

# Meta-Tags, Google-AdWords & Search Engine Optimizing (SEO)

Thomas Hoeren<sup>1</sup>

*Im Folgenden wird die deutsche Rechtsprechung zu Search Engine Optimizing vorgestellt und problematisiert. Dabei richtet sich das Augenmerk vor allem auf die neue Entscheidung des BGH zu Ortlieb sowie weiteren Urteilen von Instanzgerichten zur Nutzung von Marken bei Amazon und Co.*

Sehr häufig finden sich Unternehmen mit ihrem WWW-Angebot bei den Suchmaschinen schlecht platziert. Wer nicht auf den ersten Seiten von Google und Co. erscheint, wird oft gar nicht gefunden. Diese fatale Situation führte zu der neuen Branche des Search Engine Optimizing (SEO).

## I. Verwendung markenrechtlicher Begriffe und Logos

Schwierig ist die Lage, wenn jemand ein Recht hat, eine Bezeichnung zu verwenden. Man denke z.B. an einen Miele-Händler, der die Bezeichnung „Miele“ in seine Meta-Tags integriert. Der *EuGH* hat hierzu festgestellt, dass es Händlern markenrechtlich nicht verwehrt werden könne, die Bezeichnungen von Markenprodukten (einschließlich der Logos) für den Verkauf ihrer Produkte zu verwenden.<sup>2</sup> Fraglich ist aber, ob dies z.B. auch den tausendfachen Gebrauch des Wortes „Miele“ in den Meta-Tags abdecken würde. Hier wäre an §§ 3, 4 Nr. 4 UWG zu denken, wenn der Händler sich durch solche Massenverwendungen eines geschützten Begriffs eine ihm (gerade im Verhältnis zum Hersteller) nicht zukommende Position in den Suchmaschinenergebnissen sichert.<sup>3</sup> Allerdings ist die Verwendung von Meta-Tags, die keinen sachlichen Bezug zu den auf einer Internetseite angebotenen Informationen und Inhalten aufweisen, nicht per se wettbewerbswidrig, wie das *OLG Düsseldorf*<sup>4</sup> gegenüber dem *LG Düsseldorf*<sup>5</sup> klargestellt hat. Nach

Auffassung des *OLG Thüringen*<sup>6</sup> kann einer Nissan-Vertragswerkstatt die Verwendung des Nissan-Logos verboten werden. Das Gericht wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass trotz entsprechender Erschöpfung des § 24 Abs. 2 MarkenG und der darin enthaltene Grundsatz der Irreführungsgefahr zu berücksichtigen seien. Darüber hinaus liege auch ein Verstoß gegen § 5 Abs. 2 und Abs. 3 UWG vor.

## II. Verwendung von Google-AdWords

Entschieden ist inzwischen, dass die Verwendung von **Google-AdWords** marken- und wettbewerbsrechtlich grundsätzlich nicht untersagt werden kann. Google macht es möglich, kostenpflichtig frei wählbare Keywords, sog. AdWords, anzumelden, nach deren Eingabe durch den Nutzer Werbung am Rande der Trefferliste platziert wird. Bei den Keywords hat der Anzeigenkunde verschiedene Auswahlmöglichkeiten. Er kann genau passende Keywords wählen („exact match“). Denkbar ist aber auch, passende Wortgruppen („phrase match“) oder weitgehend passende Keywords („broad match“) zu buchen.

### 1. Keywords und Markeninhaberschaft

Im markenrechtlichen Fall „Bananabay“<sup>7</sup> legte der *BGH* diesen dem *EuGH* zur Entscheidung vor. Hier war das Schlüsselwort identisch mit einer fremden Marke und wurde auch für identische Waren und Dienstleistungen genutzt. Der *Französische Cour de Cassation* hat dem *EuGH* die Frage vorgelegt, ob es eine markenmäßige Verwendung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 Buchst. a) der Markenrechtsrichtlinie sei, wenn markenrechtliche Begriffe als Keyword verwendet werden.<sup>8</sup> Ähnlich hat der *öOGH* einen Vorlagebeschluss gefasst.<sup>9</sup> Hierbei hatte der *öOGH* ohnehin die Auffassung vertreten, dass es eine Verwechslungsgefahr bei Google AdWords schon deshalb gebe, weil die Überschrift über den entsprechenden Trefferlisten keine hinreichende Kennzeichnung als Anzeigen darstelle. Der *EuGH*<sup>10</sup> entschied, dass derjenige, der bei Google AdWords als Schlüsselwort ein einer Marke eines anderen entsprechendes Zeichen auswählt, die Marke benutzt. Markenrechtliche Abwehransprüche bestünden aber nur dann, wenn aus dieser Werbung für einen Durchschnittsinternetnutzer nur schwer zu erkennen ist, ob die in der Anzeige beworbenen Waren von dem Inhaber der Marke oder vielmehr von einem Dritten stammen. Im Kern gehen damit viele zu Recht von der Zulässigkeit von Google-AdWords aus; Google selbst hat die lange Zeit betriebene Einrichtung entsprechender Sperrlisten von Markenartikelherstellern eingestellt. Das *OLG Köln* zieht aus der Entscheidung die Konsequenz, dass die Verhinderung von AdWords-Werbung durch den Markenhändler ihrerseits eine unlautere Behinderung nach §§ 3, 4 Nr. 10 UWG (§ 4 Nr. 4 UWG 2015) darstelle.<sup>11</sup> In Anwendung der *EuGH*-Entscheidung hat der *öOGH* allerdings eine Google AdWords-Kampagne verboten, bei der nicht

1 Prof. Dr. Thomas Hoeren ist Direktor des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM) der Universität Münster.

2 *EuGH*, Urt. v. 23.02.1999 – Rs. C-63/97, JZ 1999, 835 = WRP 1999, 407, 411 = *EuZW* 1999, 244.

3 Vgl. *Hartl*, MMR 2007, 13.

4 *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 01.10.2002 – 20 U 93/02, CR 2003, 133 = WRP 2003, 104 = MMR 2003, 407.

5 *LG Düsseldorf*, Urt. v. 27.03.2002 – 12 O 48/02, MMR 2002, 557 = CR 2002, 610 = K & R 2002, 380.

6 *OLG Jena*, Urt. v. 25.06.2008 – 2 U 21/08, GRUR-RR 2008, 397 = MD 2008, 1187.

7 *BGH*, Beschl. v. 22.01.2009 – 1 ZR 125/07, JZ 2009, 856 = MMR 2009, 326 – *Bananabay I*.

8 *EuGH*, Urt. v. 23.03.2010 – C-236/08, C-237/08, C-238/08, GRUR 2010, 445 = K & R 2010, 320 = MMR 2010, 315.

9 *EuGH*, Urt. v. 25.03.2010 – C-278/08, GRUR 2010, 451 = MarkenR 2010, 171, MMR 2010, 313 – *Bergspechte*.

10 *EuGH*, Urt. v. 23.03.2010 – C-236/08 bis C-238/08, CR 2010, 318 = GRUR 2010, 445 = MMR 2010, 315. Ähnlich *EuGH*, Urt. v. 26.03.2010 – C-91/09, GRUR 2010, 641 = MMR 2010, 609 – *Bananabay*; *EuGH*, Urt. v. 25.03.2010 – C-278/08, GRUR 2010, 451 = MarkenR 2010, 171, MMR 2010, 313 – *Bergspechte*; *EuGH*, Urt. v. 08.07.2010 – C-558/08, CR 2010, 827 (Ls.) = GRUR 2010, 841 – *Portakabin/Primakabin*.

11 *OLG Köln*, Urt. v. 02.07.2010 – 6 U 48/10, CR 2010, 683 = MMR 2010, 761.

erkennbar war, dass der Anbieter in keiner Weise mit dem Markeninhaber verbunden ist.<sup>12</sup> Die deutschen Gerichte scheinen sich nun darauf zu kaprizieren, Google AdWords-Kampagnen wegen Verwechslungsgefahr zu verbieten,<sup>13</sup> sodass sich durch die *EuGH*-Entscheidung letztendlich nichts verändert hat. Im Jahr 2011 urteilte der *EuGH* noch einmal, dass der Gebrauch fremder Markennamen für Werbezwecke im Internet grundsätzlich zulässig sei.<sup>14</sup> Somit ist es Unternehmen gestattet, Markennamen ihrer Wettbewerber als Schlüsselbegriffe zu nutzen, um Internetnutzer zu ihren eigenen Werbeanzeigen zu lotsen, sofern es sich bei der Werbung nicht um eine bloße Nachahmung von Waren oder Dienstleistungen des Inhabers der Marke handelt („Trittbrettfahrer“), die Unterscheidungskraft der Marke („Verwässerung“) oder ihre Wertschätzung beeinträchtigt werden. In dem vorliegenden Fall hatte der Blumenversand Interflora gegen das britische Kaufhaus Marks & Spencer geklagt, welches ohne die Zustimmung des Wettbewerbers den Begriff „Interflora“ und ähnliche als Schlüsselwörter bei Google reserviert hatte. Dem *EuGH* zufolge muss nun das britische Gericht prüfen, ob Marks & Spencer damit die Marke seines Wettbewerbers als Trittbrettfahrer ausgenutzt hat. Dies ist der Fall, wenn es „für einen normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer“ nicht ohne Weiteres zu erkennen sei, „ob die in der Anzeige beworbenen Waren oder Dienstleistungen von dem Inhaber der Marke oder einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen oder vielmehr von einem Dritten stammen“.<sup>15</sup> Ergänzend hat der *BGH* in der Entscheidung „Beate Uhse“<sup>16</sup> darauf abgestellt, dass eine Markenbenennung in einer AdWords-Anzeige zulässig sei, wenn eine Alternative zu den Waren oder Dienstleistungen des Inhabers der bekannten Marke vorgeschlagen werde, ohne Funktionen der Marke zu beeinträchtigen. Verboten sei es aber, wenn der Werbende Nachahmungen von Waren des Inhabers dieser Marke an-

bierte oder die mit der bekannten Marke versehenen Waren in einem negativen Licht darstelle.<sup>17</sup>

Die Herkunftsfunktion der klägerischen Marke wird ferner in unzulässiger Weise durch die Verwendung der Marke als Keyword für eine Google-AdWords-Anzeige beeinträchtigt, wenn die Anzeige des Dritten in keiner Weise für den normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer erkennen lässt, welche Person bzw. welches Unternehmen das Angebot veranlasst hat.<sup>18</sup> Es fehlt daher an einer hinreichend unmissverständlichen Aufklärung, dass es sich um ein fremdes Angebot handelt.<sup>19</sup> Umgekehrt ist eine ausdrückliche Nennung des fremden Kennzeichens in einer Google-AdWords-Anzeige erlaubt, wenn zwischen dem Inhaber des Kennzeichens und dem Verwender der Anzeige eine wirtschaftliche Verbindung besteht.<sup>20</sup> Für eine solche wirtschaftliche Verbindung soll es ausreichend sein, dass die Unternehmen, zur Vermittlung von Hotelzimmern durch eine sog. „Bettenbank“, nur mittelbar wirtschaftlich verknüpft sind.<sup>21</sup>

## 2. Wettbewerbsrechtliche Bedeutung

Schließlich sind bei der Nutzung von Google-AdWords, wenn auch nur bei nicht eröffnetem Anwendungsbereich des Markenrechtes, auch **die Vorgaben des Wettbewerbsrechts (UWG)** zu beachten.<sup>22</sup> Maßgeblich sind daher ebenfalls die vom *BGH* in der Entscheidung „Beta Layout“ angeführten Grundsätze.<sup>23</sup> Nach diesen liegt jedenfalls dann, wenn die fremde Marke nicht in der Anzeige genannt wird und diese bloß im Anzeigenteil der Trefferliste aufgeführt wird, weder eine Behinderung unter dem Gesichtspunkt des Kundenfangs noch unter dem Gesichtspunkt der Rufausbeutung gem. §§ 8, 4 Nr. 4 UWG vor. Der Grund dafür ist, dass bei dieser Gestaltung der Trefferliste und der Anzeige weder auf den potenziellen Kunden unangemessen eingewirkt wird, noch der Kunde eine Verbindung zwischen der Marke und den beworbenen Waren herstellt. Ohne Hinzutreten weiterer, verschleiender Umstände ist für den Internetnutzer auch der Werbecharakter der Anzeige zu erkennen, sodass auch eine nach § 5 UWG unlautere Irreführung nicht anzunehmen ist. Letztlich ist noch der **Gesichtspunkt der unlauteren vergleichenden Werbung nach § 6 UWG** zu beachten. Hier ist der *BGH*<sup>24</sup> allerdings großzügig, wie der Fall „Swirl“ zeigt. Auf seiner Webseite hatte ein Webshop-Betreiber, der mit Staubsaugerbeuteln anderer Marken als Swirl handelte, Produkte denen von Swirl gegenübergestellt. Als Folge dessen wurde seine Seite bei Google auch bei einer Suche nach „Swirl Staubsaugerbeuteln“ gelistet. Der *BGH* meinte, diese Gegenüberstellung von Produkten sei innerhalb der Rahmen einer vergleichenden Werbung hinzunehmen. Bei vergleichender Werbung sei es notwendig, dass die Artikelbezeichnung von Konkurrent und Originalhersteller nicht voneinander getrennt erscheinen.<sup>25</sup>

Im Übrigen steht auch der UWG-Vorwurf im Raum, Markeninhaber nutzten Beschwerden bei Google gegen Konkurrenten **missbräuchlich**. Der *BGH*<sup>26</sup> meint hierzu, dass zwar derartige Beschwerden als solche nicht wettbewerbsrechtlich verboten seien. Es liege aber eine gezielte Behinderung i.S.v. § 4 Nr. 10 UWG (§ 4 Nr. 4 UWG 2015) vor, wenn der Markeninhaber nach Einlegung einer Markenbeschwerde bei Google, durch welche die Verwendung der Marke in AdWords-Anzeigen unterbunden wird, die Zustimmung zu der AdWords-Werbung eines Mitbewerbers nicht erteilt,

12 ÖOGH, Beschl. v. 21.06.2010 – 17 Ob3/10 f., MMR 2010, 754 – Bergspechte; ähnlich auch die strenge Formulierung in *Ingerl/Rohnke*, Nach § 15 Rn. 197: Aus der Gesamtaufmachung der Anzeige müsse unmissverständlich deutlich werden, dass sie von einem Dritten stamme.

13 So etwa OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.12.2010 – I 20 W 136/10, MMR 2011, 253 = GRUR-RR 2011, 94 = ZUM-RD 2011, 304.

14 *EuGH*, Urt. v. 22.09.2011 – C-323/09, CR 2011, 745 = MMR 2011, 804 – Interflora.

15 *EuGH*, Urt. v. 22.09.2011 – C-323/09, CR 2011, 745 = MMR 2011, 804 – Interflora.

16 *BGH*, Urt. v. 20.02.2013 – I ZR 172/11, NJW-RR 2014, 47 = MMR 2013, 669, GRUR 2013, 1044 – Beate Uhse.

17 Ähnlich OLG Frankfurt am Main, Urt. v. 27.03.2014 – 6 U 243/13, WRP 2014, 981 = MMR 2014, 753.

18 OLG Hamburg, Urt. v. 22.01.2015 – 5 U 271/11, GRUR-RR 2015, 282 = MMR 2016, 324.

19 OLG Hamburg, Urt. v. 22.01.2015 – 5 U 271/11, GRUR-RR 2015, 282 = MMR 2016, 324.

20 OLG Dresden, Urt. v. 30.09.2014 – 14 U 652/14, GRUR-RR 2015, 290 = MMR 2015, 454.

21 OLG Dresden, Urt. v. 30.09.2014 – 14 U 652/14, GRUR-RR 2015, 290 = MMR 2015, 454.

22 So auch *EuGH*, Urt. v. 11.07.2013 – C 657/11, GRUR 2013, 1049 = K & R 2013, 579 m. Anm. *Redlich* – bestlasersorter.com.

23 *BGH*, Urt. v. 22.01.2009 – I ZR 30/07, NJW 2009, 2382 = MMR 2009, 329 m. Anm. *Hoeren*, GRUR 2009, 500 – Beta Layout.

24 *BGH*, Urt. v. 02.04.2015 – I ZR 167/13, GRUR 2015, 1136 = MMR 2016, 106 – Swirl.

25 *BGH*, Urt. v. 02.04.2015 – I ZR 167/13, GRUR 2015, 1136 = MMR 2016, 106 – Swirl.

26 *BGH*, Urt. v. 12.03.2015 – I ZR 188/13, CR 2015, 384 = MMR 2015, 446 = K & R 2015, 399 – Uhrenkauf im Internet.

obwohl die beabsichtigte Werbung das Markenrecht nicht verletzt.

### III. Search Engine Optimizing in sonstigen Suchmaschinen

Ein neues Verfahren des SEO ist die **Verwendung fremder Kennzeichen in sonstigen, sog. sekundären Suchmaschinen** (etwa der Suchfunktion von Amazon).

#### 1. Besonderheiten gegenüber Google-AdWords

Eine markenmäßige Benutzung liegt hier vor, wenn Amazon seine interne Suchmaschine in einer Art und Weise zur Verfügung stellt, dass bei der Suche z.B. mit dem Schlüsselwort „Lush“ das Ergebnis Waren von Mitbewerbern anzeigt, die mit den Waren, für die die Marke eingetragen wurde, identisch sind und welche durch Amazon vertrieben werden, oder das Wortzeichen „Lush“ als verwandter Suchbegriff angezeigt wird.<sup>27</sup> Sie ist aber dann zu verneinen, wenn die Suche nach dem Schlüsselwort „Lush“ lediglich dazu führt, dass Waren mit dem Wortzeichen „Lush“, welche weder vom Markeninhaber vertrieben werden noch dessen Waren ähnlich sind, unter dem Reiter „Marke“ mit dem Begriff „Lush“ angezeigt werden.<sup>28</sup> Ähnlich verstoßen Suchmaschinenbetreiber gegen markenrechtliche Vorgaben, wenn dann eine markenrechtliche Verwechslungsgefahr begründet wird, sobald bei wiederholter Wiedergabe des gesuchten Markennamens in der Überschrift zu den Suchergebnissen diese lediglich dem gesuchten Markenprodukt ähnliche Produkte von Wettbewerbern des Markeninhabers aufweisen, ohne jedoch ausdrücklich klarzustellen, dass das gesuchte Markenprodukt nicht über die Webseite des Online-Warenhändlers vertrieben wird und damit nicht unter den Suchergebnissen zu finden ist.<sup>29</sup> Wenn das Suchergebnis eines Hotel-Preisvergleichsportals den Eindruck vermittelt,

dass die eingeschränkte Anzahl von Treffern auf ein individualisiertes Suchergebnis zurückzuführen ist, so liegt eine relevante Irreführung des Publikums vor.<sup>30</sup> Wenn ein Preisvergleichsportale allein solche Anbieter aufführt, die sich gegenüber dem Vergleichsportale zur Zahlung einer Provision verpflichtet haben, liegt darin eine wesentliche Information i.S.d. § 5a Abs. 2 UWG, sodass eine Informationspflicht besteht.<sup>31</sup> Eine automatisch eingestellte elektronische Preisvergleichsfunktion, die dem Nutzer eines Internetangebots unmittelbar auf dem geöffneten Browserfenster eine Informationsleiste präsentiert, mit der er günstigere Angebote oder Coupons für das jeweilige Produkt erhält und von der er unmittelbar auf diese Angebote weiterklicken kann, so erfüllt das den Tatbestand der Behinderung.<sup>32</sup>

#### 2. Einschlägige Rechtsprechung

##### a) „Poster Lounge“-Urteil

In einem durch den *BGH* entschiedenen Fall aus dem Jahr 2015 verfügte die konkurrierende Webseite über eine interne Suchfunktionalität, die so strukturiert war, dass die vom Besucher eingegebenen Suchbegriffe abgespeichert wurden.<sup>33</sup> Die Resultate wurden in der Folge automatisch in den Quelltext der Webseite integriert. Da Google auch den Quelltext einzelner Seiten durchsucht und bewertet, wurde bei einer Google-Suche auch der Wettbewerber prominent angezeigt. Das Ergebnis war so aufgebaut, dass schon in der Überschrift des Snippets die streitgegenständlichen Worte „poster lounge“ zu lesen waren. Der *BGH* sah darin eine rechtswidrige markenmäßige Verwendung der Marke. Durch die entsprechende Programmierung der internen Suchfunktion auf den Webseiten werde aktiv Einfluss auf die externen Suchmaschinenergebnisse genommen. Schon darin liege eine markenmäßige Verwendung, auch wenn die fraglichen Seiten erst erstellt werden, wenn Nutzer in der internen Suche nach den fremden Marken suchen.<sup>34</sup> Ähnlich entschied das *OLG Frankfurt am Main* für nach § 5 UWG irreführende Trefferlisten bei Google.<sup>35</sup>

##### b) „Ortlieb“ – Urteile

In dem Urteil „Ortlieb II“ ging es um das sog. Keyword-Advertising.<sup>36</sup> Der Entscheidung des *BGH*<sup>37</sup> lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Bei der Eingabe von Suchbegriffen erschienen im Zusammenhang mit dem Begriff „Ortlieb“ bei „Google“ aufgrund gebuchter Adwords<sup>38</sup> Anzeigen der Verkaufsplattform „amazon.de“. Bei einem Klick auf die Anzeigen gelang man auf die Verkaufsplattform „amazon.de“. Dort erhielt man eine Übersicht von Produkten, unter denen sich auch Produkte befanden, die nicht von der Marke „ORTLIEB“ waren. Bei den Beklagten handelte es sich um Gesellschaften, die dem Konzern „Amazon“ zugeordnet werden können. Im Einzelnen stehen der Klägerin die Verantwortliche des technischen Betriebs der Internetseite „www.amazon.de“ und die unter dem Namen „Amazon“ auf dieser Plattform auftretende Verkäuferin gegenüber. Der Klägerin, welche wasserdichte Taschen unter der Marke „ORTLIEB“ vertrieb und dessen Geschäftsführer Inhaber der Wortmarke „ORTLIEB“<sup>39</sup> war, sah in der Kombination aus Anzeigen und damit verlinkten Angebotslisten eine Verletzung des Rechts an der Marke „ORTLIEB“. Aus der Verletzung schlussfolgerte die Klägerin einen Anspruch auf Unterlassen des Werbens mit Artikeln, wenn das Zeichen „ORTLIEB“ als einziger Markenname wiedergegeben ist

27 High Court of Justice (Chancery Division), *Entsch. v. 10.02.2014* – [2014] EWHC 181 (Ch).

28 High Court of Justice (Chancery Division), *Entsch. v. 10.02.2014* – [2014] EWHC 181 (Ch).

29 U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Entsch. v. 06.07.2015* (Multi Time Machine, Inc. v. Amazon.com, Inc.; Amazon Services, LLC).

30 LG Düsseldorf, *Urt. v. 06.05.2015* – 12 O 337/14, K & R 2015, 519 = WRP 2015, 1159.

31 *BGH*, *Urt. v. 27.04.2017* – I ZR 55/16 – GRUR 2017, 1265 = VersR 2018, 99 – Preisportal.

32 LG Hamburg, *Urt. v. 28.01.2015* – 416 HKO 163/14, K & R 2015, 270 = WRP 2015, 495.

33 *BGH*, *Urt. v. 30.07.2015* – I ZR 104/14, GRUR 2015, 1223, 1225 = MMR 2016, 100, 102 – Posterlounge.

34 *BGH*, *Urt. v. 30.07.2015* – I ZR 104/14, GRUR 2015, 1223, 1225 = MMR 2016, 100, 102 – Posterlounge; ähnlich bei gleichbleibender Klägerin gegen eine andere Beklagte *BGH*, *Urt. v. 30.07.2015* – I ZR 97/14, BeckRS 2015, 17164.

35 *OLG Frankfurt am Main*, *Urt. v. 02.02.2017* – 6 U 209/16; ähnlich für Marken in Metatags, *OLG Frankfurt am Main*, *Urt. v. 06.10.2016* – 6 U 17/14, GRUR-RR 2017, 60; *OLG München*, *Urt. v. 12.05.2016* – 29 U 3500/15, MMR 2016, 820 = GRUR-Prax 2015, 486; *OLG Hamburg*, *Beschl. v. 27.06.2016* – 3 W 49/16, GRUR-Prax 2016, 483 m. Anm. *Matthes* = GRUR-RR 2017, 11 (Ls.).

36 *BGH*, *Urt. v. 25.07.2019* – I ZR 29/18, WRP 2019, 1311 = GRUR 2019, 1053 – Ortlieb II.

37 *BGH*, *Urt. v. 25.07.2019* – I ZR 29/18, WRP 2019, 1311 = GRUR 2019, 1053 – Ortlieb II.

38 Adwords sind Suchworte, die bei Suchmaschinen Werbeanzeigen auslösen.

39 Eingetragen war zudem ein Unionsmarke, jedoch war die Klage auf die deutsche Marke gestützt, hilfsweise auf die Unionsmarke.

und der Link (auch) zu Artikeln führt, die nicht von „ORTLIEB“ in den Verkehr gebracht wurden. Zudem nahm die Klägerin die Beklagten auf Erstattung der vorgerichtlichen Kosten in Anspruch. Bereits in den Vorinstanzen hatte die Unterlassungsklage Erfolg. Der BGH wies die Revision der Beklagten vollumfänglich zurück.

Der BGH stützte den Unterlassungsanspruch auf § 14 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1, Abs. 5 Satz 1 MarkenG.<sup>40</sup> Voraussetzung für den Anspruch ist, dass die Zeichennutzung im geschäftlichen Verkehr ohne Zustimmung des Markeninhabers für identische Waren unter Verwendung eines mit der Klage-marke identischen Zeichens in einer Weise erfolgt, dass eine Verwechslungsgefahr besteht. Nach Ansicht des BGH nutzen die Beklagten das Zeichen, weil sie für die Verlinkung der Anzeigen mit den Angebotslisten verantwortlich seien und die Marke „ORTLIEB“ als Keyword genutzt haben, mit dem das Erscheinen von Anzeigen von „www.amazon.de“ ausgelöst wurde. Dies sei ohne die Zustimmung der Klägerin geschehen und die Anzeigen enthielten Produkte, die identisch mit den von der Marke „ORTLIEB“ geschützten Artikeln seien. Weiterhin sei das in den Anzeigen nach der Google-Suche benutzte „Ortlieb“-Zeichen mit der Marke „ORTLIEB“ identisch. Zwar sei dieses Kriterium restriktiv zu bestimmen, geringfügige Abweichung, wie Unterschiede in Groß- und Kleinschreibung, seien jedoch unerheblich.<sup>41</sup>

Durch die Benutzung des Zeichens sei die Herkunftsfunktion der Marke „ORTLIEB“ beeinträchtigt worden, da aus der Anzeige für einen normal informierten und angemessenen aufmerksamen Internetnutzer nicht oder nur schwer zu erkennen sei, ob die in der Anzeige beworbenen Waren oder Dienstleistungen von dem Inhaber der Marke oder einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen oder von einem Dritten stamme.<sup>42</sup> Der angesprochene Verkehr erwarte, dass ihm beim Anklicken der Google-Anzeigen ausschließlich Angebote für Artikel von „ORTLIEB“ angezeigt werde. Diese Erwartung sei im Fall durch Verwendung verkürzter URLs wie „www.amazon.de/ortlieb+

fahrradtasche“ verstärkt worden. Diese Angaben sind nach Ansicht des BGH irreführend.

Des Weiteren musste der BGH feststellen, ob der Erschöpfungstatbestand nach § 24 Abs. 1 MarkenG erfüllt worden war.<sup>43</sup> Danach kann der Markeninhaber dem Dritten nicht die Benutzung einer Marke für Waren untersagen, die vom Markeninhaber oder mit seiner Zustimmung im Inland in Verkehr gebracht worden sind. Eine Erschöpfung könne nur an Originalprodukten eintreten. Die gleichzeitige Werbung von Konkurrenzprodukten neben Originalprodukten hindere den Anspruchsgegner jedoch nicht daran, sich auf die Erschöpfungseinrede zu berufen, sodass dem Anspruch auf Unterlassen die Erschöpfung gem. § 24 Abs. 1 MarkenG entgegenstehen könnte.<sup>44</sup> Gem. § 24 Abs. 2 MarkenG findet der Erschöpfungsgrundsatz jedoch keine Anwendung, wenn sich der Inhaber der Marke der Benutzung der Marke im Zusammenhang mit dem weiteren Vertrieb der Waren aus berechtigten Gründen widersetzt.

Im Fall wurde ein berechtigter Grund der Klägerin darin gesehen, dass die Marke in den Anzeigen aufgrund der konkreten Gestaltung irreführend verwendet werde, sodass Kunden durch die auf diese Weise ausgebeutete Werbewirkung der Marke auch zum Angebot von Fremdprodukten geleitet werde.<sup>45</sup> Daher könnten sich die Beklagten nicht auf die Erschöpfungseinrede berufen.

In der Entscheidung wird die Durchsetzung der „Münchener Linie“ gesehen, mit der Folge, dass ein markenrechtliches Vorgehen gegen Keyword-Advertising bei Google nach wie vor möglich erscheint.<sup>46</sup> Der BGH hat durch die zweite Ortlieb-Entscheidung die erste Ortlieb-Entscheidung<sup>47</sup> ausgebaut, indem er berechnete Gründe des Markeninhabers i.S.d. § 24 Abs. 2 MarkenG bejaht, die helfen, sich der Werbung des Wiederverkäufers zu widersetzen.<sup>48</sup> Übereinstimmend wird darauf abgestellt, dass es entscheidend sei, ob es einem durchschnittlichen Kunden schwer fällt, zwischen Produkten des Markeninhabers und Produkten Dritter zu unterscheiden.<sup>49</sup>

Bereits beim ersten Ortlieb-Urteil wurde festgestellt, dass andere Fälle der Markenverwendung auf größere Resonanz gestoßen sind.<sup>50</sup> Auch das zweite Ortlieb-Urteil wird lediglich als „sehr spezieller Fall der Anzeigengestaltung“<sup>51</sup> gesehen.

### 3. Fazit

Die Konturen einer klaren Rechtsprechungslinie zu Search Engine Optimizing stehen immer klarer und deutlicher fest. Ausgehend von dem Grundsatzurteil Marks & Spencer ist vor allem die Benutzung der fremden Marke im Text einer Google-Anzeige problematisch. Bei Amazon und Co. ist die Rechtsprechung noch großzügiger, was die Verwendung fremder Marken angeht. Hier kann es nur im Zuge der Ortlieb II-Judikatur noch zu Veränderungen kommen. ■

40 BGH, Urt. v. 25.07.2019 – I ZR 29/18, WRP 2019, 1311, 1312 = GRUR 2019, 1053, 1055 – Ortlieb II.

41 BGH, Urt. v. 25.07.2019 – I ZR 29/18, WRP 2019, 1311, 1313 f. = GRUR 2019, 1053, 1056 – Ortlieb II.

42 BGH, Urt. v. 25.07.2019 – I ZR 29/18 – WRP 2019, 1311, 1314 = GRUR 2019, 1053, 1056 f. – Ortlieb II.

43 BGH, Urt. v. 25.07.2019 – I ZR 29/18 – WRP 2019, 1311, 1314 f. = GRUR 2019, 1053, 1056. – Ortlieb II.

44 BGH, Urt. v. 25.07.2019 – I ZR 29/18 – WRP 2019, 1311, 1314 f. = GRUR 2019, 1053, 1057. – Ortlieb II.

45 BGH, Urt. v. 25.07.2019 – I ZR 29/18 – WRP 2019, 1311, 1315 = GRUR 2019, 1053, 1057 f. – Ortlieb II.

46 Czernik/Elmenhorst, NJW 2019, 3295, 3299.

47 BGH, Urt. v. 15.02.2018 – I ZR 75/10, GRUR 2018, 924 – Ortlieb I.

48 Hackbarth, GRUR-Prax 2019, 437, 437.

49 Ernst, jurisPR-ITR 19/2019 Anm. 2.

50 Kur, GRUR 2018, 924, 930.

51 Ernst, juris, PR-ITR 19/2019 Anm. 2. (abrufbar unter <https://www.juris.de/perma?d=jpr-NLIT000008719>; zuletzt abgerufen am 17.11.2020).