

# 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

*Siebttes Kapitel***Wesentliches Ergebnis der Arbeit** 431

<b>Literaturverzeichnis</b> .....	441
<b>Sachregister</b> .....	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*

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

<b>A. Zur Vorwegnahme der Grundlagen</b>	71
<b>B. Markenrecht</b>	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 Nutzungsbegriffs	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 er-	
weitert 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 Verwech-	
slungsgefahr?	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
<b>C. Das Verhältnis marken- und lauterkeitsrechtlicher Vorschriften .....</b>	<b>107</b>
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
<b>D. Lauterkeitsrecht .....</b>	<b>115</b>
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
 <i>Viertes Kapitel</i> 	
<b>Rechtliche Würdigung des Keyword-Advertising .....</b>	<b>121</b>
<b>A. Markenrechtliche Betrachtung .....</b>	<b>121</b>
I. Schutzzinhalt 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. Schutzzumfang 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
<b>C. Das Verhältnis marken- und lauterkeitsrechtlicher Vorschriften .....</b>	<b>107</b>
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
<b>D. Lauterkeitsrecht .....</b>	<b>115</b>
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*

<b>Rechtliche Würdigung des Keyword-Advertising</b>	<b>121</b>
<b>A. Markenrechtliche Betrachtung .....</b>	<b>121</b>
I. Schutzzinhalt 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. Schutzzumfang 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 Wer- beanzeige) .....	173
ii) Sonderfall Täterschaft des Suchmaschinenbetreibers (Her- kunftsfunktion) .....	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 Markenfunk- tionen? .....	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 (Werbe- funktion) .....	189
ee) Ergebnis und Stellungnahme .....	190
e) Verletzung der Vertrauensfunktion .....	190
f) Verletzung der Kommunikationsfunktion .....	191
aa) (Suchmaschinen-)werbung beeinträchtigt schon an sich Inte- ressen 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 In- terflora .....	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 (nichtautorierten) 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) Begehungsfahr .....	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) Vorabeschränkung 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 Kenntniserlangung .....	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) Kenntniserlangung 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 Kenntniserlangung 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) Kenntniserlangung des Providers durch Anzeige .....	341
4. Sonderfall Beaufsichtigung des Nutzers, § 10 S. 2 TMG .....	342
5. Tätigkeiten des Anbieters nach Kenntniserlangung .....	343
XII. Folge einer täterschaftlichen Haftung des Suchmaschinenbetreibers .....	344
1. Haftung des Werbenden als Auftraggeber .....	344
2. Störerhaftung des Werbenden .....	345
<b>B. Ergebnis der markenrechtlichen Betrachtung .....</b>	<b>346</b>
<b>C. Lauterkeitsrechtliche Betrachtung .....</b>	<b>347</b>
I. Folge unlauterer Werbung .....	347
II. Voraussetzungen der Ansprüche .....	347
1. Anwendbarkeit des Lauterkeitsrechts .....	348
2. Unlauterkeit nach § 3 UWG, die Beispieltatbestände und allg. Voraussetzungen .....	348
3. Keyword-Advertising als geschäftliche Handlung .....	348
4. Unlauterkeit des Keyword-Advertisings .....	349
a) Behinderung von Mitbewerbern (§ 4 Nr. 10 UWG) .....	349

aa) Behinderung durch Abwerben bzw. Abfangen 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 Keywordwerbung .....	354
(3) Sonderfall: Buchung von Domainnamen .....	356
bb) Zwischenergebnis zum unbilligen Kundenfang .....	357
cc) Behinderung 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) Verantwortungsbereich des Suchmaschinenbetreibers .....	362
bb) Verantwortungsbereich 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
<b>D. Ergebnis der lauterkeitsrechtlichen Betrachtung .....</b>	<b>372</b>

### *Fünftes Kapitel*

<b>Rechtliche Würdigung weiterer Formen kontextsensitiver Werbung .....</b>	<b>373</b>
<b>A. Content-Ads .....</b>	<b>373</b>
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 Wer- benden .....	374
aa) Benutzung im geschäftlichen Verkehr für Waren oder Dienst- leistungen .....	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 einzelner Instanzrechtspre- chung .....	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>B. E-Mail-Dienste .....</b>	<b>391</b>
<b>C. YouTube .....</b>	<b>393</b>

### *Sechstes Kapitel*

## **Bewertung der Ergebnisse** 396

<b>A. Resultat und Folgen der bisherigen Überlegungen .....</b>	<b>396</b>
<b>B. Zusammenfassung des aktuellen Stands .....</b>	<b>396</b>
<b>C. Überlegung: Welche Interessen kollidieren? .....</b>	<b>398</b>
I. Die Interessen des Suchenden .....	398
II. Die Interessen des Suchmaschinenbetreibers .....	399
III. Die Interessen des Werbenden .....	400



IV. Die Interessen des Markeninhabers .....	402
<b>D. Interessenabwägung zu Bestand und Reichweite der Haftung .....</b>	<b>403</b>
I. Strenger Haftungsmaßstab .....	403
II. Milder Haftungsmaßstab .....	404
III. Zwischenergebnis bezüglich des Haftungsmaßstabs .....	405
<b>E. Interessenabwägung zum Adressaten der Haftung .....</b>	<b>406</b>
<b>F. Abgleich: Ist nach aktueller Rechtslage ein gerechter Ausgleich möglich? ..</b>	<b>408</b>
I. Probleme bezüglich der Herkunftsfunktion und der Verwechslungsgefahr ..	408
II. Probleme bezüglich der Werbefunktion .....	409
III. Probleme bezüglich der Haftung des Suchmaschinenbetreibers .....	411
<b>G. Erlauben die Regelungen im MarkenG, UWG und TMG grundsätzlich einen gerechten Ausgleich? .....</b>	<b>413</b>
<b>H. Die europäischen Kommunikationsgrundrechte .....</b>	<b>416</b>
<b>I. Exkurs: Sekundäreffekte der Haftung von Suchmaschinen .....</b>	<b>417</b>
<b>J. Alternative Wege eines Ausgleichs der Interessen jenseits bestehender Regelungen .....</b>	<b>418</b>
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 Rechtspre- chung .....	426
IV. Weitere mögliche gesetzgeberische Maßnahmen .....	427
V. Technische Lösungen und ihre Anordnung .....	428
<b>K. Schlusswort .....</b>	<b>429</b>

### *Siebttes Kapitel*

<b>Wesentliches Ergebnis der Arbeit .....</b>	<b>431</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>441</b>
<b>Sachregister .....</b>	<b>459</b>