

Inhaltsübersicht

Erstes Kapitel

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

Zweites Kapitel

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

Drittes Kapitel

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

Viertes Kapitel

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

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

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

*Sechstes Kapitel***Bewertung der Ergebnisse**

396

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

*Siebtes Kapitel***Wesentliches Ergebnis der Arbeit**

431

| | |
|-----------------------------------|-----|
| Literaturverzeichnis | 441 |
| Sachregister | 459 |

Inhaltsverzeichnis

Erstes Kapitel

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

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

Zweites Kapitel

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

Drittes Kapitel

| | |
|---|-----|
| Rechtliche Grundlagen | 71 |
| A. Zur Vorwegnahme der Grundlagen | 71 |
| B. Markenrecht | 71 |
| I. Das allgemeine Erfordernis einer markenmäßigen Nutzung | 72 |
| 1. Stand der Diskussion vor der „L'Oréal“-Entscheidung | 72 |
| a) Markenmäßige Nutzung erforderlich | 72 |
| aa) Weite Auslegung | 73 |
| bb) Enge Auslegung | 74 |
| b) Kennzeichnende Benutzung ausreichend | 75 |
| c) Keine markenmäßige Nutzung erforderlich | 75 |
| d) Vermittelnde Ansicht des gespaltenen Nutzungs begriffs | 76 |
| e) Rechtsprechung des EuGH | 76 |
| 2. Ansätze seit der „L'Oréal“-Entscheidung | 77 |
| a) Rechtsprechung des EuGH | 78 |
| aa) Das „L'Oréal“-Urteil | 78 |
| bb) Das „Google France“-Urteil | 79 |
| cc) Die Urteile Bergspechte, Bananabay, Portakabin | 79 |
| dd) Das Urteil Interflora | 80 |
| b) Reaktionen der Literatur | 81 |
| aa) Kritik an bzw. Ablehnung der Entscheidung „L'Oréal“ | 81 |
| bb) Zustimmung zu der Entscheidung „L'Oréal“ | 82 |
| (1) Ansicht, dass die Definition einer Markenmäßigkeit erweitert wurde | 83 |
| (2) Ansicht, dass das TBM der Markenmäßigkeit abgeschafft wurde | 84 |
| c) Einlenken des BGH in der „Opel-Blitz II“-Entscheidung? | 85 |
| d) Stellungnahme | 86 |
| II. Festlegung des Schutzbereichs der Verletzungstatbestände | 89 |
| III. Deckungsgleichheit von Herkunftsfunktionsverletzung und Verwechslungsgefahr? | 91 |
| IV. Die Funktionenlehre | 93 |
| 1. Allgemeine Fragen bezüglich der rechtlichen Markenfunktionen | 93 |
| 2. Die Funktionen im Einzelnen | 95 |
| a) Die Herkunftsfunktion | 96 |
| b) Die Qualitäts-, Garantie- oder Vertrauensfunktion | 97 |
| c) Die Kommunikationsfunktion | 99 |
| d) Die Investitionsfunktion | 102 |
| e) Die Werbefunktion | 104 |

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

Viertes Kapitel

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

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

Viertes Kapitel

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Fünftes Kapitel

| | |
|---|------------|
| Rechtliche Würdigung weiterer Formen kontextsensitiver Werbung | 373 |
| A. Content-Ads | 373 |
| I. Markenrechtliche Betrachtung | 373 |
| 1. Nutzung des fremden Zeichens in Zusammenhang mit Seiteninhalt und Anzeige | 373 |

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

Sechstes Kapitel

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

| | | |
|-----------------------------------|---|------------|
| IV. | Die Interessen des Markeninhabers | 402 |
| D. | Interessenabwägung zu Bestand und Reichweite der Haftung | 403 |
| I. | Strenger Haftungsmaßstab | 403 |
| II. | Milder Haftungsmaßstab | 404 |
| III. | Zwischenergebnis bezüglich des Haftungsmaßstabs | 405 |
| E. | Interessenabwägung zum Adressaten der Haftung | 406 |
| F. | Abgleich: Ist nach aktueller Rechtslage ein gerechter Ausgleich möglich? .. | 408 |
| I. | Probleme bezüglich der Herkunftsfunktion und der Verwechslungsgefahr .. | 408 |
| II. | Probleme bezüglich der Werbefunktion | 409 |
| III. | Probleme bezüglich der Haftung des Suchmaschinenbetreibers | 411 |
| G. | Erlauben die Regelungen im MarkenG, UWG und TMG grundsätzlich einen gerechten Ausgleich? | 413 |
| H. | Die europäischen Kommunikationsgrundrechte | 416 |
| I. | Exkurs: Sekundäreffekte der Haftung von Suchmaschinen | 417 |
| J. | Alternative Wege eines Ausgleichs der Interessen jenseits bestehender Regelungen | 418 |
| I. | Legislatorische Regelungsversuche und hieraus zu ziehende Lehren | 418 |
| 1. | Keyword-Gesetze des US-Bundesstaats Utah | 419 |
| a) | Utah SB 236 („Trademark Protection Act“) | 419 |
| b) | Utah SB 151 (Novelle zu Utah SB 236) | 420 |
| c) | Utah HB 450 | 420 |
| 2. | Rückschlüsse aus den Regulierungsversuchen | 421 |
| a) | Errichtung einer Datenbank | 421 |
| b) | Gütlicher Ausgleich | 422 |
| c) | Sonderfall Keyword-Optionen und Keyword-Tools | 422 |
| d) | Haftung des Suchmaschinenbetreibers | 423 |
| II. | Keyword-Markenfunktion | 424 |
| III. | Klärung umstrittener Fragen bezüglich der ECRL durch die Rechtsprechung | 426 |
| IV. | Weitere mögliche gesetzgeberische Maßnahmen | 427 |
| V. | Technische Lösungen und ihre Anordnung | 428 |
| K. | Schlusswort | 429 |
| <i>Siebtes Kapitel</i> | | |
| | Wesentliches Ergebnis der Arbeit | 431 |
| Literaturverzeichnis | | 441 |
| Sachregister | | 459 |