

Auffassung, dass der Rechtsverkehr keine Verbindung zwischen Google-Ad und dem Markenrechtsinhaber und seinen Waren und Dienstleistungen annimmt. Insofern konzentriert sich der Rechtsstreit aus der Sicht des *BGH* auf die Frage der markenmäßigen Benutzung und nicht erst auf die Folgefrage der Verwechslungsgefahr. Die Vorlagefrage ist insofern präzise gestellt.

3. Die Vorlagefrage ist (aber vielleicht überinterpretiere ich hier) schon so formuliert, dass sie als solche zu einer Verneinung der markenmäßigen Benutzung führen muss. Denn der *BGH* fragt den *EuGH* danach, ob eine Benutzung selbst dann vorliege, wenn Google-AdWord zu Trefferlisten in einem räumlich getrennten Werbeblock führten, der entsprechende Hinweis als Anzeige gekennzeichnet

net sei und die Anzeige selbst weder das Zeichen noch sonst einen Hinweis auf den Markeninhaber oder seine Produkte enthalte. Wer würde in solch einem Fall wirklich noch von einer markenmäßigen Benutzung ausgehen? Der *EuGH* hoffentlich nicht. Für die Zukunft zeichnet sich dann aber ein Folgekonflikt ab. Der *BGH* hatte ja in der Entscheidung „Beta Layout“ eine Verwechslungsgefahr in Bezug auf Unternehmenskennzeichen abgelehnt. Wenn jetzt der *EuGH* eine markenmäßige Benutzung bejaht, könnten Google-AdWords für Unternehmenskennzeichen anders beurteilt werden als für Marken. Wie man dies in Internetverkehrskreisen plausibel machen will, bliebe ein Rätsel. Doch so weit muss es nicht kommen, warten wir es ab.

Prof. Dr. Thomas Hoeren, Münster.

BGH: Beta Layout

MarkenG §§ 5 Abs. 2, 15 Abs. 2 und 4
Urteil vom 22.1.2009 – I ZR 30/07 (OLG Düsseldorf, LG Düsseldorf)

Leitsatz

Wird ein mit einem fremden Unternehmenskennzeichen übereinstimmender Begriff bei einer Internetsuchmaschine als sog. Schlüsselwort (Keyword) angemeldet, so kann eine Verwechslungsgefahr zwischen dem Schlüsselwort und dem geschützten Kennzeichen zu verneinen sein, wenn bei Eingabe des Begriffs durch einen Internetnutzer auf der dann erscheinenden Internetseite rechts neben der Trefferliste unter einer Rubrik mit der Überschrift „Anzeigen“ eine Werbeanzeige des Anmelders des Schlüsselworts eingeblendet wird, in der das geschützte Zeichen selbst nicht verwendet wird.

Anm. d. Red.: Die *Berufungsinstanz* ist abgedruckt in MMR 2007, 247 m. Anm. Hüsck. Vgl. hierzu auch *BGH* MMR 2009, 326 und *BGH* MMR 2009, 331 – in diesem Heft jew. m. Anm. Hoeren.

Sachverhalt

Die Bekl. führt die Fa. „Beta Layout GmbH“. Ebenso wie die Kl. stellt sie Leiterplatten her und vertreibt diese über das Internet. Die Kl. meldete den Begriff „Beta Layout“ bei der Internetsuchmaschine *Google* als sog. Schlüsselwort (Keyword) für ihr Unternehmen an. Dies hatte zur Folge, dass bei Eingabe dieses Begriffs durch einen Internetnutzer in die Suchmaske der Suchmaschine *Google* rechts neben der Trefferliste unter der Rubrik „Anzeigen“ eine Werbeanzeige der Kl. eingeblendet wurde (AdWord-Anzeige). In der Anzeige selbst wurde das Zeichen „Beta Layout“ nicht verwendet. Neben dem Hinweis auf das Warenangebot der Kl. für „PCB-Leiterplatten-PWB“ war ein elektronischer Verweis (Link) zu ihrem Internetauftritt unter der Adresse www.m.de geschaltet.

Mit Anwaltsschreiben v. 7.10.2005 mahnte die Bekl. die Kl. wegen der Verwendung des mit dem Bestandteil ihrer geschäftlichen Bezeichnung identischen Zeichens „Beta Layout“ wegen Kennzeichenverletzung ab. Die Kl. hat daraufhin negative Feststellungsklage erhoben. Das *LG* hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Bekl. ist ohne Erfolg geblieben (*OLG Düsseldorf* MMR 2007, 247 m. Anm. Hüsck).

Aus den Gründen

...12 1. Das *Berufungsgericht* hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass der Bekl. gegen die Kl. kein Anspruch auf Unterlassung der Verwendung des Begriffs „Beta Layout“ als Schlüsselwort (Keyword) zum Zwecke der AdWord-Werbung bei *Google* gem. § 5 Abs. 2, § 15 Abs. 2 und 4 MarkenG zusteht.

13 a) Das *Berufungsgericht* ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Schutz des Unternehmenskennzeichens nach § 5 Abs. 2, § 15 Abs. 2 und 4 MarkenG eine kennzeichenmäßige Verwendung der kollidierenden Bezeichnung voraussetzt (vgl. *BGHZ* 168, 28 [= MMR 2006, 812 m. Anm. Hoeren] – Impuls, m.w.Nw.). Es hat dazu unter Hinweis auf die *Rspr.* des *Senats* zur Verwendung von Metatags mit Recht ausgeführt, dass eine kennzeichenmäßige Benutzung nicht bereits deshalb verneint werden kann, weil der als Schlüsselwort verwendete Suchbegriff für den durchschnittlichen Internetnutzer nicht wahrnehmbar ist (vgl. *BGH*, a.a.O. – Impuls). Dem *Berufungsgericht* ist auch darin zuzustimmen, dass die technische Funktion des Schlüsselworts i.R.d. AdWord-Werbung insofern mit dem Einsatz eines Metatags vergleichbar ist, als sowohl mit dem Metatag als auch mit dem Schlüsselwort das durch Eingabe des Suchworts durch den Internetnutzer in Gang gesetzte Auswahlverfahren beeinflusst wird. Beide Verfahren unterscheiden sich jedoch in dem Ergebnis, das durch den Einsatz des jeweiligen Suchworts erzielt wird. Die Verwendung eines Metatags führt dazu, dass in der Liste der Suchergebnisse (Trefferliste) auch auf das Angebot des Unternehmens hingewiesen wird, das den Metatag gesetzt hat. Dagegen erscheint beim Einsatz eines Schlüsselworts bei der im Streitfall zu beurteilenden Gestaltung die AdWord-Werbung des Unternehmens, das das betreffende Schlüsselwort bei *Google* gebucht hat, in der neben der Trefferliste stehenden Rubrik unter der Überschrift „Anzeigen“.

14 b) Das *Berufungsgericht* hat angenommen, dass wegen dieses Unterschieds im Erscheinungsbild der mit Hilfe des Schlüsselworts aufgerufenen Internetseite ggü. der mit einem Metatag bewirkten Werbung eine Kennzeichenverletzung i.S.d. § 15 Abs. 2 MarkenG jedenfalls wegen Fehlens einer Verwechslungsgefahr zu verneinen ist. Dagegen ist i.E. aus Rechtsgründen nichts zu erinnern. Es kann daher auch im Revisionsverfahren offen bleiben, ob bereits in der Vorgabe des Begriffs „Beta Layout“ als Schlüsselwort zum Zwecke der AdWord-Werbung unter den Umständen des vorliegenden Falls eine kennzeichenmäßige Benut-

zung der damit in ihren kennzeichnungskräftigen Bestandteilen übereinstimmenden geschäftlichen Bezeichnung der Bekl. zu sehen ist.

15 aa) Beim Einsatz von Metatags hat der *Senat* eine Verwechslungsgefahr darin gesehen, dass Internetnutzer, die das mit dem als Metatag verwendeten Begriff übereinstimmende Unternehmenskennzeichen des Dritten kennen und als Suchwort eingeben, um sich über dessen Angebot zu informieren, als Treffer auch auf die Leistung des Unternehmens hingewiesen werden, das den Begriff als Metatag verwendet (BGH, a.a.O. – Impuls). Dem Internetnutzer ist zwar bekannt, dass sich nicht alle Treffer auf das von ihm gesuchte Ziel beziehen. Weist aber ein Treffer auf die Internetseite eines Unternehmens hin, auf der dieses die gleichen Leistungen anbietet wie das Unternehmen, dessen geschäftliche Bezeichnung der Nutzer als Suchwort eingegeben hat, besteht die Gefahr, dass der Internetnutzer auf Grund der Kurzhinweise die Angebote verwechselt (BGH, a.a.O. – Impuls).

16 bb) Demgegenüber ist der Nutzer einer Internetsuchmaschine nach den Feststellungen des *Berufungsgerichts* darauf eingerichtet, zwischen den Treffern in der Liste der Suchergebnisse, die unmittelbar von der Suchmaschine aufgelistet werden, und den bezahlten Anzeigen zu unterscheiden, über die sich die Suchmaschine finanziert. Bereits der Hinweis „Anzeigen“ mache auch dem unerfahrenen Internetnutzer deutlich, dass es sich bei den in dieser Rubrik aufgeführten Anbietern um Anzeigenkunden des Betreibers der Internetsuchmaschine handele. Deren Werbung sei grafisch deutlich abgegrenzt von der Liste der Suchergebnisse. Wenn wie im Streitfall in dem für Anzeigen vorgesehenen Bereich ein mit einem anderen Zeichen als dem gesuchten gekennzeichnete elektronische Verweis (Link) bereitgestellt werde und das Suchwort in der Anzeige selbst nicht enthalten sei, nehme der Internetnutzer nicht an, die Werbeanzeige stamme von dem Unternehmen, dessen Kennzeichen als Suchwort eingegeben worden sei.

17 cc) Die dagegen gerichteten Angriffe der Revision bleiben ohne Erfolg. Die Ausführungen der Revision erschöpfen sich weitgehend darin, die Beurteilung des *Berufungsgerichts* durch ihre abweichende Auffassung zu ersetzen, ohne aufzuzeigen, dass die trichterliche Feststellung des Verkehrsverständnisses auf Rechtsfehlern beruht.

18 (1) Die von der Bekl. vorgelegten Beispiele von Internetseiten, die beim Aufruf bestimmter Suchwörter erscheinen, belegen nicht deren Behauptung, der Internetnutzer erwarte im Anzeigenbereich neben der Trefferliste gerade Werbung des Inhabers des Kennzeichens selbst, das er gezielt als Suchwort eingegeben habe, oder eines vom Kennzeicheninhaber autorisierten Händlers oder Anbieters, der in den Vertrieb der Produkte eingebunden sei. Das Ergebnis der Internetrecherche zu „Beta Layout“ zeigt – worauf das *Berufungsgericht* zu Recht hingewiesen hat – nicht nur die Anzeige der Kl., sondern an zweiter und dritter Stelle nach dem Eintrag der Kl. die Anzeigen weiterer Anbieter. Es ist aus dem jeweiligen Anzeigentext nicht erkennbar – und von der Bekl. auch nicht dargelegt worden –, dass es sich bei diesen Anbietern um Unternehmen handelt, die mit der Bekl. wirtschaftlich in Verbindung stehen. Die Werbung dieser Unternehmen spricht nicht einmal dafür, dass sie sich überhaupt im Produktbereich der Parteien betätigen. Die hervorgehobene Zwischenüberschrift „Layout“ sowie die Verwendung des Begriffs „Templates“ (englisch für Schablonen) in der unteren Anzeige legen eher

die Tätigkeit in einer anderen Branche nahe. Bei den ... Suchergebnissen für das Suchwort „Leitz“ wird in der Rubrik „Anzeigen“ der Begriff „Leitz“ in der Überschrift der darunter aufgeführten Anzeigen wiederholt. Ferner ist er zusätzlich in einigen der dort aufgeführten Anzeigen enthalten. Dadurch unterscheidet sich diese Internetseite von der im Streitfall zu beurteilenden Fallgestaltung, bei der – worauf das *Berufungsgericht* maßgeblich abgestellt hat – in dem für Anzeigen vorgesehenen Bereich, insb. auch in den Anzeigen selbst, das betreffende Suchwort (hier: Beta Layout) gerade nicht erscheint.

19 (2) Die Annahme des *Berufungsgerichts*, die Anzeige der Kl. weise deutlich auf sie als werbendes Unternehmen hin und enthalte keinen Hinweis auf eine geschäftliche Verbindung zur Bekl., lässt gleichfalls keinen Rechtsfehler erkennen. Ob die Anzeige die Kl. darüber hinaus diese als Anbieterin der von ihr hergestellten Waren erkennen lässt, wie das *Berufungsgericht* weiter angenommen hat, oder ob die angesprochenen Verkehrsteilnehmer in der Anzeige auch die Werbung eines Händlers sehen können, der im Rahmen seines Angebots Leiterplatten unterschiedlicher Hersteller, u.a. auch der Bekl., vertreibt, wie die Revision anführt, ist demgegenüber ohne Belang. Es kommt nicht darauf an, ob die Anzeige der Kl. als Hersteller- oder als Händlerwerbung aufgefasst wird, sondern darauf, dass sie, wie das *Berufungsgericht* rechtsfehlerfrei festgestellt hat, vom Verkehr als eine von dem eingegebenen Suchwort unabhängige bloße Eigenwerbung der Kl. ohne Hinweis auf eine geschäftliche Verbindung zur Bekl. verstanden wird.

20 2. Soweit das *Berufungsgericht* einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch der Bekl. verneint hat, sind die dagegen gerichteten Rügen der Revision gleichfalls unbegründet.

21 a) Für einen Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 Satz 1, §§ 3, 4 Nr. 9 lit. b UWG unter dem Gesichtspunkt der Rufanlehnung fehlt es schon an der Voraussetzung, dass die Kl. Waren oder Dienstleistungen anbietet, die eine Nachahmung der Waren oder Dienstleistungen der Bekl. sind.

22 b) Eine unlautere Behinderung der Bekl. i.S.v. §§ 3, 4 Nr. 10 UWG durch Rufausbeutung (vgl. zu dieser Fallgruppe Köhler, in: Hefermehl/ Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl., § 4 Rdnr. 10.82 m.w.Nw.) hat das *Berufungsgericht* mit der Begründung verneint, es liege, wie i.R.d. markenrechtlichen Beurteilung ausgeführt, bei der vorliegenden Fallgestaltung fern, dass der Internetnutzer eine Verbindung zwischen der Werbung der Kl. und dem eingegebenen Suchwort in dem Sinne herstelle, dass er Qualitätsvorstellungen, die er mit dem als Suchwort eingegebenen Unternehmenskennzeichen verbinde, auf das Angebot der Kl. übertrage. Eine solche Übertragung von Güte- oder Wertvorstellungen (Imagetransfer) ist jedoch für die Annahme einer Rufausbeutung entgegen der Auffassung der Revision erforderlich. Diese setzt eine erkennbare Bezugnahme auf diejenigen, dessen Ruf ausgebeutet werden soll, oder auf dessen Produkt voraus (vgl. BGHZ 161, 204, 214 – Klemmbausteine III, m.w.Nw.).

23 c) Mit Recht hat das *Berufungsgericht* schließlich eine unlautere Behinderung (§§ 3, 4 Nr. 10 UWG) der Bekl. unter dem Gesichtspunkt des Kundenfangs verneint. Der Mitbewerber hat keinen Anspruch auf Erhaltung seines Kundenstamms. Das Eindringen in einen fremden Kundenkreis und das Ausspannen sowie Abfangen von Kunden gehören vielmehr grds. zum Wesen des Wettbewerbs (vgl.

BGHZ 110, 156, 171 – HBV-Familien- und Wohnungsrechtsschutz; BGH GRUR 2002, 548, 549 – Mietwagenkostenersatz). Das Ausspannen und Abfangen von Kunden ist nur wettbewerbswidrig, wenn besondere, die Unlauterkeit begründende Umstände hinzutreten. Eine unlautere Behinderung des Mitbewerbers ist gegeben, wenn auf Kunden, die bereits dem Wettbewerber zuzurechnen sind, in unangemessener Weise eingewirkt wird, um sie als eigene Kunden zu gewinnen oder zu erhalten (vgl. BGHZ 148, 1, 8 [= MMR 2001, 666 m. Anm. Hoeren] – Mitwohnzentrale.de, m.w.Nw.). Eine solche unangemessene Einwirkung auf den Kunden liegt nach der Rspr. insb. dann vor, wenn sich der Abfangende gewissermaßen zwischen den Mitbewerber und dessen Kunden stellt, um diesem eine Änderung seines Entschlusses, die Waren oder Dienstleistungen des Mitbewerbers in Anspruch zu nehmen, aufzudrängen (BGH GRUR 2007, 987 [= MMR 2007, 704 m. Anm. Schulze zur Wiesche] – Änderung der Voreinstellung, m.w.Nw.). In dem Umstand, dass bei der Eingabe eines fremden Unternehmenskennzeichens als Suchwort auch eine Anzeige eines Mitbewerbers erscheint, liegt, wie das *Berufungsgericht* mit Recht angenommen hat, noch keine unangemessene Beeinflussung potenzieller Kunden. ...

Anmerkung

Auch wenn der Verfasser trotz seiner Eigenschaft als Richter am *OLG Düsseldorf* an der hier streitgegenständlichen Entscheidung nicht beteiligt war, freut ihn das Urteil des *BGH* sehr. Die Besonderheit des vorliegenden Falls liegt darin, dass anders als im Fall „Bananabay“ nicht das Markenrecht im Vordergrund steht und anders als im Fall „pcb“ es nicht um beschreibende Angaben und die weiten Suchfunktionalitäten von Google-AdWord-Anzeigen geht. Hier geht es um Unternehmenskennzeichen und die Verwendung eines fremden Unternehmenskennzeichens als Schlüsselwort bei einer Internetsuchmaschine wie *Google*. Der *BGH* lehnt hier die Verwechslungsgefahr zwischen dem Schlüsselwort und dem geschützten Kennzeichen ab und stellt hierbei zentral darauf ab, dass bei *Google* die Trefferlisten mit der Überschrift „Anzeigen“ versehen sind, in der das geschützte Zeichen selbst nicht verwendet wird. Ähnlich wie im *OLG*-Urteil wird offen gelassen, ob überhaupt eine kennzeichenmäßige Benutzung vorliegt. Insofern kommt der *BGH* direkt auf die Frage der Verwech-

slungsgefahr zu sprechen. Sehr schön herausgearbeitet werden die Unterschiede zwischen Metatags und Google-AdWords. Bei Metatags besteht von ihrer Gestaltung her auch die Gefahr, dass der Internetnutzer auf Grund der Kurzhinweise Angebote verwechselt (so schon *BGH* MMR 2006, 812 – Impuls). Demgegenüber ist bei einer Internetsuchmaschine wie *Google* der deutliche Hinweis auf „Anzeigen“ vorhanden, der auch unerfahrenen Internetnutzern deutlich mache, dass es sich bei dem in dieser Rubrik aufgeführten Anbietern um Anzeigenkunden des Betreibers der Internetsuchmaschine handele. Die entsprechende Werbung sei auch grafisch deutlich abgegrenzt von der Liste der Suchergebnisse. Insofern nehme der Internetnutzer nicht an, die Werbeanzeige stamme von dem Unternehmen, dessen Kennzeichen als Suchwort eingegeben worden sei.

Besonders spannend sind in diesem Fall die Hinweise des *BGH* zu den wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen, die dieser in der Entscheidung „pcb“ (MMR 2009, 331 – in diesem Heft) noch lakonisch abgelehnt hatte. Hier findet sich eine ausführlichere Auseinandersetzung mit der Reichweite insb. von §§ 3, 4 Nr. 10 UWG. Der *BGH* lehnt sowohl die Rufausbeutung sowie den Kundenfang ab. Es fehle hier auf Grund der besonderen Kennzeichnung als Anzeige an einer Übertragung von Güte- oder Wertvorstellungen mangels erkennbarer Bezugnahme auf das fremde Unternehmen. Es fehle aber auch an einem Kundenfang, wie der *BGH* wiederum deutlich formuliert: „Der Mitbewerber hat keinen Anspruch auf Erhaltung seines Kundenstamms“.

Der Entscheidung ist nichts hinzuzufügen; sie ist schlichtweg zutreffend. Die einzige Gefahr besteht darin, dass der *EuGH* die Sache anders sieht. Zwar ist dem *EuGH* weder der Fall „pcb“ noch der vorliegende Fall „Beta Layout“ vorgelegt worden, da dazu keine Notwendigkeit bestand. Schließlich sind die entsprechenden Unternehmenskennzeichen nicht europarechtlich vorgeprägt. Sollte der *EuGH* aber bei der Entscheidung „Bananabay“ (MMR 2009, 326 – in diesem Heft) markenrechtlich eine Verwechslungsgefahr wider Erwarten bejahen, hätte dies auf jeden Fall auch Auswirkungen auf die Verwendung von Unternehmenskennzeichen im Google-Ad-Bereich. Insofern wird man hier auch noch einmal vor der Botschaft aus Luxemburg ein wenig zittern müssen.

Prof. Dr. Thomas Hoeren, Münster.

BGH: pcb

MarkenG § 14 Abs. 2

Urteil vom 22.1.2009 – I ZR 139/07 (OLG Stuttgart, LG Stuttgart)

Leitsatz

Wird bei einer Internetsuchmaschine eine Bezeichnung, die von den angesprochenen Verkehrskreisen als eine beschreibende Angabe über Merkmale und Eigenschaften von Waren verstanden wird (hier: „pcb“ als Abkürzung von „printed circuit board“), als sog. Schlüsselwort (Keyword) angemeldet, ist eine kennzeichenmäßige Verwendung zu verneinen, wenn bei Eingabe einer als Marke geschützten Bezeichnung durch einen Internetnutzer (hier: „pcb-pool“) auf der dann erscheinenden Internetseite rechts neben der

Trefferliste unter einer Rubrik mit der Überschrift „Anzeigen“ eine Werbeanzeige des Anmelders des Schlüsselworts eingeblendet wird, in der das geschützte Zeichen selbst nicht verwendet wird.

Anm. d. Red.: Die *Berufungsinstanz* ist abgedruckt in MMR 2007, 649. Vgl. hierzu auch *BGH* MMR 2009, 326 und *BGH* MMR 2009, 329 – in diesem Heft jew. m. Anm. Hoeren.

Sachverhalt

Die Kl. verlangt vom Bekl. Erstattung von Kosten für eine Abmahnung wegen Kennzeichenverletzung. Die Kl. stellt Leiterplatten her und vertreibt diese. Sie ist Inhaberin der für die Dienstleistungen „Technische Bearbeitung und Aktualisierung von Layoutprogrammen zur Optimierung technischer Verfahrensabläufe in der Leiterplattenherstellung“ eingetragenen Wortmarke Nr. 395 11 162 „PCB-POOL“.