

Rechtsanwalt Ralf Möbius LL.M.
Rechtsinformatik
Fachanwalt für IT-Recht
Am Ortfelde 100
D - 30916 Isernhagen

Tel.: 0511 - 844 35 35
Fax: 03212 - 844 35 35*
* 2,9 cent pro Minute
e-mail: ralfmoebius@gmx.de
www.rechtsanwaltmoebius.de

Fachveröffentlichung, Januar 2009

Markenverletzungen bei Google-AdWords durch Gattungsbegriffe - der Mythos des "automatischen Hinzufügens von Keywords" - Rechtsprechungsüberblick und Analyse

Das Markenrecht spielt im gewerblichen Rechtsschutz des Internets eine bedeutende Rolle. Marken und Unternehmenskennzeichen werden mit einem hohen Kostenaufwand aufgebaut und gepflegt. Sie dienen Unternehmen als wichtiges Erkennungsmerkmal für die von ihnen vertriebenen Waren oder Dienstleistungen. Ihr Schutz wird durch das Markengesetz (MarkenG) gewährleistet.

Unterlassungsanspruch

Folgerichtig ist ein Unterlassungsanspruch für einen Markeninhaber gemäß § 14 MarkenG dann gegeben, wenn im geschäftlichen Verkehr ein identisches oder ähnliches Zeichen für vergleichbare Produkte benutzt wird. Voraussetzung ist dabei stets das Bestehen einer Wiederholungsgefahr, welche jedoch schon bei einer begangenen Verletzungshandlung unterstellt wird. Der Unterlassungsanspruch des Kennzeicheninhabers ist verschuldensunabhängig. Unterlassungsansprüche des Inhabers einer geschäftlichen Bezeichnung richten sich nach § 15 MarkenG. Bei der Beurteilung der Verletzung von Geschäftszeichen gelten im wesentlichen die gleichen Kriterien wie bei der Verletzung von Marken.

Schadensersatzanspruch

Ein Schadensersatzanspruch gemäß §§ 14, 15 MarkenG setzt dagegen ein Verschulden des Verletzers voraus, welches sowohl bei vorsätzlichen als auch bei fahrlässigen Verletzungshandlungen gegeben ist.

Markenverletzungen durch Google-AdWords

Zurzeit wird vor allem die von der Suchmaschine Google bevorzugte Werbepaxis der sogenannten „AdWords“ in Literatur und Rechtsprechung kontrovers diskutiert. Diese Art der Werbung ist für Unternehmen eine besonders effiziente Form zu werben, denn man erreicht

durch die Platzierung der eigenen Anzeige auf den Ergebnisseiten der Suchmaschine Google an Schlagworten orientiert jene Zielgruppe, die man durch die Werbung auch ansprechen will und kann zudem auch auswerten, nach welchen Suchbegriffen die Kunden gesucht haben, bevor sie die Anzeige angeklickt haben. Dementsprechend finanziert sich das Suchmaschinenunternehmen "Google" auch zu einem Großteil aus den Geldern, welche von Kunden pro Klick auf die Anzeige gezahlt werden.

Dieses Werbekonzept wird in markenrechtlicher Hinsicht jedoch sehr kontrovers betrachtet. Denn während zunächst nur beschreibende Begriffe als Keywords zur Einblendung von Werbeanzeigen zu buchen waren, ermöglicht Google mittlerweile die Wahl beliebiger Begriffe als Keywords in AdWords-Kampagnen - und damit auch die Wahl fremder Markennamen¹. Bedenken bestehen, weil den Werbenden die Verknüpfung ihrer eigenen Werbeanzeigen mit fremden Kennzeichen bzw. eingetragenen Marken als Keywords ermöglicht wird. Aber auch die Verwendung von beschreibenden Begriffen erweist sich zum Teil als rechtlich problematisch. Neben einer Haftung des Werbenden wird auch die Verantwortlichkeit des Suchmaschinenbetreibers diskutiert. Daher ist eine Google-Adwords-Kamagne, insbesondere unter Verwendung fremder Kennzeichen, mit rechtlichen Risiken behaftet.

Die aktuell veröffentlichten Urteile zur markenrechtlichen AdWords-Problematik lassen nach wie vor keine einheitliche Linie der Rechtsprechung bei der Beurteilung der Verwendung fremder Marken und Unternehmenskennzeichen in AdWords-Kampagnen erkennen. Eine höchstrichterliche Klärung der Problematik steht bisher noch aus, wird jedoch schon am 22. Januar 2009 erwartet, wenn der Bundesgerichtshof zu den Aktenzeichen I ZR 30/07 (OLG Düsseldorf, Az.: I-20 U 79/06 "Beta Layout"²), I ZR 125/07 (OLG Braunschweig, Az.: 2 U 24/07, Marke "Bananabay"³) und I ZR 139/07 (OLG Stuttgart, Az.: 2 U 23/07, Marke "PCB-Pool"⁴) seine Entscheidungen verkünden wird⁵. Während der BGH dort wohl zu grundsätzlichen Fragen Stellung nehmen wird, werden spezielle Fragen - etwa zu Verletzungen von Marken nur durch die Buchung von Gattungsbegriffen als Keywords, wenn die streitbefangene Marke diesen Gattungsbegriff enthält - wohl zunächst noch unbeantwortet bleiben.. Denn in allen drei beim BGH anhängigen Verfahren hatten die abgemahnten Unternehmen die streitgegenständliche Marke insgesamt als Adword gebucht.

¹ Meyer, K&R 2006, S. 557 - 562 (557); Kumpf / Dippelhofer; Google-Adwords zu den Marken der Konkurrenz - legitime Werbung oder Rechtsverletzung? JurPC Web-Dok. 109/2008, Abs. 1 - 32, Abs. 3

² http://medien-internet-und-recht.de/pdf/vt_MIR_Dok._048-2007.pdf

³ <http://www.jurpc.de/rechtspr/20080025.htm>

⁴ <http://www.markenmagazin.de/olg-stuttgart-google-adwords-pcb-pool/>

⁵ <http://www.financial.de/news/wirtschaftsnachrichten/2008/10/10/bgh-urteilt-erst-im-januar-uber-internetwerbung-mit-google-adwords/>

Was sind AdWords und wie funktionieren sie?

Bei den sogenannten AdWords handelt es sich um Anzeigen, die im Auftrag von Werbenden auf den Seiten von Google geschaltet werden. Die Abkürzung AdWords steht hierbei für Advertising Words, also Werbeworte. Grundsätzlich handelt es sich bei den AdWords-Anzeigen um in einer separaten Liste neben und teilweise über den Suchmaschinenergebnissen eingeblendete Werbeanzeigen. Der Werbende kann hierbei selbst die Keywords/Schlüsselwörter auswählen, bei deren Eingabe in der Standardsuchmaske der Suchmaschine seine Anzeige, optisch getrennt von den allgemeinen Suchergebnissen, unter der Überschrift „Anzeigen“ erscheint. Für den Anzeigenteil berücksichtigt Google die Durchführung einer sogenannten Wortgruppensuche⁶, d.h. einer Suche nach einer genauen Wortgruppe durch Setzen der Suchbegriffe in Anführungszeichen, nicht⁷. Für die Standardergebnisse verknüpft Google bei der Wortgruppensuche mehrere Suchbegriffe mit dem Operator UND. Setzt der Nutzer also die Worte in Anführungszeichen, werden in den Suchergebnissen nur Seiten angezeigt, die die genaue Wortgruppe in der angegebenen Reihenfolge enthalten. Für die Schaltung der Anzeigen reagiert Google jedoch auch auf Bestandteile einer mittels Setzung von Anführungszeichen gesuchten Wortgruppe. Es wird im Anzeigenteil also auch Werbung angezeigt, wenn nur ein Keyword in der gesuchten Wortgruppe enthalten ist, denn für die Anzeigenschaltung verknüpft Google mehrere Suchbegriffe stets mit dem Operator ODER. Während also für die allgemeinen Suchergebnisse die Anfrage "Möbius-Haus" nur Ergebnisse liefert, die genau die Wortkombination "Möbius" UND "Haus" enthalten, können gleichzeitig Werbeanzeigen erscheinen, für die als Keyword entweder der Name "Möbius" ODER der Begriff "Haus" gebucht wurde oder aber beide Keywords gebucht wurden. Groß- und Kleinschreibung von Suchbegriffen finden bei der Trefferanzeige grundsätzlich keine unterschiedliche Berücksichtigung.

Für eine häufig erscheinende und somit die meisten Kunden erreichende Werbung ist die Auswahl der Keywords von enormer Bedeutung. Grundsätzlich wählt der Werbende mit Keywords Wortkombinationen und/oder Wortgruppen, die sein Unternehmen oder seine Produkte am besten beschreiben. Die bei Google gebuchten Keywords sollten, um den gewünschten Effekt zu erreichen, die Marken und Produktnamen des Kunden sowie Pluralformen und Synonyme für jedes Wort enthalten. Google bietet den Werbenden über das sogenannte "Keyword tool" die Möglichkeit, weitere relevante Keywords zu identifizieren und auf diese Weise einen noch besseren Werbeeffekt zu erzielen⁸. Über das Keyword Tool

⁶ <http://www.google.de/support/bin/answer.py?answer=49216>

⁷ <http://www.theppcsearchengine.com/archives/google-adwords-guide-i/>

⁸ <http://www.google.com/intl/de/adwords/learningcenter/18771.html>

kann der Kunde Schätzungen für die Relevanz von weiteren Keywords abrufen. Dadurch kann er die Vorteile des Einsatzes der jeweiligen Begriffe für die eigene Werbung besser beurteilen. Google offeriert auf seinen Webseiten im "Learning Center" sehr detailliert Anleitungen und Informationen zu den Möglichkeiten suchwortabhängiger Werbung⁹.

Google bietet seinen AdWords-Kunden vier Keyword-Optionen zur Auswahl. Die Kunden können jedes ihrer Keywords als „weitgehend passendes Keyword“, als „Wortgruppe“, als „genau passendes Keyword“ oder als „ausschließendes Keyword“ definieren. Dabei ergibt jeder Keyword-Typ aufgrund der differierenden Art und Weise der Interaktion zwischen den Keywords und Suchanfragen einen anderen Grad an Anzeigenpräsenz. So erklärt es sich, daß der Kunde unter einer Option zwar mehr Seitenaufrufe durch potentielle Interessenten erhält und unter einer anderen Option weniger Aufrufe, diese dann aber von Interessenten stammen, deren Anfragen wegen des Suchworts oder der Suchwortkombination zielgerichteter sind.

Die vier verfügbaren Keyword-Optionen¹⁰ bei Google

Weitgehend passende Keywords: Dies ist die von Google voreingestellte Standardoption. Diese Option funktioniert so, daß bei Buchung eines Begriffes durch den Werbenden, beispielsweise des Keywords Fertighaus, die Anzeige auch geschaltet wird, wenn Suchende nach Haus und bauen in beliebiger Reihenfolge und möglicherweise auch zusammen mit anderen Begriffen suchen. Auch Variationen der gebuchten Keywords wie Synonyme, Singular- und Pluralformen und andere Varianten der Keywords sowie längere Ausdrücke, welche die Keywords enthalten, können die Anzeigenschaltung auslösen. Beispielsweise wird die Anzeige auch bei der Suche nach Reihenhaus oder Bauernhaus geschaltet.

Passende Wortgruppe: Im Fall der Eingabe von Keywords in Anführungszeichen wie "gebrauchtes Fertighaus", erscheint die Anzeige zwar auch, wenn ein Nutzer nach den Worten gebrauchtes Fertighaus in Hannover sucht. Die Suchanfrage muß diese Worte aber genau so wie gebucht enthalten. Es können aber auch weitere Wörter vor oder nach der gebuchten Wortgruppe gesucht werden.

Genau passende Keywords: Im Fall der Eingabe eines Keywords in eckigen Klammern, z. B. [gebrauchtes Fertighaus], erscheint die Anzeige, wenn ein Nutzer genau nach den Worten "gebrauchtes Fertighaus" ohne Hinzufügung weiterer Begriffe sucht. Demnach wird die

⁹ <http://www.google.com/intl/de/adwords/learningcenter/>

¹⁰ <http://www.google.com/intl/de/adwords/learningcenter/19135.html>

gebuchte AdWord-Anzeige bei der Suche nach günstiges Fertighaus oder nur Fertighaus oder Fertighaus in Hannover nicht geschaltet.

Ausschließende Keywords: Bei Hinzufügung des ausschließenden Keywords "-gebraucht" zum Keyword "Fertighaus" erscheint die Anzeige nicht, wenn ein Nutzer nach "gebrauchtes Fertighaus" sucht. Die Anzeige erscheint aber bei der Suche nach "Fertighaus in Hannover". Ausschließende Keywords sind sinnvoll, wenn das Benutzerkonto viele weitgehend passende Keywords enthält um irrelevante Variationen von Keywords für die Anzeige auszuschließen.

Google bietet seinen Kunden darüber hinaus die Möglichkeit, die Suchanfrageleistung der ausgewählten Begriffe zu ermitteln um zu erfahren, welche Keywords die Anzeigenschaltung auslösen.

Bei der Keyword-Option "weitgehend passende Keywords" schaltet das AdWords-System Anzeigen für relevante Variationen der Keywords automatisch. Diese Begriffe müssen nicht explizit in der Keyword-Liste gebucht worden sein oder in dieser auftauchen. Das AdWords-System überwacht hierbei kontinuierlich die Qualität der Keywords, sowie deren Leistungsfaktoren. Die Keyword-Variationen, welche eine Anzeigenschaltung auslösen, können sich im Lauf der Zeit ändern, weil die Anzeigen nur bei den leistungsstärksten und den relevantesten Keyword-Variationen angezeigt werden.

Einer der wichtigsten Vorteile dieser Keyword-Option sind die hohen Zugriffszahlen auf die Website der Werbenden. Die Unternehmen müssen wie für alle Optionen erst dann bezahlen, wenn ein Klick auf die Werbeanzeige erfolgt. Dies wird als „Cost-per-Click-Verfahren“ bezeichnet¹¹. Dabei bestimmen die Unternehmen den Rang ihrer Werbeeinblendung durch den Preis, den das Unternehmen für jeden Klick auf die Werbung zu zahlen bereit ist. Ferner entscheidet über die Reihenfolge der Platzierung die Klickrate und damit die Akzeptanz der Internetnutzer in Bezug auf die jeweilige Anzeige¹². Weil es naturgemäß von Vorteil ist, auf der Liste der Anzeigen möglichst weit oben zu erscheinen, kann sich der Werbende im Wege einer Auktion gegen Mitbewerber durchsetzen, wobei sich das Gebot auf einen Maximalpreis bezieht, den der Werbetreibende willens ist, pro Klick auf seine Anzeige zu bezahlen. Derjenige, der bereit ist, den höchsten Preis für ein Keyword an Google zu zahlen, erscheint in der Anzeigenliste auch weit oben bzw. an erster Stelle¹³.

¹¹ Koch, Suchmaschinenoptimierung Website-Marketing für Entwickler, Pearson Education 2007, S. 254

¹² Meyer, K&R 2006, S. 557 - 562 (557)

¹³ Koch, Suchmaschinenoptimierung Website-Marketing für Entwickler, Pearson Education 2007, S. 254

Google zeigt den AdWords-Kunden eine automatisch generierte Keyword-Liste an, aus der er weitere Begriffe zu seinen bereits ausgewählten Keywords hinzubuchen kann. Die in der Liste erscheinenden Begriffe werden aber nicht den durch den Kunden ausgewählten Keywords automatisch hinzugefügt. Die Begriffe aus der Liste dienen lediglich dazu, dem AdWords-Kunden Vorschläge zu vermitteln, mit welchen Begriffen evtl. mehr einschlägige Treffer erzielt werden können. Die auf der Liste erscheinenden Begriffe werden ständig neu generiert und aktualisiert, so daß ein Begriff von einem Tag auf den anderen aus der Vorschlagsliste entfernt werden kann.

Rechtsprechungsüberblick

Ausgangspunkt für die Überlegungen zur Beantwortung der Frage, ob bei der konkreten Buchung eines fremden Kennzeichens als Keyword ein markenrechtlicher oder ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch gegeben sein kann, sollen zwei Entscheidungen des Bundesgerichtshofs sein, die sich mit der Verwendung fremder Kennzeichen ohne unmittelbare Sichtbarkeit für den Internetnutzer beschäftigen.

Bundesgerichtshof "Impuls-Urteil" und "Aidol-Urteil"

So stellt nach Ansicht des BGH die Verwendung eines fremden Kennzeichens im geschäftlichen Verkehr als verstecktes Suchwort (Metatag) im Quelltext einer Website eine kennzeichenmäßige Benutzung dar. Wird das fremde Zeichen dazu eingesetzt, den Nutzer zu einer Internetseite des Verwenders zu führen, weist es auch mangels unmittelbarer Wahrnehmbarkeit auf das dort werbende Unternehmen und sein Angebot hin. Eine Verwechslungsgefahr kann sich in diesem Fall bei einer Branchennähe schon daraus ergeben, daß sich unter den Treffern ein Hinweis auf eine Internetseite des Verwenders findet, nachdem das fremde Zeichen als Suchwort in eine Suchmaschine eingegeben worden ist¹⁴. Die gleichen Grundsätze gelten, wenn im geschäftlichen Verkehr eine fremde Marke im HTML-Code als "Weiß-auf-Weiß-Schrift" verwendet wird¹⁵.

Diese Fälle erscheinen vergleichbar, weil die Keywords ebenso wie die Metatags oder "Weiß-auf-Weiß-Schrift" nicht vom Durchschnittsrezipienten wahrgenommen werden. Sie richten sich nur an das Programm der Suchmaschine. Nach Ansicht des BGH steht diese fehlende visuelle Wahrnehmbarkeit der Marke bei der Verwendung eines Kennzeichens im

¹⁴ BGH, I ZR 183/03, Urteil vom 18.05.2006, "IMPULS", JurPC Web-Dok. 137/2006, Abs. 1 - 23

¹⁵ BGH, I ZR 77/04, Urteil vom 08.02.2007, "AIDOL", JurPC Web-Dok. 128/2007, Abs. 1 - 26

Quelltext einer Website einer markenrechtlich relevanten Benutzungshandlung jedoch nicht entgegen¹⁶.

Die Buchung fremder Kennzeichen als Google-Adword als Markenverletzung

Zu der Frage, ob eine Verletzung fremder Markenrechte durch die Buchung eines fremden Kennzeichens durch den Werbenden als AdWord als Markenrechtsverletzung zu werten ist, gibt es keine einheitliche Rechtsprechung.

Das erste wohl relevante Urteil in diesem Zusammenhang fällte das LG Hamburg bereits im Jahre 2000. Das Landgericht hatte in seinem Urteil eine markenmäßige Verwendung des geschützten Kennzeichens verneint, da nicht die Herkunftsfunktion der fremden Marke, sondern allenfalls deren – markenrechtlich nicht geschützte – Werbefunktion beeinträchtigt werde¹⁷. In zwei weiteren Entscheidungen bestätigte das LG Hamburg diese Ansicht. So entschied es, daß eine Kennzeichenverletzung nur dann vorliege, wenn der geschützte Begriff im Anzeigentext selbst erscheine. Die Verwendung als bloßes Keyword stelle keine Markenverletzung dar, weil es an einer markenmäßigen Verwendung fehle. Denn diese setze voraus, daß der Verkehr auf eine bestimmte Herkunft der Waren oder Dienstleistungen schließe. Da die Werbeanzeigen jedoch klar von den Suchergebnissen getrennt seien und der geschützte Begriff in der Anzeige selbst nicht auftauche, stehe eine derartige herkunftsmäßige Verbindung nicht im Raum¹⁸. Das LG Hamburg begründete die erlaubte Verwendung markenrechtlich geschützter Begriffe als Keyword mit der nach seiner Auffassung vergleichbaren zulässigen presserechtlichen Handlungsanweisung, eine Anzeige neben einem Artikel zu veröffentlichen, der sich mit bestimmten Markenprodukten befasse¹⁹.

Zu dem gleichen Ergebnis kam auch das LG Leipzig. Entscheidend sei, daß nur die Suchmaschine und der Werbende das Keyword kennen. Daher fehle es an einer Nutzung gegenüber der Allgemeinheit. Eine markenrechtliche Benutzung sei grundsätzlich erforderlich, jedoch im zu entscheidenden Fall nicht gegeben²⁰. Das OLG Dresden wies die gegen das Urteil eingelegte Berufung zurück. Das Gericht unterscheid ausdrücklich zwischen einer rein beschreibenden und einer herkunftsweisenden Marke. Die vorliegend rein deskriptive Marke „Plakat24“ sei bereits von vornherein aus dem Schutzbereich des § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ausgenommen, da mangels Nutzung der Marke zu

¹⁶ BGH, I ZR 183/03, Urteil vom 18.05.2006, "IMPULS", JurPC Web-Dok. 137/2006, Abs. 17

¹⁷ LG Hamburg, 315 O 25/99, Urteil vom 06.02.2000, CR 2000, S. 392, 394

¹⁸ LG Hamburg, 312 O 324/04, Urteil vom 21.09.2004, MMR 2005, S. 631, 632 f.

¹⁹ LG Hamburg, 312 O 950/04, Urteil vom 21.12.2004, MMR 2005, S. 629, 629 f.

²⁰ LG Leipzig, 5 O 146/05, Urteil vom 08.02.2005, MMR 2005, S. 622, 622f.

Unterscheidungszwecken keine Markenbenutzung i.S.d. § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG vorläge²¹.

Die Verwendung eines fremden Kennzeichens in Verbindung mit der Keyword-Standardoption „weitgehend passende Keywords“ soll auch nach Ansicht des OLG Frankfurt nicht als kennzeichenrechtlich relevante Benutzungshandlung angesehen werden, wenn dem Nutzer der Suchmaschine dadurch neben der Trefferanzeige für das als Suchbegriff eingegebene fremde Kennzeichen eine AdWord-Werbung für die gleichen oder ähnliche Produkte unter einem anderen Zeichen unterbreitet wird.

Das OLG Frankfurt begründete diese Ansicht mit Urteil vom 26.02.2008, Az.: 6 W 17/08²², auch damit, daß die AdWord-Werbung von den Trefferanzeigen erkennbar abgegrenzt dargestellt werde. Der Senat stellte fest, daß die Benutzung eines Zeichens nur dann kennzeichenrechtlich relevant sei, wenn dabei die Funktion der Marke und insbesondere ihre Hauptfunktion als Herkunftshinweis genutzt werde. Dies sei aber nur dann der Fall, wenn ein Zeichen in einer Art und Weise benutzt werde, die der durchschnittlich informierte, verständige und aufmerksame Durchschnittsverbraucher als Ursprungsbezeichnung für die betroffene Ware oder Dienstleistung verstehe. Wenn die Werbung deutlich von den übrigen Treffern abgesetzt ist, sei dies aber nicht der Fall.

Auch die Düsseldorfer Gerichte haben keine Bedenken hinsichtlich der Nutzung fremder Kennzeichen als AdWords. Bis zu den Entscheidungen des BGH zur Nutzung von Metatags²³ haben die Düsseldorfer Gerichte überwiegend damit argumentiert, daß bei einer unsichtbaren Verwendung der Bezeichnung eine kennzeichenmäßige Nutzung ausgeschlossen sei. Jetzt verweist das OLG Düsseldorf ausdrücklich auf die Rechtsprechung des BGH, wonach auch bei unsichtbarer Verwendung des Kennzeichens eine relevante Nutzungshandlung vorliegen kann²⁴. Gleichwohl hat das OLG Düsseldorf im Berufungsverfahren eine Entscheidung des LG Düsseldorf bestätigt, wonach kein Unterlassungsanspruch bei Nutzung fremder Kennzeichen als AdWords besteht²⁵. Begründet wird diese Auffassung nicht mehr mit der fehlenden Nutzung der Marke, sondern mit dem Fehlen einer Verwechslungsgefahr. Das OLG weist darauf hin, daß der Internetnutzer wegen des in der Anzeige verwendeten anderslautenden Kennzeichens und der Einblendung als Werbung nicht davon ausgehen würde, daß die Anzeigen alle in einem

²¹ OLG Dresden, 14 U 498/05, Urteil vom 30.08.2005, JurPC Web-Dok. 134/2006

²² http://www.rechtsanwaltmoebius.de/urteile/olg-frankfurt_6-w-17-08_google-marke-adwords.pdf

²³ BGH, I ZR 183/03, Urteil vom 18.05.2006, "IMPULS", JurPC Web-Dok. 137/2006

²⁴ OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.01.07 – 1-20 U 79/06, CR 07,256, 257- Beta-Layout unter Verweis auf BGH, Urt. V. 18.5.06 – I ZR 183/03, BGHZ 168, 28 – Impuls)

²⁵ LG Düsseldorf, Urt. V. 7.4.06- 34 O 179/05, bestätigt durch OLG Düsseldorf, Urt. V. 23.01.07 – I-20 U 79/06, CR 07, 256 – Beta-Layout

Zusammenhang mit der Marke oder dem Markeninhaber stünden, nach denen der Internetnutzer gesucht habe. Auch in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht könne das OLG keinen Verstoß gegen §§ 3, 4 Nr.10 UWG erkennen, wobei sich die Argumentation im Kern mit den Ausführungen des OLG Köln²⁶ deckt.

Zustimmung findet die Argumentation des OLG Düsseldorf in der Literatur, wo zahlreiche Beiträge darauf hinweisen, daß der Einsatz von AdWords weniger kritisch als der Einsatz von Metatags gesehen werden muß, da nicht die eigentliche Trefferliste manipuliert werde²⁷. Nur bei dieser erwarte der Internetnutzer ausschließlich solche Ergebnisse, die seiner Suchanfrage entsprächen. Werde zusätzlich Werbung eingeblendet, die als solche gekennzeichnet sei, bringe er diese nicht automatisch mit dem Suchbegriff in Verbindung, selbst wenn nach einem bestimmten Markenbegriff gesucht wurde.²⁸ Vergleichbares sei der Internetnutzer aus anderen Bereichen, etwa bei der Bannerwerbung, aber auch außerhalb der neuen Medien, gewohnt²⁹.

Pflicht zur Ausschließung der Verwendung fremder Kennzeichen bei der Standardoption „weitgehend passende Keywords“

Auch die Frage, ob der Google-Kunde verpflichtet ist, das Anzeigen seiner Werbung wegen der Standardoption „weitgehend passende Keywords“ bei Suchanfragen nach fremden Kennzeichen zu unterbinden, wird von der Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt.

Nach Ansicht des LG Berlin in seinem Urteil vom 21.11.2006, Az.: 15 O 560/06³⁰ kann von einem Werbenden im Vorfeld seiner Anzeigenschaltung nicht gefordert werden, zu prüfen, in welchem Umfang es durch die Verbindung des gebuchten Keywords mit weiteren Begriffen zu Kennzeichenverletzungen kommen könne, da dies den Rahmen des Zumutbaren übersteige. Sobald der Werbende jedoch auf eine Rechtsverletzung hingewiesen werde, habe er jedoch dafür Sorge zu tragen, daß es nicht zu weiteren Markenrechtsverletzungen komme.

Auch aus wettbewerbsrechtlicher Sicht sei eine derartige Prüfungspflicht nach Ansicht des OLG Karlsruhe mit Urteil vom 26.09.2007, Az.: 6 U 69/07³¹, zu verneinen. Eine Verpflichtung, ein "eingebettetes passendes Keyword" zu definieren, um eine Einblendung seiner Anzeige

²⁶ OLG Köln, Urt. V. 31.8.07 – 6 U 48/07, <http://www.jurpc.de/rechtspr/20080037.htm>

²⁷ Hüsch, CR 2007, S. 190-191 Anmerkung zu LG Braunschweig Urteil vom 15.11.2006 - 9 O 1840/06 (261)

²⁸ Stögmüller, CR 2007, 446, 452

²⁹ Stögmüller, CR 2007, 446, 453

³⁰ <http://www.suchmaschinen-und-recht.de/urteile/Landgericht-Berlin-20061121.html>

³¹ <http://www.jurpc.de/rechtspr/20080061.htm>

bei Verwendung eines fremden Unternehmenskennzeichens explizit zu verhindern, gebe es nicht.

Die Buchung fremder Kennzeichen als Markenverletzung

Das LG München hingegen beschloß in einer einstweiligen Verfügung ohne weitere Begründung, daß die Verwendung eines fremden Zeichens als Keyword im Rahmen von Google-AdWords auch dann als Kennzeichenrechtsverletzung anzusehen sei, wenn das Zeichen nicht im Anzeigentext erscheine³².

Die Braunschweiger Gerichte haben unter Bezug auf die Impuls-Rechtsprechung des BGH zum Einsatz von Metatags³³ angenommen, daß die Nutzung fremder Marken in Metatags mit der Nutzung von Marken als AdWords vergleichbar sei und einen markenrechtlichen Unterlassungsanspruch auch im Hinblick auf die Nutzung kennzeichenrechtlich geschützter Bezeichnungen als AdWord angenommen. Dieses zeigt die Entscheidung um die Marke „banabay“, die vom LG Braunschweig unter dem 14.03.07 entschieden³⁴ und vom OLG Braunschweig am 12.07.07 bestätigt wurde³⁵. Dabei wiederholte das LG ausdrücklich, daß AdWords wie Metatags zu behandeln seien. Das OLG stützte sich in seinem Urteilen im wesentlichen darauf, daß bei Verwendung fremder Kennzeichen als AdWords gerade die spezifische Lotsenfunktion der Marke ausgenutzt werde, was für eine Markenrechtsverletzung spreche.

Ohne Buchung fremder Kennzeichen erscheint bei Markensuche Einblendung der Werbung

Die markenrechtliche Haftung der mit fremden Marken als Keyword Werbenden ist nach der Auffassung des OLG Braunschweig³⁶ zudem auch dann möglich, wenn der jeweilig markengeschützte Begriff nicht selbst als Keyword bei der Gestaltung der Anzeige verwendet werde, sondern dieser Begriff aufgrund der Wahl der Standardoption „weitgehend passende Keywords“ von der Suchmaschine hinzugefügt werde.³⁷ In diesem Fall sollen die Werbenden zumindest verschuldensunabhängig als Störer haften, da sie mit der Wahl der Funktion „weitgehend passende Keywords“ an der Markenrechtsverletzung mitwirken, denn mit der Funktion „ausschließendes Keyword“ könnten die Werbenden Markenverstöße auch

³² LG München I, 9 HK O20800/05, Beschluss vom 27.10.05, <http://www.suchmaschinen-und-recht.de/urteile/Landgericht-Muenchen-20051027.html>

³³ BGH, I ZR 183/03, Urteil vom 18.05.2006, "IMPULS", JurPC Web-Dok. 137/2006

³⁴ <http://www.jurpc.de/rechtspr/20060140.htm>

³⁵ <http://www.jurpc.de/rechtspr/20080025.htm>

³⁶ OLG Braunschweig Urteil vom 11.12.2006 – 2 W 177/0, WRP 2007,437

³⁷ Google beschreibt diese Option so: „Für die Keyword-Option „weitgehend passende Keywords“ schaltet das AdWord-System Anzeigen für relevante Variationen Ihrer Keywords automatisch.(...)“

ausschließen³⁸. Dieser Einschätzung des OLG Braunschweig hat sich das OLG Stuttgart³⁹ in seinem Urteil vom 09.08.07 ausdrücklich angeschlossen.

Die Buchung fremder Kennzeichen, wenn die Marke aus Gattungsbegriffen besteht

Mit der Zulässigkeit der Nutzung beschreibender Bezeichnungen als AdWords setzte sich das OLG Karlsruhe auseinander⁴⁰. Der Inhaber der Domain „stellen-online.de“ versuchte erfolglos, sich gegen die Verwendung dieser Bezeichnung als AdWord durch Dritte zu wehren. Auf die entsprechenden Abmahnung hin strengte der Abgemahnte eine negative Feststellungsklage an, die im erstinstanzlichen Verfahren und Berufungsverfahren erfolgreich war. Allerdings bestand zugunsten des Domaininhabers kein markenrechtlicher Schutz, weswegen die Entscheidung des OLG Karlsruhe alleine auf Grundlage des Wettbewerbsrechts erging⁴¹. Dem Wettbewerber sollte untersagt werden, daß bei der Suche nach "stellen-online" keine AdWord-Werbung für ihn erfolgt. Dieser hatte jedoch nicht explizit die Bezeichnung als AdWord genutzt, sondern Werbung zu den Begriffen Stellenmarkt und Stellenanzeigen gebucht und dabei nur die Option „weitgehend passende Keywords“ aktiviert und damit von der Möglichkeit, bestimmte Begriffe oder Begriffskombinationen auszunehmen, keinen Gebrauch gemacht. Dies mußte er auch nach Ansicht des OLG Karlsruhe nicht, da es unter wettbewerbsrechtlichen Aspekten an einem möglichen Abfangen der Kunden fehle. Es könne nicht davon ausgegangen werden, daß Internetnutzer bei Verwendung der Bezeichnung „stellen-online“ nur nach dem entsprechenden Domaininhaber suchen wollten sondern sich zunächst nur einen generellen Überblick verschaffen möchten. Dies gelte erst recht bei allgemein gehaltenen Suchbegriffen. Vor diesem Hintergrund sei im Regelfall davon auszugehen, daß die Verwendung von Bezeichnungen, die nicht als Kennzeichen geschützt sind, weder unter markenrechtlichen noch unter wettbewerbsrechtlichen Aspekten unzulässig seien.

Das LG Leipzig nahm mit Urteil v. 08.02.05, Az.: 5 O 146/05, keine Markenrechtsverletzung an, wenn nur beschreibende Angaben als Keywords benutzt wurden⁴². Im zugrundeliegenden Fall benutzte der AdWord-Werbende die Keywords „Plakat 24“. Dies stelle nach dem LG Leipzig schon kein beachtliches Kennzeichen dar. Das Gericht führte ferner aus, daß eine wettbewerbsrechtliche Verletzung im Sinne von § 3, 4 Nr. 10 UWG voraussetze, daß ein Wettbewerber bei üblicher Nutzung einer Suchmaschine sich mit seiner Anzeige vor den Kennzeicheninhaber dränge. Die Leipziger Entscheidung wurde später

³⁸ OLG Braunschweig Urteil vom 11.12.2006 - 2 W 177/0, WRP 2007,437, 439f

³⁹ OLG Stuttgart Urteil vom.09.08.2007 – 2 U 23/07, MMR 2007, 649

⁴⁰ OLG Karlsruhe, Urt. V. 26.9.2007 – 6 U 69/07, WPR 2008, 135, stellen-online.de

⁴¹ <http://www.jurpc.de/rechtspr/20080061.htm>

⁴² <http://www.suchmaschinen-und-recht.de/urteile/Landgericht-Leipzig-20050208.html>

durch Urteil vom 30.8.2005, Az.: 14 U 498/05, des OLG Dresden bestätigt⁴³. Ein Unternehmen, das bei Google mit AdWord werbe, sei lauterkeitsrechtlich nicht verpflichtet es zu unterlassen, allgemein beschreibende Begriffe als Keywords zu verwenden, wenn dies dazu führe, daß seine Werbeanzeige auch dann erscheine, wenn ein Internet-Nutzer als Suchbegriff eine Internetadresse oder eine Firmenbezeichnung eines Wettbewerbers eingibt, die die gleichen Begriffe enthält.

Das OLG Stuttgart differenziert in seinem Urteil vom 09.08.2007, Az.: 2 U 23/07, zwischen unterscheidungskräftigen und beschreibenden Marken⁴⁴. Bei unterscheidungskräftigen Marken liege nach der Auffassung des OLG Stuttgart ein Herkunftshinweis und somit ein kennzeichenmäßiger Gebrauch der fremden Marke vor, während dieses hingegen bei rein beschreibenden Kennzeichen nicht der Fall sei.. Das OLG Stuttgart argumentiert, daß von einer kennzeichenmäßigen Verwendung des fremden Zeichens nur dann ausgegangen werden könne, wenn es sich um ein unterscheidungskräftiges Zeichen handele. Dies sei der Fall, wenn das Kennzeichen geeignet ist, die Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denen eines anderen zu unterscheiden. So ergebe sich ein betrieblicher Herkunftshinweis. Verwende der AdWords-Kunde ein Keyword, das „beschreibend“ ist, also ausschließlich die Art, Gattung, Merkmale oder Eigenschaften der von ihm angebotenen Produkte bezeichnet, so verwende er dieses Kennzeichen nicht als Herkunftshinweis, also auch nicht kennzeichenmäßig, sondern nur beschreibend als inhaltliche Orientierungshilfe.

Mit Urteil vom 28.11.07, Az.: 22 O 2623/07⁴⁵ sah auch das LG Braunschweig keine Notwendigkeit, eine zunächst erlassene Verfügung wegen der Nutzung der Bezeichnungen "Packstation" oder "Postbox" als AdWords zu bestätigen. Es fehle an einer markenrechtlichen Verwechslungsgefahr, wenn der Antragssteller sich auf eine Wort-Bildmarke berufe, der Textbestandteil aber im Wesentlichen beschreibend sei. In diesem Fall würden „bloß die neusten Möglichkeiten des neuen Mediums“ genutzt, wobei „das Auswahlverfahren auf legitime, lautere Weise beeinflusst“ wird.“

Die Erwägungen des Landgerichts München I in seinem Beschluß vom 10.04.2008, Az.: 1 HK O 5500/08⁴⁶ und die im Folgebeschluß darauf aufbauende Begründung des Oberlandesgerichts München vom 06.05.2008, Az.: 29 W 1355/08⁴⁷, für die generische Kombinationsmarke POSTERLOUNGE, nahm ausdrücklich zu der Frage Stellung, ob bei

⁴³ <http://www.jurpc.de/rechtspr/20060134.pdf>

⁴⁴ <http://www.linksandlaw.de/urteil189-benutzung-keywords-werbung.htm>

⁴⁵ LG Braunschweig Urteil vom 28.11.2007, <http://www.linksandlaw.de/urteil208-bildmarke-adword.htm>

⁴⁶ http://www.rechtsanwaltmoebius.de/urteile/lg-muenchen_1hk-5500-08-google_adwords_marke.pdf

⁴⁷ http://www.rechtsanwaltmoebius.de/urteile/olg-muenchen_29W-1355-08_google_adwords_marke.pdf

einer Anzeigenschaltung über Google eine Markenverletzung vorliege, wenn die gesuchte Marke aus Gattungsbegriffen zusammengesetzt sei.

Wenn die Verwendung beschreibender Begriffe und der Option "weitgehend passende keywords" bei der Eingabe eines geschützten Zeichens als Suchbegriff zur Anzeige von AdWords-Anzeigen eines Konkurrenten des Inhabers eines Zeichens mit generischem Bestandteil führe, sei hierin keine Kennzeichenrechtsverletzung zu sehen, denn es müsse die Möglichkeit bestehen, für die Beschreibung bestimmter Warengruppen, die jeweils beschreibenden Wortbestandteile dieser Warengruppe als Suchworte für die Plazierung von AdWords-Anzeigen zu verwenden, ohne solche Marken auf eine "blacklist" setzen zu müssen, die aus den beschreibenden Wortbestandteilen dieser Warengruppe bestehen.

Weil die Antragstellerin nicht glaubhaft gemacht habe, daß eine unmittelbare Nutzung des mit den Antragsschutzrechten identischen Zeichens durch Verwendung dieses Begriffes als Suchwort für die Google-Adword-Anzeige erfolgte, könne es auch sein, daß lediglich ein Gattungsbegriff in der Standardoption „weitgehend passende Keywords“ als Suchwort verwendet wurde. Ferner sei der Gattungsbegriff mit dem Antragsschutzrecht nicht verwechslungsfähig und eine Nutzung nach § 23 Ziff. 2 MarkenG privilegiert.

Im Ergebnis verwiesen LG und OLG München die Antragstellerin auf ihre Last der Glaubhaftmachung, daß nach Markenabfrage tatsächlich auch ein geschützter Begriff zur Anzeige der Konkurrenz geführt habe und nicht bloß der beschreibende und damit schutzunfähige Gattungsbegriff als Bestandteil der streitbefangenen Marke.

Ähnlich argumentierte das Kammergericht Berlin in seinem Urteil vom 26.09.2008, Az.: 5 U 186/07⁴⁸, im Streit um eine Suchanfrage nach „europamöbel“ oder „europa-möbel“, weil sich der streitgegenständliche Teil der Firma der Klägerin aus zwei glatt beschreibenden Begriffen zusammensetze, die auch in ihrer Zusammensetzung nicht über eine Beschreibung im Sinne von „Möbel aus Europa“ oder „europäische Möbel“ hinausführe.

Der Ansicht der Münchner Gerichte aus deren oben angeführten Beschlüssen hat sich nun auch das LG Düsseldorf in seinen Urteilen vom 14.01.2009, Az.: 2a 25/08⁴⁹ und 2a 29/08⁵⁰ angeschlossen, indem es im Streit um die Marke "KOSIMA-HAUS" ausführt, daß die Nutzung rein beschreibender Begriffe als Keyword nach § 23 Nr. 2 MarkenG auch dann privilegiert wäre, wenn sie in der Standardeinstellung "weitgehend passende Keywords"

⁴⁸ http://www.rechtsanwaltmoebius.de/urteile/kg-berlin_5-u-186-07-google-adwords-marke.html

⁴⁹ http://www.rechtsanwaltmoebius.de/urteile/lg-duesseldorf_urteil_2a-o-25-08_google_adwords_marke.pdf

⁵⁰ http://www.rechtsanwaltmoebius.de/urteile/lg-duesseldorf_urteil_2a-o-29-08_google_adwords_marke.pdf

dazu führe, daß eine Anzeige bei der Suchanfrage nach einer Marke erscheine, die den als Keyword gebuchten Gattungsbegriff als Teil der Marke enthalte.

Die Rechtsprechung der Braunschweiger Gerichte

Auch mit Urteil vom 30.01.08, Az.: 9 O 2958/07 verneinte das Landgericht Braunschweig das Vorliegen der Voraussetzungen eines markenrechtlichen Unterlassungsanspruchs, da der Kläger nicht habe glaubhaft machen können, daß das geschützte Zeichen tatsächlich als Keyword benutzt worden sei⁵¹. Sei es durch direkte Eingabe durch den Beklagten oder über die quasi automatische Hinzufügung durch die Google-Standardoption "weitgehend passende Keywords". Das betreffende Kennzeichen wurde im konkreten Fall weder direkt als Keyword benutzt, noch befand es sich auf der von Google generierten Keyword-Auswahlliste.

In einer weiteren Entscheidung des LG Braunschweig vom 26.03.2008, Az.: 9 O 250/08, verneinte das Gericht schließlich eine markenmäßige Benutzung eines Kennzeichens durch eine Anwaltskanzlei, die die Marke als keyword gebucht hatten, um diesbezügliche Beratungsleistungen anzubieten⁵². In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH sei nicht schon jede Benutzung eines Zeichens im geschäftlichen Verkehr auch als Markenbenutzung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 MarkenRL anzusehen. Dies folge daraus, daß auf die Unterscheidungsfunktion der Marke abzuheben sei. Eine Markenbenutzung im Sinne einer Verletzungshandlung nach der MarkenRL bzw. § 14 Abs. 2 MarkenG setze voraus, daß die Benutzung der Marke jedenfalls im Rahmen des Produkt- oder Leistungsabsatzes auch der Unterscheidung der Waren/Dienstleistungen eines Unternehmens von denen anderer diene. Bei der Beurteilung der markenmäßigen Verwendung sei daher von der Auffassung der durch die entsprechende Werbung angesprochenen Personen auszugehen und demnach von durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchern. In diesem Fall verwendeten die Beklagten das klägerische Zeichen nicht in herkunftshinweisender Funktion, sondern als Schlagwort im Rahmen einer exemplarischen Benennung des klägerischen Zeichens als Arbeitsfeld für eigene Beratungsleistungen.

Obwohl das LG Braunschweig in den oben genannten Fällen keine Markenrechtsverletzung annahm, gab es seine grundsätzliche Argumentationsweise hinsichtlich der AdWords-Problematik nicht auf., die vom OLG Braunschweig jeweils bestätigt wurde.

⁵¹ http://www.rechtsanwaltmoebius.de/urteile/lg-braunschweig_urteil_9-O-2958-07_google-adwords_marke.pdf

⁵² http://www.rechtsanwaltmoebius.de/urteile/lg-braunschweig_urteil_9-O-250-08_google-adwords_marke.pdf

Mit Urteil vom 28.12.2005, Az.: 9 O 2852/05 (388)⁵³, Beschluß vom 05.12.2006, Az.: 5 W 23/06⁵⁴, Beschluß vom 11.12.2006, Az.: 2 W 177/06⁵⁵ und Urteil v. 12.07.2007, Az.: 2 U 24/07⁵⁶ sprach sich das OLG Braunschweig grundsätzlich dafür aus, die Benutzung eines Kennzeichens als AdWord entsprechend der BGH-Impuls-Rechtsprechung zu behandeln.

Es vertrat in den oben bezeichneten Fällen die Position, daß durch die Nutzung eines Kennzeichens als AdWord die jeweilige Suchmaschine dazu veranlaßt werde, bei Eingabe des Wortzeichens durch den Suchmaschinenbenutzer im Internet die Werbung des AdWord-Verwenders neben der Trefferliste anzuzeigen, obwohl das Wortzeichen als Marke einem anderen Inhaber zugeordnet sei. Auf diese Art und Weise mache sich der Werbende die Kraft der fremden Marke zu Nutze und profitiere aus der für Marken spezifische „Lotsenfunktion“. Unter Lotsenfunktion sei der Vorgang zu verstehen, durch Benutzung einer fremden Marke in einem großen Angebot gezielt zur eigenen Ware oder Dienstleistung hinzulenken. Aus der Kennzeichnung des Suchergebnisses als Anzeige entnehme der Suchende nur, daß die Anzeige bei Eingabe des Suchworts - anders als die Treffer in der eigentlichen Trefferliste - deshalb an dieser Stelle erscheine, weil dafür bezahlt worden sei.

Nach Auffassung des OLG Braunschweig sei es dabei völlig unerheblich, ob das fremde Kennzeichen selbst als AdWord/Keyword benutzt wird, oder anders lautende AdWords gebucht wurden, die dem Kennzeichen automatisch von der Suchmaschine über die Funktion „weitgehend passende Keywords“ zugeordnet würden. Der Verwender sei auch in diesem Fall als Störer anzusehen, weil er zu der Verletzung des geschützten Rechtsguts in adäquat kausaler Weise beitrage.

Das "Hinzufügen von Keywords" in der Rechtsprechung des OLG Braunschweig

Den Mythos des "Hinzufügen von Keywords" durch die Suchmaschine Google bei Beibehaltung der vorgegebenen Standardoption „weitgehend passende Keywords“ hat das Oberlandesgericht Braunschweig im Beschluß vom 11.12.2006, Az.: 2 W 177/06⁵⁷, kreiert, als es dort folgendes ausführte:

"Die Verfügungsbeklagte ist auch, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, für die Markenrechtsverletzung verantwortlich, obwohl sie den Begriff „Jette Schmuck“ nicht selbst als Keyword bei Gestaltung der Anzeige verwendet hat, sondern dieser Begriff auf Grund der

⁵³ <http://www.linksandlaw.de/urteil109-adwords-metatags.htm>

⁵⁴ WRP 2007, 435

⁵⁵ http://www.rechtsanwaltmoebius.de/urteile/olg-braunschweig_2W177-06-google-adwords-marke.html

⁵⁶ http://www.rechtsanwaltmoebius.de/urteile/olg-braunschweig_2-U-24-07-google-adwords-marke.html

⁵⁷ http://www.rechtsanwaltmoebius.de/urteile/olg-braunschweig_2W177-06-google-adwords-marke.html

Funktionsweise der von Google angebotenen Adwords bei Wahl der Standardoption „weitgehend passende Keywords“ von der Suchmaschine hinzugefügt wurde."

Dieses Mißverständnis einer aktiven Verwendung nicht gebuchter Keywords durch Google haben auch andere Gerichte übernommen. So spricht das Oberlandesgericht Stuttgart in seinem Urteil vom 26.07.2007, Az.: 2 U 23/07⁵⁸, davon:

"Dass nicht der Beklagte selbst das Keyword „pcb-pool“ eingegeben, sondern die Suchmaschine dieses auf Grund der vom Beklagten gewählten Option „weitgehend passende Keywords“ verwendet hat, steht der Haftung des Beklagten nicht entgegen."

Auch das OLG Frankfurt, welches der Haltung des OLG Braunschweig grundsätzlich ablehnend gegenübersteht, geht in seinem Beschluß vom 26.02.2008, Az.: 6 W 17/08⁵⁹, offensichtlich von einer aktiven Zuordnung nicht gebuchter Keywords durch Google aus:

"Da somit eine markenmäßige Benutzung eines (fremden) Kennzeichens regelmäßig schon dann ausscheidet, wenn dieses Zeichen selbst als AdWord verwendet wird, gilt dies erst recht, wenn der Werbende - wie im vorliegenden Fall - ein anders lautendes AdWord angegeben hat, welches erst durch die Wahl der Option „weitgehend passende Keywords“ von dem Betreiber der Suchmaschine dem (fremden) Kennzeichen zugeordnet wird."

Diese falsche Grundannahme hat sich mittlerweile derart verbreitet, daß auch Rechtsanwälte diesen Irrtum im Internet wie folgt aufrechterhalten⁶⁰:

"Wer mit Google-AdWords wirbt, kann sogenannte Keywords eingeben. Dies sind Suchworte, bei deren Eingabe in Google automatisch die gewünschte Anzeige einblendet. Die Auswahl der keywords trifft jeder Nutzer grundsätzlich selbst. Google bietet aber auch die Option „weitgehend passende Keywords“. Wählt man diese Funktion, fügt Google von sich aus Suchwörter hinzu, bei deren Eingabe dann jeweils die Anzeige die Anzeige auftaucht. Die Auswahl dieser zusätzlichen Suchwörter trifft Google."

⁵⁸ <http://www.telemedicus.info/urteile/Marken-und-Namensrecht/Keywordwerbung/465-OLG-Stuttgart-Az-2-U-2307-Haftung-fuer-weitgehend-passende-Keywords.html>

⁵⁹ http://www.rechtsanwaltmoebius.de/urteile/olg-frankfurt_6-w-17-08_google-marke-adwords.pdf

⁶⁰ <http://www.anwalt24.de/rechtsanwalt/viola-rust-sorge-8335393/blog/15/3107/vorsicht-bei-google-adwords-gespaltene-rechtsprechung-bei-verwendung-der-option-weitgehend-passende-keywords>

Die Position von Google zum "automatischen Hinzufügen von keywords"

Im Prozeß vor dem Landgericht Braunschweig zum Az.: 22 O 1875/07 (165) wurde auf dieses grundlegende Mißverständnis durch ein Parteigutachten von der Google Germany GmbH reagiert, woraufhin die Klage der Markeninhaberin zurückgezogen wurde. Eine Entscheidung zu diesem Aktenzeichen ist deshalb nicht zu finden.

Den Mythos des "automatischen Hinzufügens von keywords" gibt es den Ausführungen des oben genannten Gutachtens folgend nicht, wenn dort wie folgt Stellung genommen wird:

4. Häufige Irrtümer zur Funktionsweise, insbesondere zur Standardeinstellung „weitgehend passende Keywords“

Relativ häufig ist das Mißverständnis, daß bei der Eingabe von Keywords in der Standardeinstellung „weitgehend passende Keywords“ die Liste der Keywords von Google AdWords „automatisch“ erweitert werde und diese erweiterte Liste zudem einsehbar sei, wenn man die Suchfunktion des Keyword-Tools nutze. Dies trifft nicht zu. (*Gutachten Seite 21*)

Da ein Ansatzpunkt in der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Braunschweig die falsche Annahme ist, es gäbe die von Google selbständig hinzugefügten Keywords, liegt ein Schwerpunkt der Ausführungen des Gutachtens auch in der Stellungnahme zu dieser These:

(3) Keine Zuordnung weiterer Keywords

Wie oben bei der Erläuterung der Standardeinstellung „weitgehend passende Keywords“ beschrieben, werden den ausgewählten Keywords keine weiteren Keywords zugeordnet. Weder ist es dem Anzeigenkunden möglich, eine „erweiterte Liste“ einzusehen – da diese nicht existiert – noch hat der Anzeigenkunde in irgendeiner Weise einen Einfluß auf diese Funktion. (*Gutachten Seite 24/25*)

3. Keine Kennzeichenverletzung durch die Wahl der Keyword-Option „weitgehend passende Keywords“

Nicht selten wird vorgetragen, daß die Verwendung der Option „weitgehend passende Keywords“ eine Benutzung eines Kennzeichens darstelle. Begründet wird dies mit der – unzutreffenden - Behauptung, daß dem Werbekunden bei Nutzung der Standardfunktion „weitgehend passende Keywords“ passend zu dem vom Kunden gewählten Keyword eine „Keyword-Liste“ präsentiert werde, die dem Kunden als Keyword-Nutzer einen Überblick über diverse Keyword-Variationen gegeben würde

und die in Verbindung mit dem tatsächlich gebuchten Keyword stünden. Mit dieser Argumentation wird der Eindruck erweckt, der Anzeigenkunde würde im Zusammenhang mit der Buchung eines Keywords automatisch die möglichen Erweiterungen angezeigt bekommen und diese Erweiterungen im Verlaufe des Buchungsvorgangs bewußt akzeptieren und so aktiv seinen Keywords hinzufügen. Ein solcher Vorgang findet – wie in den technischen Erläuterungen bereits ausführlich dargelegt – nicht statt. (*Gutachten Seite 31*)

Folgt man den in diesem Prozeß erfolgten Ausführungen der Google Germany GmbH, gibt es das "automatische Hinzufügen von Keywords" nicht, allenfalls lösen durch den Suchmaschinennutzer eingegebene Suchanfragen Anzeigeneinblendungen aus, wenn die Suchanfragen den vom Google-Kunden gebuchten Keywords ähnlich sind. Auf welche Bestandteile einer Suchanfrage dabei die Suchmaschine Google reagiert und wie die Ähnlichkeit zwischen Suchwort und gebuchtem Keyword aussieht, ist von Fall zu Fall verschieden und entzieht sich in der Regel der positiven Kenntnis der Parteien eines Markenrechtsstreits.

Die "Kosima-Haus"-Verfahren vor dem Landgericht und Oberlandesgericht Braunschweig

In den sogenannten Kosima-Haus-Verfahren stritten die Parteien um die Verletzung der Wortmarke "KOSIMA-HAUS" im Rahmen einer Google-Adwords-Kampagne und einer nach der Markensuche erscheinenden Anzeige im abgegrenzten Anzeigenbereich auf der Google-Website und um den Fall, daß

- die Marke von den Beklagten weder gebucht noch in der Anzeige selbst ersichtlich war,
- ohne Zutun die Standardoption "weitgehend passende Keywords" verwendet wurde,
- die streitbefangene Marke aus keiner Google-Liste für die Beklagten ersichtlich war und
- die streitbefangene Marke aus einem Namen und einem Gattungsbegriff, verknüpft mittels Bindestrich, besteht.

Die auf Unterlassung verklagten Firmen hatten jeweils das Wort "Haus" oder Worte als Keywords gebucht, die den Wortbestandteil "haus" enthalten, wie "Fertighaus", "Hausbau", "Fertighäuser", "Niedrigenergiehaus", "Niedrigenergiehäuser", "Energiesparhaus", "3-Liter-Haus", "Energiesparhäuser" oder "1-Liter-Haus". Bei Eingabe der Kombinationsmarke "Kosima-Haus" als Suchwort erschien eine Anzeige der Beklagten in der rechten Anzeigenspalte der Suchmaschine Google.

Während die 2. Handelskammer des Landgerichts Braunschweig in den Kosima-Haus-Prozessen schon unter Hinweis auf die mögliche Rechtswahrung der Markeninhaberin durch eine schnellere und kostenfreie Markenbeschwerde⁶¹ bei der Google Deutschland GmbH keine Rechtsverletzung annahm, Beschluß AZ.: 22 O 697/08⁶², sah die 9. Zivilkammer des Landgerichts Braunschweig in zahlreichen Urteilen die Verletzungshandlung der Beklagten jeweils darin, daß deren "Anzeige auf ein geschütztes Zeichen reagiert"⁶³.

Die oben bereits erläuterten technischen Voraussetzungen für den Abfragevorgang hatte das Landgericht durchaus erkannt, wenn es in seinem Urteil vom 28.05.2008, Az. 9 O 381/08 (054)⁶⁴, davon spricht, daß "Google für die Schaltung von Anzeigen die sogenannte Wortgruppensuche nicht" berücksichtigt und insoweit auch einzelne Worte aus durch Anführungszeichen geklammerte Wortgruppen Anzeigenschaltungen auslösen können.

"In der Standardsuche verknüpft Google mehrere Suchbegriffe mit dem Operator UND. Es werden im Suchergebnis Seiten angezeigt, die irgendwo diese Begriffe enthalten. Setzt der Nutzer die Worte zusätzlich in Anführungszeichen werden in den Suchergebnissen nur Seiten angezeigt, die diese genaue Wortgruppe enthalten."⁶⁵

Das Landgericht hatte auch erkannt, daß "Google für die Schaltung der Anzeigen auch auf Bestandteile von Suchbegriffen reagiert". Mit anderen Worten: Für die Anzeigenschaltung verknüpft Google mehrere Suchbegriffe mit dem Operator ODER.

Während Google damit bei der Suche nach der Kombinationsmarke "KOSIMA-HAUS" bei den Standardsuchtreffern nur Seiten anzeigte, die genau die Wortgruppe "Kosima-Haus" enthielten, wurden in der Anzeigenspalte auch solche Inserate angezeigt, denen lediglich ein Wort oder ein Wortbestandteil aus der Wortgruppensuche nach "Kosima-Haus" zugeordnet werden konnte.

⁶¹ <http://adwords.google.com/support/bin/answer.py?hl=de&answer=50007> "Falls wir eine Beschwerde von einem Markeninhaber erhalten, beschränkt sich unsere Überprüfung darauf, sicherzustellen, dass die betreffenden Anzeigen die Marken nicht im Anzeigentext oder als Keywordauslöser verwenden. Ist dies der Fall, fordern wir den Kunden auf, den geschützten Begriff aus seinem Anzeigentext oder aus der Keyword-Liste zu entfernen. Wir stellen zudem sicher, dass der Kunde diesen geschützten Begriff auch in Zukunft nicht mehr in Anzeigen verwendet. Beachten Sie, dass diese Überprüfung nur bei Google oder von Google geschaltete Anzeigen betrifft."

⁶² http://www.rechtsanwaltmoebius.de/urteile/lg-braunschweig_beschluss_22-O-697-08_google-adwords_marke.pdf

⁶³ http://www.rechtsanwaltmoebius.de/urteile/lg-braunschweig_urteil_9-O-250-08_google-adwords_marke.pdf
http://www.rechtsanwaltmoebius.de/urteile/lg-braunschweig_urteil_9-O-368-08_google-adwords_marke.pdf
http://www.rechtsanwaltmoebius.de/urteile/lg-braunschweig_urteil_9-O-367-08_google-adwords_marke.pdf
http://www.rechtsanwaltmoebius.de/urteile/lg-braunschweig_urteil_9-O-377-08_google-adwords_marke.pdf

⁶⁴ http://www.rechtsanwaltmoebius.de/urteile/lg-braunschweig_urteil_9-O-381-08_google-adwords_marke.pdf

⁶⁵ http://www.rechtsanwaltmoebius.de/urteile/lg-braunschweig_urteil_9-O-381-08_google-adwords_marke.pdf

Damit ist davon auszugehen, daß das Wortzeichen, welche den streitgegenständlichen Anzeigentreffer der Beklagten auslöste, "Kosima-Haus" ODER "Kosima" ODER "Haus" gewesen ist, es aber nicht belegbar war, daß gerade das Wortzeichen "Kosima-Haus" als eines von drei möglichen Zeichen den Anzeigentreffer auslöste und damit eine Markenverletzung vorlag. Denn jedenfalls war das Wortzeichen "Haus" als eine der drei in Betracht kommenden Möglichkeiten für die Auslösung der Anzeige nicht der Klägerin als Marke zugeordnet.

Im Berufungsverfahren hat das OLG ebenfalls das schlichte Erscheinen der Anzeige bei der Google-Suche nach der Kombinationsmarke "KOSIMA-HAUS" als ursächlich für eine Markenverletzung ausreichen lassen. Nach Ansicht des OLG reiche auch die bloße Reaktion von Google auf den Begriff "Haus" aus, um eine Markenverletzung anzunehmen. Denn jedenfalls hätte der Google-Kunde ab Kenntnis von dem Umstand, daß seine Anzeige bei der Anfrage nach der Marke "Kosima-Haus" erschien - selbst wenn nur das Wort "Haus" auslösender Faktor gewesen sei - die streitbefangene Marke als ausschließendes Keyword buchen müssen, OLG Braunschweig, Hinweisbeschuß vom 10.10.2008, Az.: 2 U 53/08⁶⁶.

Spätestens mit dem Zurückweisungsbeschuß vom 14.11.2008 im gleichen Verfahren hat sich das OLG Braunschweig jedoch von der Vorstellung des "automatischen Hinzufügens von Keywords" gelöst⁶⁷ und vertritt nunmehr unabhängig davon, ob die Marke einen frei verwendbaren Gattungsbegriff enthält, die schlichte Formel "Suchtreffer in der Anzeigenspalte bedeutet Markenverletzung".

Stellungnahme

Ob eine markenrechtliche Verletzungshandlung bei aktiver Buchung eines fremden Kennzeichens im Rahmen des Google-Adword-Programms vorliegt, soll an dieser Stelle offengelassen werden. Eine höchstrichterliche Klärung dieser Frage auch unter Berücksichtigung des Aspekts, inwieweit es sich bei der Verwendung fremder Marken auswirkt, daß die AdWord-Werbung von den Trefferanzeigen erkennbar abgegrenzt dargestellt wird, ist in Kürze zu erwarten.

Unabhängig von dieser grundsätzlichen Klärung wird die Beantwortung der Fragestellung zum Problemkreis von Markenverletzungen durch die Verwendung der Standardeinstellung

⁶⁶ http://www.rechtsanwaltmoebius.de/urteile/olg-braunschweig_beschluss_2-u-53-08_a_google-adwords_marke.pdf

⁶⁷ http://www.rechtsanwaltmoebius.de/urteile/olg-braunschweig_beschluss_2-u-53-08_b_google-adwords_marke.pdf

"weitgehend passende Keywords" unter der Voraussetzung, daß die Verletzung einer beschreibenden Marke oder Kombinationsmarke in Rede steht, die aus einem Gattungsbegriff und einem Namen besteht, die Gerichte noch längere Zeit beschäftigen.

Da ein Gattungsbegriff gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG nicht als Marke schutzfähig ist, kann sich die Unterscheidungskraft einer derart kombinierten Marke nur aus dem Namensbestandteil der Marke ergeben.

Für die Verletzung einer solchen zusammengesetzten Marke im Rahmen einer Google-Adwords-Kampagne muß demnach in irgendeiner Form eine Handlung nachgewiesen werden, die sich auf den schutzfähigen Bestandteil der streitbefangenen Marke bezieht. Denn eine Markenverletzung nach § 14 Abs. 2 MarkenG kann grundsätzlich nur dann angenommen werden, wenn eine Handlung das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal einer markenmäßigen Verwendung erfüllt. Dies setzt natürlich voraus, daß überhaupt eine kausale Handlung vorliegt, von der angenommen werden kann, sie stelle einen Anknüpfungspunkt für eine Markenverletzung dar.

Insbesondere in den Fällen, in welchen der Google-Kunde ohne weiteres Zutun bei seiner Adwords-Kampagne die Standardoption "weitgehend passende Keywords" beibehält und als Keywords ausschließlich Gattungsbegriffe gebucht hat, fällt es schwer, eine derartige Handlung als Anknüpfungspunkt zu finden. Die grundsätzliche Teilnahme am Adword-Programm von Google sollte als relevante Handlung ausscheiden, da insoweit überhaupt noch keine nach außen gerichtete Tätigkeit erkennbar ist.

Das Oberlandesgericht Braunschweig sieht dagegen als vorwerfbares Verhalten entweder das Unterlassen der Verwendung der Option "genau passende Keywords" oder nach Erhalt der Abmahnung das Unterlassen der Verwendung der Option "ausschließendes Keyword" in Bezug auf die Klagemarke⁶⁸ als relevante Verletzungshandlung an.

Dabei wird jedoch der entscheidende Aspekt übersehen, daß Google für die Einblendung der Anzeigen die Wortgruppensuche nicht berücksichtigt und daher nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, daß bei einer Suche nach einer Kombinationsmarke durch den Suchmaschinennutzer überhaupt ein technischer oder menschlicher Faktor auf Seiten der Suchmaschine oder auf Seiten des Google-Kunden für die Anzeigeneinblendung im Zusammenhang mit der nur insgesamt schutzfähigen Marke verantwortlich sein muß. Denn wenn die Suchmaschinenabfrage z. B. nach der Wortmarke "KOSIMA-HAUS" durch einen

⁶⁸ http://www.rechtsanwaltmoebius.de/urteile/olg-braunschweig_beschluss_2-u-53-08_b_google-adwords_marke.pdf

Suchmaschinennutzer erfolgt, können Anzeigentreffer entweder durch das Keyword "Kosima-Haus" oder "Kosima" oder den Gattungsbegriff "Haus" ausgelöst werden.

Da aber die Anzeigeneinblendung nur wegen des freihaltebedürftigen Begriffs "Haus" erfolgt sein kann, fehlt es bis zum Nachweis des Gegenteils schon an einem kausalen Vorgang mit markenrechtlicher Relevanz. Der Markeninhaber selbst müßte schließlich den Nachweis führen, daß sich die Anzeigeneinblendungen auf die Keywords "Kosima-Haus" oder den Namen "Kosima" zurückführen lassen.

Nur wenn man davon ausginge, daß Google den Namensbestandteil "Kosima" der Keywordliste des Google-Kunden automatisch hinzufügen würde, wäre eine Verletzungshandlung durch Akzeptanz einer solchen automatischen Hinzufügung denkbar. Für das Vorliegen einer solchen automatischen Funktion wäre aber ebenfalls der Markeninhaber beweisbelastet.

Damit ist der Nutzer der Standardoption "weitgehend passende Keywords" im Falle der ausschließlichen Buchung von Gattungsbegriffen als Keyword grundsätzlich nicht verpflichtet, der Einblendung seiner Werbeanzeige entgegenzuwirken, wenn diese in Folge einer Suchanfrage nach einer Kombinationsmarke erscheint. Denn das Risiko der Verwendung nicht kennzeichnungskräftiger Bestandteile in Kombinationsmarken aus Name und Gattungsbegriff hat ausschließlich der Verwender einer nur begrenzt unterscheidungskräftigen Marke zu tragen und nicht derjenige, der ausschließlich freihaltebedürftige Begriffe im Rahmen einer Google-Adwords-Kampagne verwendet.

Rechtsanwalt Ralf Möbius LL.M. Rechtsinformatik
Fachanwalt für Informationstechnologierecht