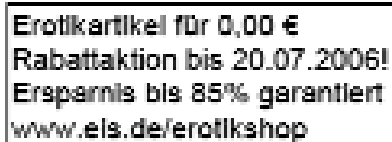


BGH: Keyword Advertising mit fremden Marken ist zulässig

von Maximilian Schubert

Der Bundesgerichtshof (BGH) vertritt in seinem *Bananabay II-Urteil*¹⁾ die Auffassung, dass die Schaltung von AdWords-Anzeigen auf Suchmaschinen, wenn sie durch die Buchung von Schlüsselwörtern, die Marken Dritter entsprechen, ausgelöst werden, sowohl markenrechtlich als auch wettbewerbsrechtlich zulässig ist – sofern die Marke nicht im Text der Anzeige aufscheint. Der BGH kommt damit – in einem vergleichbaren Fall – zu einem anderen Ergebnis als der OGH in seinem *Bergspechte III-Urteil*²⁾.

In dem dem BGH-Urteil zugrunde liegenden Fall vertrieb die Klägerin – Inhaberin der Wortmarke „Bananabay“ – unter der Internet-Adresse www.bananabay.de Erotikartikel. Die Beklagte bietet in ihrem Onlineshop unter www.eis.de/erotikshop vergleichbare Artikel an. Die Beklagte hatte die Bezeichnung „Bananabay“ als Schlüsselwort (Keyword) bei Google AdWords gebucht, damit bei Eingabe dieses Begriffs ihre AdWords-Anzeige neben oder oberhalb der Suchergebnisse (Trefferliste) erscheint. Die von der Beklagten selbst gestalteten Anzeigen (siehe unten) wurden rechts neben der Trefferliste in einem gesonderten Bereich, der mit „Anzeigen“ überschrieben ist, dargestellt. Die Anzeigen enthielten die Marke der Klägerin nicht.



Die Klägerin mahnte die Beklagte erfolglos ab und brachte in Folge eine Klage beim Landgericht Braunschweig ein. LG und OLG Braunschweig, welche für eine markeninhaberfreundliche Spruchpraxis bekannt sind³⁾, entschieden in Folge zugunsten der Markeninhaberin. Der BGH gab der Revision der Beklagten statt und wies die Klage ab.

Nach Auffassung des BGH liegt in der Auswahl des mit der fremden Marke identischen Schlüsselworts allein keine Benutzung der Marke im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Buchst. a MarkenRL (§ 14 Abs. 2 Nr. 1 dMarkenG), wenn die aufscheinende Anzeige selbst weder das Zeichen noch sonst einen Hinweis auf den Markeninhaber oder auf die von diesem angebotenen Produkte enthält, der angegebene Domain-Name vielmehr auf eine andere betriebliche Herkunft hinweist.

Das *Bananabay II-Urteil* des BGH besticht durch seine Klarheit und Prägnanz im Hinblick auf die marken- sowie lauterkeitsrechtliche Grundproblematiken der Werbeform des Keyword Advertising. Die Entscheidung stellt insofern keine Überraschung dar, da der

BGH bereits 2009 in zwei weiteren Verfahren ähnlich⁴⁾ entschieden hatte und seine diesbezügliche Rechtsprechung somit auch nach den Entscheidungen des EuGH beibehalten hat.

Markenrechtliche Zulässigkeit

Der EuGH hatte in *Google France*⁵⁾ ausgesprochen, dass die (Herkunfts-)Funktion einer Marke durch die Buchung eines Kennzeichens als Keyword und die anschließende Darstellung von Anzeigen verletzt wird, wenn aus der Anzeige für einen normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer nicht oder nur schwer zu erkennen ist, ob die dort beworbenen Waren oder Dienstleistungen vom Inhaber der Marke oder von einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen oder aber von einem Dritten stammen.⁶⁾

In *BergSpechte III*⁷⁾ hatte der OGH die markenrechtliche Zulässigkeit von Anzeigen zu beurteilen, die ebenso wie die Anzeigen in *Bananabay II* die Marke der Klägerin nicht enthielten. Der OGH sah in *Berg-Spechte III* die Herkunftsfunktion der Marke des Klägers als verletzt an, da in der Anzeige „durch keinen entsprechenden Hinweis klargestellt [wurde], dass keine wirtschaftliche Verbindung zwischen der Klägerin und der Zweitbeklagten besteht“. Die unterhalb der Anzeige dargestellte Internetadresse (Anzeige-URL) ließ zudem nach Ansicht der OGH keine Zuordnung zu einem bestimmten Unternehmen erkennen, da es sich um einen englischsprachigen Gattungsbegriff der angebotenen Leistung (www.trekking.at) handelte.

Der OGH verlangt somit einen entsprechenden Hinweis auf die Unterschiedlichkeit der Unternehmen im auf maximal 95 Zeichen limitierten Text der Anzeige

| Mag. Maximilian Schubert, LL.M., Wien

- 1) BGH 13.01.2011, I ZR 125/07, *Bananabay II*.
- 2) OGH 21.06.2010, 17 Ob 3/10f, *BergSpechte III*, MR 2010, 340.
- 3) Ott, Die Entwicklung des Suchmaschinen- und Hyperlink-Rechts im Jahr 2008, WRP 2009, 351 (355); vgl auch OLG Braunschweig 24.11.2010, 2 U 113/08, Most, MMR 2011, 253.
- 4) BGH 22.01.2009, I ZR 139/07, *PCB*, MarkenR 2009, 216; BGH 22.01.2009, I ZR 30/07, *Beta Layout*, MarkenR 2009, 210; *Schubert/Ott*, AdWords-Schutz für die Werbefunktion einer Marke? MarkenR 2009, 338 (342f).
- 5) EuGH 23.03.2010, C-236/08, C-237/08, C-238/08, *Google France*, MR 2010 169 = MR 2010 180 (*Noha*) = wbl 2010, 273 (*Schuhmacher*); *Heidinger*, Keyword-Advertising: Nutzung fremder Kennzeichen als Schlüsselwörter, MR 2010, 119.
- 6) Vgl Rz 83ff der E EuGH 23.03.2010, C-236/08, C-237/08, C-238/08, *Google France*, MR 2010 169.
- 7) OGH 21.06.2010, 17 Ob 3/10f, *BergSpechte III*, MR 2010, 340.

oder eine Internetadresse, die eine Zuordnung zu einem bestimmten Unternehmen erkennen lässt.⁸⁾

Der BGH dagegen sieht Keyword Advertising als grundsätzlich markenrechtlich zulässig an, sofern die Anzeigen von der Trefferliste räumlich getrennt dargestellt werden, die Anzeige die (fremde) Marke nicht enthält, sowie die in der Anzeige dargestellte Internetadresse „vielmehr“ auf eine vom Kennzeicheninhaber unterschiedliche Herkunft hinweist.

Die Rechtsprechung des OGH in *BergSpechte III* sowie des BGH in *Bananabay II* zeigen eindrücklich auf, wie unterschiedlich die Formel des EuGH ausgelegt werden kann. Während der OGH geradezu einen Hinweis auf die Unterschiedlichkeit der Unternehmen verlangt, begnügt sich der BGH vielmehr damit, dass die Anzeige keine Inhalte enthält, die geeignet sind, eine Täuschung der Nutzer hervorzurufen.

Am besten verdeutlicht *Wukoschitz* die unterschiedlichen Auslegungsmöglichkeiten des vom EuGH gewährten Spielraumes. Er meint sinngemäß, der OGH würde in Hinsicht auf die Erkennbarkeit der unterschiedlichen Unternehmen argumentieren, dass diese nicht hinreichend gegeben sei und somit „das Glas halb leer“ sei, während der BGH der Ansicht ist, dass nichts getan wurde um einen Zusammenhang den Markeninhaber und dem Werbenden hervorzurufen und dass somit „das Glas noch halb voll“ sei.⁹⁾

Der Grund für diese unterschiedlichen Betrachtungsweisen der Höchstgerichte liegt darin, dass die Wahrnehmung der Internetnutzer bei der Betrachtung von Werbeanzeigen auf Suchmaschinen unterschiedlich beurteilt wird. So meint der BGH, dass „jeder Anhaltspunkt“ für den Schluss fehlt, dass ein angemessen aufmerksamer Internetnutzer davon ausgeht, dass die dargestellten Anzeigen von der Klägerin oder einen wirtschaftlich mit dieser verbunden Unternehmen stammen würden. Aber genau von einer solchen Annahme geht der OGH¹⁰⁾ offensichtlich aus und fordert daher Hinweise auf die Unterschiedlichkeit der Unternehmen.

Lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit

Während der OGH in seinen bisherigen Entscheidungen die Frage der Lauterkeit von Keyword Advertising zwar bereits ausführlich angeschnitten¹¹⁾, zu dieser jedoch nicht Stellung genommen hat, stellt der BGH in seiner Entscheidung klar, dass Anzeigen unter den oben genannten Voraussetzungen (Anzeige enthält Marke des Dritten nicht) nicht als unlauter anzusehen sind. Der BGH führt zudem aus, dass weder die Voraussetzungen für die Verwirklichung der Fallgruppen der Rufanle-

nung, der Rufausbeutung oder der unlauteren Behinderung der Klägerin durch Kundenfang gegeben sind, noch dass Keyword Advertising eine irreführende geschäftliche Handlung darstellt.

Zu begrüßen ist zusätzlich die Klarstellung des BGH, dass Keyword Advertising nicht mit der Suchmaschinen-Manipulationsform „Metatagging“ gleichgesetzt werden kann, da diese auf die Manipulation der Ergebnisse der Trefferliste abzielt, während Keyword Advertising ausschließlich zur Darstellung von deutlich gekennzeichneten Anzeigen außerhalb der Trefferliste führt. Eine Vergleichbarkeit wäre nur bei Werbepraktiken gegeben, welche darauf abzielen, Anzeigen ohne hinreichende Kennzeichnung in der Trefferliste darzustellen (Keyword Buying).

Zusammenfassung und praktische Bedeutung

Das Urteil des BGH ist aus Sicht der Werbenden jedenfalls zu begrüßen, da der BGH klare Leitlinien für den Umgang mit AdWords in Deutschland darlegt. Für Markeninhaber bedeutet dies, dass diese, sofern sie ebenfalls Anzeigen auf Suchmaschinen schalten wollen, einen höheren Preis für derartige Anzeigen zahlen müssen, da Google AdWords die Keywords bzw die Reihung¹²⁾ der Anzeigen unter allen Interessenten versteigert. Für Mitbewerber des Markeninhabers bedeutet das Urteil, dass diese von der Aufmerksamkeit¹³⁾ von Internetnutzern, die mittels einer Marke im Internet suchen, profitieren können. Für Nutzer bedeutet dieses Urteil ein Plus an Auswahl, Vergleichsmöglichkeiten sowie Transparenz bei der Suche nach Waren und Dienstleistungen im Internet.

- 8) *Ott/Schubert*, 'It's the Ad text, stupid' – cryptic answers won't establish legal certainty for online advertisers, *JiPLP* 2011, 25; *Schubert/Ott*, Mehr Fragen als Antworten – die Google France Entscheidung des EuGH zum Keyword Advertising, *jusIT* 2010, 85.
- 9) *Wukoschitz*, Keyword Advertising – „Bergspechte“ nun vom OGH entschieden, *ecolex* 2010, 972 (973); *Schubert/Ott*, ÖOGH: Verletzung der herkunftshinweisenden Funktion einer Marke beim Keyword-Advertising, *MMR* 2010, 754.
- 10) Vgl OGH 05.10.2010, 17 Ob 8/10s, *Wintersteiger*, *jusIT* 2010, 205 (*Thiele*) = *MR* 2010, 411 (*Kusznier*) = *ecolex* 2011, 345 (*Schumacher*) = *Schubert/Clark*, *JiPLP* 2011, 288.
- 11) OGH 20.03.2007, 17 Ob 1/07g, *Wein & Co*, *ecolex* 2007, 264 = *ecolex* 2007, 616 (*Noha*) = *GRUR Int* 2008, 526 (*Baars/Troge*) = *MR* 2007, 150 (*Heidinger*).
- 12) Zur Rangfolge der Anzeigen siehe AdWords-Hilfe <http://adwords.google.com/support/aw/bin/answer.py?hl=de&answer=6111> (01.08.2011).
- 13) Zur Zulässigkeit derartige Werbepraktiken (zB „Regalmiete“ im Einzelhandel): *Köhler* in *Köhler/Bornkamp*, Wettbewerbsrecht²⁹ § 4 UWG Rz 10.31a; *Goldman*, Brand Spillovers, *HJLT* 2009, 381 (390); *Schubert/Ott*, *MarkenR* 2009, 338 (342 f).

Aus der EuGH-Rechtsprechung

Markenrechtsverletzung auf der Internetplattform eBay

EuGH 12.07.2011, C-324/09 – L'Oréal SA ua gg eBay International ua

L'Oréal vertreibt ihre Kosmetikartikel über ein geschlossenes Vertriebssystem, in dessen Rahmen Vertragshändler keine Produkte an Nichtvertragshändler liefern dürfen.

L'Oréal wirft eBay vor, an Markenrechtsverstößen, die von Nutzern auf der eBay-Website begangen wor-