Keyword-Advertising und Content-Ads zu verstehen?	35
a) Begriffserklärung und Eigenart	35
b) Technische Erklärung und Funktionsbeschreibung	37
aa) Keyword-Advertising in der Grundform (nicht personalisiert)	37
(1) Die einzelnen Keyword-Optionen	39
(a) Genau passende Keywords	39
(b) Weitgehend passende Keywords	39
(c) Passende Wortgruppe	40
(d) Ausschließende Keywords	40
(2) Tools zur Unterstützung des Werbenden	41
(3) Anforderungen an Keywords und Werbeanzeige	41
bb) Keyword-Advertising und personalisierte Anzeigen	42
cc) Content-Ads	43
c) Abgrenzung zu ähnlichen Erscheinungsformen	43
aa) Bannerwerbung	43
bb) Suchmaschinenoptimierung	44
cc) Kauf von Suchworten	45
dd) Partnerprogramme	45
II. Beteiligte Parteien und widerstreitende Interessen aus wirtschaftlich-tatsächlicher Sicht	46
1. Suchmaschinenbetreiber	46

a) Bedeutung der Suchmaschinen	46
b) Funktionsweise von Suchmaschinen	47
c) Die wichtigsten Anbieter	48
d) Bedeutung von kontextsensitiver Werbung für den Suchmaschinenbetreiber	49
e) Strategien der Suchmaschinenbetreiber entsprechend nationaler Rechtsprechung	50
2. Werbender	51
3. Suchmaschinennutzer	52
4. Schutzrechtsinhaber	52

Zweites Kapitel

Der Suchmaschinennutzer und seine Wahrnehmung	54
A. Berücksichtigung der Person des Suchmaschinennutzers	54
B. Bisherige Studien zur Wahrnehmung von Suchergebnisseiten	54
C. Eigene Umfrage zum Nutzerverständnis von Suchergebnisseiten	56
I. Betrachtungsgegenstand und erstrebte Aussagen	56
II. Erhobene persönliche Daten	57
III. Fragen zu den Umständen der Internet- und Suchmaschinennutzung	57
IV. Fragen zur Kenntnis der Teilnehmer	58
V. Auswertung: Zusammensetzung der Befragten	59
VI. Auswertung: Suchmaschinenbenutzung	61
VII. Auswertung: Kenntnisse der Befragten	61
1. In Zahlen erfassbare Aussagen	61
a) Generierung von Gewinnen	61
b) Fähigkeit zur Unterscheidung von Suchergebnis und Werbung	62
c) Tatsächliche Vornahme einer solchen Unterscheidung	62
d) Beachtung des Anzeigelinks	63
e) Funktion des rechten Werbeblocks	63
f) Der Top-Ad-Bereich	64
g) Versehentliches Anklicken einer Werbeanzeige	65
2. Rückschlüsse aus frei formulierten Antworten	66
a) Mittel der Generierung von Gewinnen	66
b) Allgemeine Kenntnis über Werbung im Umfeld von Suchmaschinen	67
c) Erkennbarkeit von Werbung	67
d) Zusammenhang von Suchergebnis und Werbeblock	68
VIII. Ergebnis	69

Drittes Kapitel

Rechtliche Grundlagen 71

A. Zur Vorwegnahme der Grundlagen 71

B. Markenrecht 71

I.	Das allgemeine Erfordernis einer markenmäßigen Nutzung	72
1.	Stand der Diskussion vor der „L'Oréal“-Entscheidung	72
a)	Markenmäßige Nutzung erforderlich	72
aa)	Weite Auslegung	73
bb)	Enge Auslegung	74
b)	Kennzeichnende Benutzung ausreichend	75
c)	Keine markenmäßige Nutzung erforderlich	75
d)	Vermittelnde Ansicht des gespaltenen Nutzungsbegriffs	76
e)	Rechtsprechung des EuGH	76
2.	Ansätze seit der „L'Oréal“-Entscheidung	77
a)	Rechtsprechung des EuGH	78
aa)	Das „L'Oréal“-Urteil	78
bb)	Das „Google France“-Urteil	79
cc)	Die Urteile Bergspechte, Bananabay, Portakabin	79
dd)	Das Urteil Interflora	80
b)	Reaktionen der Literatur	81
aa)	Kritik an bzw. Ablehnung der Entscheidung „L'Oréal“	81
bb)	Zustimmung zu der Entscheidung „L'Oréal“	82
	(1) Ansicht, dass die Definition einer Markenmäßigkeit erweitert wurde	83
	(2) Ansicht, dass das TBM der Markenmäßigkeit abgeschafft wurde	84
c)	Einlenken des BGH in der „Opel-Blitz II“-Entscheidung?	85
d)	Stellungnahme	86
II.	Festlegung des Schutzbereichs der Verletzungstatbestände	89
III.	Deckungsgleichheit von Herkunftsfunktionsverletzung und Verwechslungsgefahr?	91
IV.	Die Funktionenlehre	93
1.	Allgemeine Fragen bezüglich der rechtlichen Markenfunktionen	93
2.	Die Funktionen im Einzelnen	95
a)	Die Herkunftsfunktion	96
b)	Die Qualitäts-, Garantie- oder Vertrauensfunktion	97
c)	Die Kommunikationsfunktion	99
d)	Die Investitionsfunktion	102
e)	Die Werbefunktion	104

f) Die Verbraucherschutzfunktion	105
g) Weitere Markenfunktionen	106
V. Ergebnis	107
C. Das Verhältnis marken- und lauterkeitsrechtlicher Vorschriften	107
I. Das allgemeine Verhältnis	108
II. Vergleichende Werbung als Sonderfall	109
1. Zulässige Werbevergleiche	110
2. Unzulässige Werbevergleiche	112
3. Ergebnis	112
III. Irreführung durch Marken – Das Verhältnis von § 5 Abs. 2 UWG zu § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG und § 4 Nr. 9a UWG	113
D. Lauterkeitsrecht	115
I. Tatbestandsvoraussetzungen der vergleichenden Werbung	115
II. Quasi-markenrechtlicher Schutz durch § 5 Abs. 2 UWG	117
1. Berücksichtigung markenrechtlicher Schranken?	118
2. Begriff der Verwechslungsgefahr	119
3. Ergebnis	120

Viertes Kapitel

Rechtliche Würdigung des Keyword-Advertising	121
A. Markenrechtliche Betrachtung	121
I. Schutzzinhalt der Kennzeichenrechte, §§ 14 Abs. 1; 15 Abs. 1 MarkenG ..	121
II. Kennzeichenschutz (§§ 4, 5 MarkenG) beim Keyword-Advertising	122
1. Entstehung von Markenschutz (§ 4 MarkenG)	122
2. Entstehung von Schutz für geschäftliche Bezeichnungen, § 5 MarkenG	124
III. Das Problem grenzüberschreitender Verletzungshandlungen	125
IV. Schutzzumfang der Kennzeichenrechte, §§ 14 Abs. 2; 15 Abs. 2, 3 MarkenG	127
V. Kennzeichenverletzung durch unmittelbare Täterschaft nach EuGH	128
1. Die Verletzungstatbestände des § 14 Abs. 2 MarkenG	128
2. Die relevante Handlung als Anknüpfungspunkt	130
3. Benutzung der Marke	131
a) Benutzung im geschäftlichen Verkehr und für eigene Waren oder Dienstleistungen	131
aa) Benutzung durch den Werbenden nach EuGH	132
bb) Benutzung durch den Suchmaschinenbetreiber nach EuGH ..	133
cc) Benutzung durch den Suchmaschinenbetreiber im Vergleich mit anderer Rechtsprechung	134
(1) Begründung durch die französische Rechtsprechung	135

(2) Begründung durch die US-amerikanische Rechtsprechung	136
(3) Stellungnahme	136
b) Benutzung für Waren oder Dienstleistungen (Sichtbarkeit der Verwendung)	137
aa) Sichtbare Verwendung weitgehend unproblematisch	137
bb) E. A.: Unsichtbare Benutzungshandlungen nicht erfasst	138
cc) A. A.: Unsichtbare Benutzungshandlungen erfasst	138
dd) Rechtsprechung des EuGH zur Benutzung für Waren oder Dienstleistungen	139
ee) Reaktionen auf die EuGH-Rechtsprechung zur Benutzung für Waren oder Dienstleistungen	139
ff) Stellungnahme	140
gg) Sonderfall: Das Markenwort wurde nicht eingegeben	141
c) Sonderfall: Keyword-Option „weitgehend passend“ und Zurechnung	142
aa) Entlastung des Werbenden	143
bb) Kein Einfluss auf die Haftung des Werbenden	145
cc) Belastung des Suchmaschinenbetreibers	147
dd) Zusammenschau der vorherigen Überlegungen	148
ee) Exkurs: Entschärfung durch technische Modifikation des Auswahlsystems	149
d) Sonderfall: Keyword-Tool (Vorschlag von Keywords)	149
e) Zwischenergebnis: Benutzung für Waren oder Dienstleistungen im geschäftlichen Verkehr nach bisheriger Rechtsprechung	150
4. Weitere Möglichkeiten einer Benutzung durch den Suchmaschinenbetreiber	151
5. Rechtsverletzung durch die Benutzung (§ 14 Abs. 2 MarkenG)	151
a) Verletzung der Herkunftsfunktion	152
aa) Stillschweigende Zustimmung	153
bb) Zwei-Stufen-Test nach Interflora	154
cc) Anforderungen an das Transparenzgebot nach Interflora	155
dd) Bewertungskriterien des EuGH zum Inhalt der Anzeige und fortführende Überlegungen	156
(1) Anzeige der fremden Marke	157
(2) Die Anzeige-URL	159
(3) Berücksichtigung des Inhalts der verlinkten Homepage	161
(4) Markeninhaber schaltet selbst Werbung	163
(5) Differenzierung nach Prominenz des Werbeplatzes	164
(6) Nutzerkenntnisse	165
(7) Berücksichtigung der natürlichen Suchergebnisse	165
(8) Anzahl der eingeblendeten Werbungen	166

(9) Trennung von Anzeige und Suchergebnis durch den EuGH nicht berücksichtigt	167
ee) Bewertungskriterium der Trennung und Markierung	168
ff) Sonderfall: Markenwort wurde nicht eingegeben	171
gg) Exkurs: mobile Endgeräte	172
hh) Exkurs: Technische Lösungsmöglichkeit (Angaben in der Wer- beanzeige)	173
ii) Sonderfall Täterschaft des Suchmaschinenbetreibers (Her- kunftsfunktion)	175
jj) Faktische Verletzung der Herkunftsfunktion ohne Benutzung des Zeichens	176
kk) Lösungsmöglichkeit auf technischem Wege (Angabe des Schlüsselworts)	177
b) Zwischenergebnis zur Verletzung der Herkunftsfunktion	178
c) Interessenabwägung innerhalb der Prüfung weiterer Markenfunk- tionen?	178
d) Verletzung der Werbefunktion	179
aa) Ansicht des EuGH	179
bb) Reaktionen aus der Literatur und Anmerkungen zur Ansicht des EuGH	180
(1) Kein prominenter Listenplatz	180
(2) (Zeitweise) kein Internetauftritt des Markeninhabers	181
(3) Marke wird zum generischen Begriff	183
(4) Probleme für den werbenden Dritten/Bloßes Erscheinen- können	184
(5) Ausreichen einer möglichen Beeinträchtigung	185
(6) Problem der Bestimmung einer Sichtbarkeit	186
cc) Sonderfall Keyword Option „weitgehend passend“	188
dd) Sonderfall Täterschaft des Suchmaschinenbetreibers (Werbe- funktion)	189
ee) Ergebnis und Stellungnahme	190
e) Verletzung der Vertrauensfunktion	190
f) Verletzung der Kommunikationsfunktion	191
aa) (Suchmaschinen-)werbung beeinträchtigt schon an sich Inte- ressen des Markeninhabers	191
bb) „Informationsbezogene Zuordnungsverwirrung“	192
cc) Sonderfall Keyword Option „weitgehend passend“	193
dd) Fazit	193
g) Verletzung der Investitionsfunktion	193
aa) Die Investitionsfunktion beim Keyword-Advertising nach In- terflora	194
bb) Eigene Überlegung	194

cc) Sonderfall Keyword Option „weitgehend passend“	196
h) Ergebnis zur Frage nach der Verletzung einer Markenfunktion	196
6. Die Erfüllung eines Verletzungstatbestands gem. § 14 Abs. 2 MarkenG	197
a) Doppelidentität, § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG	197
b) Verwechslungsgefahr, § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG	198
aa) Vorliegen einer Verwechslungsgefahr i. S. d. Vorschrift nach EuGH	198
bb) Bewertungskriterien in ausländischer Rechtsprechung	199
(1) Möglichkeit des schnellen Verlassens einer Seite	200
(2) Die Funktionsweise der spezifischen themenbezogenen Verbrauchersuche	201
(3) Inhalt von Suchmaschinen-Trefferseite und Anzeige	201
(4) Inhalt der verlinkten Seite	202
(5) Kenntnisse der Nutzer, insbesondere der Zielgruppe des Werbenden	203
(6) Die konkrete Verbrauchersituation des bewusst nach Mar- kenware Suchenden, der auf den Link eines (nichtautori- sierten) Weiterverkäufers stößt	204
(7) Dauer der Verwirrung	204
cc) Übertragbarkeit auf europäisches Recht und Kritik an der EuGH-Ansicht	205
dd) Ergebnis zum Vorliegen einer Verwechslungsgefahr	205
c) Bekanntheitsschutz, § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG	206
aa) Ausnutzung der Unterscheidungskraft	207
bb) Beeinträchtigung der Unterscheidungskraft	208
cc) Ausnutzung und Beeinträchtigung der Wertschätzung	210
dd) Nutzung ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise	212
(1) Lauterkeitsprüfung des EuGH nach Interflora	213
(2) Übergeordnete Rechtfertigungsgründe bei Unlauterkeit ...	214
7. Ergebnis für § 14 Abs. 2 MarkenG	216
8. Die Verletzungstatbestände des § 15 Abs. 2, 3 MarkenG	216
9. Vorliegen einer Rechtsverletzung nach § 15 Abs. 2, 3 MarkenG	217
VI. Reaktion der nationalen Rechtsprechung auf die Vorlagebeschlüsse	217
1. Entscheidung des ÖOGH (Bergspechte)	217
2. Anmerkungen zur Entscheidung des ÖOGH (Bergspechte)	218
3. Entscheidung der Cour de cassation	220
4. Entscheidungen des BGH (Bananabay II und Impuls II)	220
5. Anmerkung zu den Entscheidungen des BGH (Bananabay II und Im- puls II)	221
6. Folge der Entscheidungen und die zu erwartende Linie	223

VII. Deutsche instanzgerichtliche Rechtsprechung nach den EuGH-Entscheidungen	224
VIII. Schranken des markenrechtlichen Anspruchs	226
1. Bisherige Rechtsprechung	226
2. Beschreibende Angabe, § 23 Nr. 2 MarkenG	226
3. Hinweis auf den Verwendungszweck, § 23 Nr. 3 MarkenG	227
4. Unlauterkeitsvorbehalt des § 23 MarkenG	228
a) „Portakabin“-Entscheidung des EuGH	228
b) Weitere Kriterien	231
c) Allgemeine Interessenabwägung	231
d) Benutzung als Gattungsbezeichnung	232
5. Erschöpfung, § 24 Abs. 1 MarkenG	234
6. Berechtigter Grund des Markeninhabers, § 24 Abs. 2 MarkenG	235
a) „Portakabin“-Entscheidung des EuGH	235
aa) Das Interesse der Wirtschaftsteilnehmer und der Verbraucher	236
bb) Das Erfordernis einer transparenten Unterrichtung	237
cc) Angebot des Wiederverkäufers	237
b) Wertung und Ergebnis	238
7. Sonderfall vergleichende Werbung	239
IX. Zwischenergebnis: Die unmittelbare Markenverletzung durch Täterschaft	239
X. Haftung, insbesondere des Suchmaschinenbetreibers, nach nationalen Vorschriften	240
1. Die Störerhaftung und ihre Grundsätze nach der bisherigen BGH-Rechtsprechung	240
a) Art, Funktion und Folgen der Haftung	240
b) Die Störerhaftung im Immaterialgüterrecht	241
c) Prüfungspflicht	241
d) Zumutbarkeit der Prüfung	242
e) Nachhaltige Pflichtverletzung	243
2. Die Täterschaft auf Grund von Verkehrspflichtverletzung und ihre Grundsätze	243
3. Das im Immaterialgüterrecht anwendbare Haftungsinstitut	245
a) Für eine Beibehaltung der Störerhaftung im Immaterialgüterrecht	245
b) Für eine Aufgabe der Störerhaftung im Immaterialgüterrecht	246
aa) Allgemeine Unterscheidungskriterien	246
bb) Problem der besonderen Täterqualifikation	248
cc) Vergleich von Prüfungs- und Verkehrspflichten	249
c) Stellungnahme	250
d) Reaktion und Position der Folgerechtsprechung	251
4. Ausweitung von Täterschaft und Teilnahme in der Instanzrechtsprechung	251

5. Aktuelle Rechtsprechung zu Täterschaft und Störerhaftung	253
a) BGH-Rechtsprechung „Kinderhochstühle im Internet“ zu Täter und Störer	254
aa) (Mit)täterschaft	254
bb) Beihilfe zur Markenverletzung durch Unterlassen	255
cc) Zumutbarkeit und Softwarelösungen	255
dd) Anmerkung zur „Kinderhochstühle“-Entscheidung des BGH ..	257
b) EuGH: „L'Oréal/eBay“-Entscheidung als Prüfstein für die Störer- haftung	259
aa) Kenntnis	259
bb) Zumutbare Prüfpflichten	260
cc) Fazit	261
c) Reaktion des BGH: Stiftparfüm	261
aa) Hinweis und Beleg zur Auslösung der Prüfungspflicht	261
bb) Begehungsfahr	263
cc) Anmerkung zu BGH „Stiftparfüm“	263
d) EuGH: „SABAM“-Entscheidungen zu den Filterpflichten	265
aa) Allgemeine Überwachungspflicht	266
bb) Grundrechtsbetroffenheit	267
cc) Folge der „SABAM“-Rechtsprechung	268
6. Fazit der Grundsatzüberlegungen	270
7. Anwendung der Grundsätze auf Suchmaschinen und Keyword-Adver- tising	270
a) Täterschaft und Teilnahme beim Keyword-Advertising	270
b) Eigene Verantwortlichkeit des Markeninhabers bei der Verfolgung eigener Interessen	273
c) Störerhaftung beim Keyword-Advertising	274
aa) Vorabeschränkung durch das TMG	275
(1) Anwendbarkeit des TMG auf Kennzeichen	275
(2) Anwendbarkeit des TMG auf Suchmaschinen	275
(3) Anwendbarkeit der Haftungsprivilegierung auf Unterlas- sungsansprüche	277
(4) Prüfpflichten in Konflikt mit dem Verbot allgemeiner Überwachung	279
bb) Adäquat kausaler Beitrag zu einer Rechtsverletzung	281
cc) Reichweite (zumutbarer) Prüfpflichten	282
(1) Anforderungen an die Kenntnis des Diensteanbieters	283
(2) Pflichtumfang ab Kenntniserlangung	284
(3) Möglichkeit des Alternativverhaltens	286
dd) Bestimmung der Zumutbarkeit im engeren Sinne	286

(1) Rang der bedrohten Rechtsgüter und Schwere der Rechtsverletzung	287
(2) Gefahreröffnung und das Wesen des Geschäftsmodells ...	288
(3) Erkennbarkeit und Vorhersehbarkeit von Gefahren	289
(4) Verletzungsbeitrag	289
(5) Finanzielle Leistungsfähigkeit	290
(6) Sozialadäquanz	290
(7) Gefahrbeherrschungsmöglichkeiten	291
(8) Filtermöglichkeiten zur präventiven Kontrolle	292
(9) Exkurs: Neue technische Lösungsmöglichkeiten (Berechtigungs- nachweis)	294
(10) Wirtschaftlicher Nutzen aus Tätigkeit und Rechtsverletzung	295
(11) Rechtsschutzmöglichkeiten des Verletzten	296
(12) Unterstützungsmaßnahmen des Providers	297
(13) Vorgaben des Art. 3 RL 2004/48/EG	299
(14) Grundrechtsbetroffenheit	300
(a) Grundgesetz	301
(b) Charta der Grundrechte der Europäischen Union	304
(15) Folge: Interessenabwägung	306
d) Das Kriterium der Kerngleichheit	307
aa) Ort der Rechtsverletzung	307
bb) Rechtsverletzungen durch mehrere Personen	308
cc) Unterschiedliche Rechtsgüter	309
dd) Umstände der Verletzung und der Verletzungshandlung	309
e) Ergebnis: Störerhaftung beim Keyword-Advertising	310
f) Haftung wegen Verkehrspflichtverletzung beim Keyword-Advertising	310
aa) Voraussetzungen von Verkehrspflichten entsprechend dem Dienst	311
bb) Inhalt der Verkehrspflichten	312
(1) Abwägungskriterien	312
(2) Mögliche Verkehrspflichten für Provider	313
(a) Überwachungspflichten	313
(b) Prüfungspflichten	314
(c) Filterpflichten zwischen Überwachungs- und Prüfpflichten	314
(d) Hinweis- und Instruktionspflichten	315
(e) Informationssicherungspflicht	316
(f) Auskunftspflichten	316
(g) Kombinierte Verkehrspflichten	316
(3) Anwendbarkeit der Verkehrspflichten auf den Provider ...	317
cc) Folge einer Verletzung von Verkehrspflichten	318

XI. Privilegierte Nutzung durch den Suchmaschinenbetreiber (v. a. Schadensersatz)	318
1. Einordnung der Suchmaschine/des Werbedienstes als Diensteanbieter	319
2. Eigene, zu eigen gemachte und fremde Inhalte	321
a) Originär eigene Inhalte des Suchmaschinenbetreibers beim Keyword-Advertising	322
b) Durch den Suchmaschinenbetreiber zu eigen gemachte Inhalte beim Keyword-Advertising	323
3. Fehlen von Kenntnis als Voraussetzung der Privilegierung	325
a) Kenntniserlangung des Providers durch eigenes Handeln	327
aa) Die spezifische Keyword-Rechtsprechung des EuGH (Google France)	327
bb) Schlussanträge des GA Jääskinen in der Sache „L’Oréal/eBay“	330
(1) Voraussetzungen der Neutralität	330
(2) Tatsächliche Kenntnis des Anbieters	331
(3) Überwachung der Nutzer	332
cc) Das Urteil „L’Oréal/eBay“	332
dd) Zwischenergebnis: Rechtsprechung des EuGH zur Kenntniserlangung aus eigener Tätigkeit	334
ee) Marke erscheint im Werbetext	334
ff) Marke ist lediglich Keyword	336
(1) Keyword-Tools	336
(2) Keyword-Optionen	339
b) Zwischenergebnis: Kenntnis des Anbieters aus eigenem Verhalten ..	341
c) Kenntniserlangung des Providers durch Anzeige	341
4. Sonderfall Beaufsichtigung des Nutzers, § 10 S. 2 TMG	342
5. Tätigkeiten des Anbieters nach Kenntniserlangung	343
XII. Folge einer täterschaftlichen Haftung des Suchmaschinenbetreibers	344
1. Haftung des Werbenden als Auftraggeber	344
2. Störerhaftung des Werbenden	345
B. Ergebnis der markenrechtlichen Betrachtung	346
C. Lauterkeitsrechtliche Betrachtung	347
I. Folge unlauterer Werbung	347
II. Voraussetzungen der Ansprüche	347
1. Anwendbarkeit des Lauterkeitsrechts	348
2. Unlauterkeit nach § 3 UWG, die Beispieltatbestände und allg. Voraussetzungen	348
3. Keyword-Advertising als geschäftliche Handlung	348
4. Unlauterkeit des Keyword-Advertisings	349
a) Behinderung von Mitbewerbern (§ 4 Nr. 10 UWG)	349

aa) Behinderung durch Abwerben bzw. Abfangen von Kunden . . .	350
(1) BGH-Kriterien für Unlauterkeit	350
(a) Einbruch in ein Näheverhältnis	351
(b) Verhinderung eines Leistungsvergleichs	351
(2) Übertragbarkeit auf Keyword-Advertising	352
(a) Einbruch in ein Näheverhältnis durch Keywordwerbung	352
(b) Verhinderung des Leistungsvergleichs durch Keywordwerbung	354
(3) Sonderfall: Buchung von Domainnamen	356
bb) Zwischenergebnis zum unbilligen Kundenfang	357
cc) Behinderung durch Kennzeichenverwendung	358
(1) Rufausbeutung	358
(2) Rufbeeinträchtigung	360
b) Ausbeuten fremder Leistungen (§ 4 Nr. 9 UWG)	360
c) Verdeckte Werbung (§ 4 Nr. 3 UWG)	361
aa) Verantwortungsbereich des Suchmaschinenbetreibers	362
bb) Verantwortungsbereich des Werbenden	363
d) Irreführungstatbestand des § 5 Abs. 1 UWG	363
aa) Irrtum über den Werbecharakter	364
bb) Irrtum über den Werbenden	364
cc) Täuschung über Verfügbarkeit von Waren	365
dd) Aufmerksamkeitswerbung	365
e) Irreführungstatbestand des § 5 Abs. 2 UWG	366
aa) Zusammenhang mit der Produktvermarktung	366
bb) Lauterkeitsrechtliche Verwechslungsgefahr und Gegenstand der Verwechslung	366
f) (Unzulässige) vergleichende Werbung (§ 6 Abs. 2 UWG)	368
aa) Einordnung als vergleichende Werbung	368
bb) Verwechslungsgefahr (§ 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG)	371
cc) Rufausnutzung und Beeinträchtigung (§ 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG)	371
g) Rechtsbruch (§ 4 Nr. 11 UWG)	372
D. Ergebnis der lauterkeitsrechtlichen Betrachtung	372

Fünftes Kapitel

Rechtliche Würdigung weiterer Formen kontextsensitiver Werbung 373

A. Content-Ads	373
I. Markenrechtliche Betrachtung	373
1. Nutzung des fremden Zeichens in Zusammenhang mit Seiteninhalt und Anzeige	373

a) Unterschiede zum Keyword-Advertising in Bezug auf den Werbenden	374
aa) Benutzung im geschäftlichen Verkehr für Waren oder Dienstleistungen	374
bb) Beeinträchtigung einer Markenfunktion	376
(1) Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion	376
(2) Beeinträchtigung der Werbefunktion	377
(3) Beeinträchtigung weiterer Markenfunktionen	377
b) Zwischenergebnis: Haftung des Werbenden	378
c) Haftung des Suchmaschinenbetreibers	378
aa) Störerhaftung	379
bb) Haftung wegen Verkehrspflichtverletzung	381
cc) Täterschaft und Teilnahme nach vereinzelter Instanzrechtsprechung	381
d) Haftung des Webseitenbetreibers	382
aa) Störerhaftung	382
bb) Haftung wegen Verkehrspflichtverletzung	384
e) Privilegierung nach TMG	385
2. Nutzung des fremden Zeichens in der Domain zu Seiten mit Content-Ads	386
a) Störerhaftung des Seitenbetreibers	386
b) Haftung wegen Verkehrspflichtverletzung des Seitenbetreibers	387
II. Lauterkeitsrechtliche Betrachtung	387
1. Nutzung des fremden Zeichens in Zusammenhang mit Seiteninhalt und Anzeige	388
2. Nutzung des fremden Zeichens in der Domain zu Seiten mit Content-Ads	389
3. Sonderfall: Manipulation am Quelltext durch Seitenbetreiber	389
III. Ergebnis Content-Ads	390
B. E-Mail-Dienste	391
C. YouTube	393

Sechstes Kapitel

Bewertung der Ergebnisse	396
A. Resultat und Folgen der bisherigen Überlegungen	396
B. Zusammenfassung des aktuellen Stands	396
C. Überlegung: Welche Interessen kollidieren?	398
I. Die Interessen des Suchenden	398
II. Die Interessen des Suchmaschinenbetreibers	399
III. Die Interessen des Werbenden	400

IV. Die Interessen des Markeninhabers	402
D. Interessenabwägung zu Bestand und Reichweite der Haftung	403
I. Strenger Haftungsmaßstab	403
II. Milder Haftungsmaßstab	404
III. Zwischenergebnis bezüglich des Haftungsmaßstabs	405
E. Interessenabwägung zum Adressaten der Haftung	406
F. Abgleich: Ist nach aktueller Rechtslage ein gerechter Ausgleich möglich? ..	408
I. Probleme bezüglich der Herkunftsfunktion und der Verwechslungsgefahr	408
II. Probleme bezüglich der Werbefunktion	409
III. Probleme bezüglich der Haftung des Suchmaschinenbetreibers	411
G. Erlauben die Regelungen im MarkenG, UWG und TMG grundsätzlich einen gerechten Ausgleich?	413
H. Die europäischen Kommunikationsgrundrechte	416
I. Exkurs: Sekundäreffekte der Haftung von Suchmaschinen	417
J. Alternative Wege eines Ausgleichs der Interessen jenseits bestehender Regelungen	418
I. Legislatorische Regelungsversuche und hieraus zu ziehende Lehren	418
1. Keyword-Gesetze des US-Bundesstaats Utah	419
a) Utah SB 236 („Trademark Protection Act“)	419
b) Utah SB 151 (Novelle zu Utah SB 236)	420
c) Utah HB 450	420
2. Rückschlüsse aus den Regulierungsversuchen	421
a) Errichtung einer Datenbank	421
b) Gütlicher Ausgleich	422
c) Sonderfall Keyword-Optionen und Keyword-Tools	422
d) Haftung des Suchmaschinenbetreibers	423
II. Keyword-Markenfunktion	424
III. Klärung umstrittener Fragen bezüglich der ECRL durch die Rechtspre- chung	426
IV. Weitere mögliche gesetzgeberische Maßnahmen	427
V. Technische Lösungen und ihre Anordnung	428
K. Schlusswort	429

Siebttes Kapitel

Wesentliches Ergebnis der Arbeit	431
Literaturverzeichnis	441
Sachregister	459

Erstes Kapitel

Einleitung

A. Ziel der Arbeit

Diese Arbeit befasst sich mit den Formen kontextsensitiver Internetwerbung, wie sie jedem Internetnutzer tagtäglich begegnen. Anknüpfend an Literatur und Rechtsprechung wird zum einen untersucht, ob und wie derjenige haftet, der fremde Markenwörter benutzt, um damit für seine eigenen Produkte zu werben. Darüber hinaus wird abweichend von dem Postulat, dass der Anbieter der Werbeplattform in aller Regel nicht haftet, einer kritischen Überprüfung dieser Aussage besondere Aufmerksamkeit gewidmet. Die Arbeit zeigt dabei zwei Schwerpunkte, die je nach Bedarf im Zweifel auch unabhängig voneinander betrachtet werden können. Der erste Schwerpunkt ist die Haftung des Werbenden gemäß der Linie des EuGH und seiner immer umfangreicheren Rechtsprechung hierzu. Der zweite Schwerpunkt ist die Frage nach der allgemeinen Haftung der Internetprovider. Erst hiervon ausgehend, insofern mittelbar, folgt die Untersuchung, ob und wie der Plattformbetreiber mit Blick auf diese Rechtsprechung, die sich häufig nicht mit dem Keyword-Advertising befasst, haftet. Haben also die spezifische Rechtsprechung zum Keyword-Advertising und mehr noch die Literatur vor allem den Werbenden im Blick, soll diese Lücke im Folgenden geschlossen werden.

B. Gegenstand der rechtlichen Untersuchung

Der Umfang der folgenden rechtlichen Untersuchung orientiert sich an dem zu Grunde gelegten Stand von Rechtsprechung und Literatur zum Keyword-Advertising und zur Providerhaftung. Diese legen zum einen fest, was der Darstellung als gesichertes Erkenntnis bedarf, bedingen aber gleichzeitig auch den Umfang des noch Ungeklärten.

I. Zu Grunde gelegter Stand von Rechtsprechung und Literatur

Die hier betrachtete Problematik ist nicht neu und war schon häufig Gegenstand von Rechtsprechung und Beiträgen aus der Literatur¹.

¹ Vgl. hierzu die Sammlung bei *Ott*, WRP 2012, B-1, B-2 in Fn. 4 sowie *Schubert/Ott*, MarkenR 2009, 338.

Insbesondere Fragen zum Keyword-Advertising wurden in der Vergangenheit intensiv diskutiert und mussten von Gerichten aller Instanzen entschieden werden. Eine klare Linie und mit ihr Rechtssicherheit konnten sich jedoch nicht herausbilden, vielmehr bestand zwischenzeitlich eine ausgesprochene Pattsituation, denn von acht angerufenen Oberlandesgerichten entschieden sich jeweils vier für eine von zwei Ansichten². In drei Fällen sollte der BGH für Klarheit sorgen, zwei Entscheidungen erfolgten³, im dritten Fall⁴ wurde der EuGH angerufen. Bemerkenswerterweise wurde damit eine ausgesprochene Kernfrage der Thematik, nämlich ob es sich bereits bei der Buchung von Schlüsselworten um eine markenmäßige Benutzung handelt, vorerst unbeantwortet gelassen. Jedoch war eine Vorlage nach Art. 234 EG an den EuGH durchaus richtig und überraschte nicht. Ebenso entschieden auch die entsprechenden Gerichte diverser anderer europäischer Staaten⁵, denn ein einzelnes Gericht hätte bei dieser hochumstrittenen Frage wohl nicht für die entsprechend nötige Rechtssicherheit sorgen können. Eine Entscheidung zu Fragen des allgemeinen Markenrechts, die eine maßgebliche Tendenz vorgeben musste, indem sie einige für das Keyword-Advertising äußerst relevante Aussagen enthielt, erging im gleichen Zeitraum⁶.

Mit Entscheidung oben genannter Vorlagen hat der EuGH erstmalig begonnen, sich dieser Problematik anzunehmen und erste Vorgaben zu machen. Bisher ergingen als Primärenscheidungen „Google France“⁷, „Bergspechte“⁸, „Bananabay“⁹, „Portakabin“¹⁰ sowie „Interflora“¹¹. Der Entscheidung Wintersteiger¹² lag ebenfalls ein Sachverhalt des Keyword-Advertisings zu Grunde, gefragt war jedoch lediglich nach der Gerichtszuständigkeit bei länderübergreifenden Streitigkeiten. Entsprechende Umsetzungen durch die nationalen Gerichte, denen teils nicht unerhebliche Handlungsspielräume verblieben sind, erfolgten zwischenzeit-

² Auf der einen Seite standen OLG Frankfurt WRP 2008, 830; OLG Düsseldorf WRP 2007, 440; OLG Köln MMR 2008, 50; KG MMR 2009, 47, die keine kennzeichenrechtlich relevante Benutzungshandlung sahen. Der anderen Ansicht waren OLG Braunschweig WRP 2007, 438; OLG Dresden K&R 2007, 269; OLG Stuttgart WRP 2007, 1265; OLG München MMR 2008, 334.

³ BGH MarkenR 2009, 210 (Beta Layout); BGH MarkenR 2009, 216 (pcb).

⁴ BGH MarkenR 2009, 213 (Bananabay).

⁵ Frankreich: Cour de Cassation vom 20.5.2008, Aktenzeichen beim EuGH: C-236/08 bis C-238/08; Österreich: Österreichischer OGH vom 20.5.2008, GRUR Int. 2009, 446; Niederlande: Hoge Raad vom 12.12.2008, Aktenzeichen beim EuGH: C-558/08.

⁶ EuGH MarkenR 2009, 369 (L'Oréal).

⁷ EuGH, Urt. v. 23.3.2010 – Rs. C-236/08, Rs. C-237/08, Rs. C-238/08 = MarkenR 2010, 174 (Google France).

⁸ EuGH, Urt. v. 25.3.2010 – Rs. C-278/08 = GRUR 2010, 451 (Bergspechte).

⁹ EuGH, Urt. v. 26.3.2010 – Rs. C-91/09 = MarkenR 2010, 204 (Bananabay).

¹⁰ EuGH, Urt. v. 8.7.2010 – Rs. C-558/08 = GRUR 2010, 841 (Portakabin).

¹¹ EuGH, Urt. v. 22.9.2011 – Rs. C-323/09 = K&R 2011, 719 (Interflora).

¹² EuGH, Urt. v. 19.4.2012 – Rs. C-523/10 = K&R 2012, 587 (Wintersteiger).

lich weitgehend¹³. Dabei kann bereits an dieser Stelle vorweggenommen werden, dass die gewünschte Rechtssicherheit kaum erreicht werden konnte, insbesondere der direkte Vergleich zwischen den einzelnen Mitgliedsstaaten zeigt mitunter wesentliche Abweichungen bei der Beurteilung des Phänomens Keyword-Advertising.

Streitfälle zu Content-Ads hingegen haben weit weniger hohe Wellen geschlagen, da es keine spezifische bekannte Rechtsprechung zu diesem Phänomen und so gut wie keine Literaturbeiträge¹⁴ gibt.

Da sich diese Arbeit auch in besonderem Maße der Haftung des Suchmaschinenbetreibers widmet, war die umfangreiche Rechtsprechung zur Verantwortlichkeit der Internetprovider zu berücksichtigen. Ausgehend von der oben bereits genannten „Google France“-Entscheidung stellte der EuGH vor allem das Institut der Störerhaftung in seinen jüngsten Entscheidungen „L'Oréal/eBay“¹⁵, „Scarlett/SABAM“¹⁶ und „Netlog/SABAM“¹⁷ umfassend auf den Prüfstand. Hinzu kommen aktuelle Entscheidungen des BGH¹⁸, welche zusätzlich Anlass geben, das Gesamtkonzept von Täter- und Störerhaftung kritisch zu hinterfragen. Die Frage nach der Verantwortlichkeit der Provider wird aktuell hierdurch wieder kontrovers diskutiert¹⁹ und bildet in dieser Arbeit einen eigenständigen Schwerpunkt.

II. Offene Fragen

Die zentrale Frage dieser Bearbeitung nach den rechtlichen Problemen bei der Schaltung kontextsensitiver Werbung unter Benutzung fremder Kennzeichen wäre an sich auf diesen einen Satz verkürzbar. Sie wirft jedoch bei näherer Betrachtung eine Vielzahl vorgelagerter und weiterführender Einzelfragen auf. Bei diesen muss, berücksichtigt man die soeben angesprochene Fülle an bereits vorhandener Rechtsprechung und Literaturmeinungen zumindest zum Keyword-Advertising, wie folgt differenziert werden: Welche Fragen wurden bereits diskutiert aber noch keiner Lösung zugeführt? Auf welche Fragen wurden Antworten gege-

¹³ ÖOGH, Beschl. v. 21.6.2010 – 17 Ob 3/10 f (Bergspechte); BGH, Urt. v. 13.1.2011 – I ZR 125/07 (Bananabay II); Cour de cassation, Urt. v. 13.7.2010 = GRUR Int. 2011, 445–449 und 625 ff. (Google France/diverse).

¹⁴ Kurze Erwähnung wohl bei *Spindler/Prill*, CR 2010, 303, 308.

¹⁵ EuGH, Urt. v. 12.7.2011 – Rs. C-324/09 = WRP 2011, 1129 (L'Oréal/Ebay).

¹⁶ EuGH, Urt. v. 24.11.2011 – Rs. C-70/10 = MMR 2012, 174 (Scarlett/SABAM).

¹⁷ EuGH, Urt. v. 16.2.2012 – Rs. C-360/10 = WRP 2012, 429 (Netlog/SABAM).

¹⁸ Ausgehend von BGH GRUR 2007, 890 (Jugendgefährdende Medien bei eBay) folgten die Entscheidungen BGH MarkenR 2011, 29 (Kinderhochstühle im Internet) und als Reaktion auf EuGH WRP 2011, 1129 (L'Oréal/Ebay) die Entscheidung BGH MarkenR 2011, 469 (Stiftparfüm).

¹⁹ Vgl. zum gesamten aktuellen Stand *Wiebe*, WRP 2012, 1182 ff. und 1335 ff. sowie *Hoeren/Neubauer*, WRP 2012, 508.