

## BGH: AdWord-Anzeigen im Internetshop – MOST-Pralinen

MarkenG § 14 Abs. 2 Nr. 1 und 2

Urteil vom 13.12.2012 – I ZR 217/10 (OLG Braunschweig, LG Braunschweig)

### Leitsatz

**Wird Internetnutzern anhand eines mit der Marke identischen oder verwechselbaren Schlüsselworts eine Anzeige eines Dritten angezeigt (Keyword-Advertising), ist eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion der Marke grundsätzlich ausgeschlossen, wenn die Anzeige in einem von der Trefferliste eindeutig getrennten und entsprechend gekennzeichneten Werbeblock erscheint und selbst weder die Marke noch sonst einen Hinweis auf den Markeninhaber oder die unter der Marke angebotenen Produkte enthält (Fortführung von BGH GRUR 2011, 828 [= MMR 2011, 590] – Bananabay II; BGH MMR 2011, 608).**

**Anm. d. Red.:** Die Entscheidung der Vorinstanz ist abgedruckt in MMR 2011, 253. Vgl. hierzu auch *EuGH* MMR 2009, 797 (Ls.); *EuGH* MMR 2010, 313; *EuGH* MMR 2010, 609; *EuGH* MMR-Aktuell 2011, 312467 (Ls.); *EuGH* MMR 2011, 804; *EuGH* MMR 2010, 315; *BGH* MMR 2009, 326 m. Anm. *Hoeren*; *BGH* MMR 2011, 590; *BGH* MMR 2011, 608 m. Anm. *Hoeren* und *ÖOGH* MMR 2010, 754 m. Anm. *Schubert/Ott*.

### Sachverhalt

Die Kl. ist Inhaberin der ausschließlichen Lizenz an der u.a. für die Warenklasse 30 und damit auch für Pralinen und Schokolade eingetragenen deutschen Wort-Bildmarke „MOST“. Sie betreibt unter der Internetadresse „www.most-shop.com“ einen „MOST-Shop“, über den sie hochwertige Konfiserie- und Schokoladenprodukte vertreibt.

Die Bekl. unterhält unter den Internetadressen „www.feinkost-geschenke.de“ und „www.selection-exquisit.de“ einen Online-shop für Geschenke, Pralinen und Schokolade. Sie schaltete im Januar 2007 bei der Suchmaschine Google eine Adword-Anzeige für ihren Internetshop. Als Keyword, dessen Eingabe in die Suchmaske das Erscheinen der Anzeige auslösen sollte, hatte die Bekl. den Begriff „Pralinen“ mit der Option „weitgehend passende Keywords“ gewählt. In der Liste der „weitgehend passenden Keywords“ stand auch das Schlüsselwort „most pralinen“. Bei Eingabe des Suchbegriffs „MOST Pralinen“ (Eingabe mit Anführungszeichen) erschien am 19.1.2007 rechts neben den Suchergebnissen folgende Anzeige der Bekl.: „Pralinen. Weine, Pralinen, Feinkost, Präsente. Genießen und schenken! www.feinkost-geschenke.de“.

Über den in der Anzeige angegebenen elektronischen Verweis (Link) „www.feinkost-geschenke.de“ gelangte der Suchmaschinennutzer auf die Homepage der Bekl. unter der Internetadresse „www.selection-exquisit.de“. In dem Onlineshop der Bekl. wurden keine Produkte mit dem Zeichen „MOST“ vertrieben.

Die Kl. ist der Ansicht, die Bekl. habe durch die Schaltung ihrer Anzeige das Recht an der Wort-Bildmarke „MOST“ verletzt. Die von der Markeninhaberin zur Verfolgung von Markenverletzungen ermächtigte Kl. hat die Bekl. auf Unterlassung und Freistellung von den Kosten einer Abmahnung und eines Abschluss-schreibens i.H.v. jew. € 699,90 nebst Zinsen in Anspruch genommen.

Die Bekl. hat von der Kl. im Wege der Widerklage Zahlung und Freistellung von Rechtsanwaltskosten i.H.v. jew. € 1.379,80 nebst Zinsen verlangt. Sie ist der Ansicht, die Kl. habe sie zu Unrecht abgemahnt und zur Abgabe einer Abschlusserklärung

aufgefordert; sie sei daher zur Erstattung der dadurch entstandenen Anwaltskosten verpflichtet. Das LG hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Die Bekl. hat dagegen Berufung eingelegt. Die Kl. hat im Berufungsverfahren den Unterlassungsantrag auf die konkrete Verletzungsform beschränkt und den Freistellungsantrag hinsichtlich der Kosten des Abschluss-schreibens mit Zustimmung der Bekl. zurückgenommen.

Das *Berufungsgericht* (OLG Braunschweig MMR 2011, 253 hat die Berufung der Bekl. im Wesentlichen zurückgewiesen.

### Aus den Gründen

**9 I.** Das *Berufungsgericht* hat angenommen, der Kl. stünden die von ihr zuletzt erhobenen Ansprüche auf Unterlassung und Freistellung von Abmahnkosten zu. Die Kl. sei als Lizenznehmerin berechtigt, Ansprüche wegen Markenverletzung mit Zustimmung des Markeninhabers geltend zu machen. Die in Rede stehende Adword-Anzeige habe die Rechte aus der Klagemarke verletzt. Die Bekl. sei dafür als Täterin, jedenfalls aber als Störerin verantwortlich. Die Widerklage sei dagegen unbegründet, weil der Kl. ein Unterlassungsanspruch zustehe und daher keine unberechtigte Schutzrechtsverwarnung vorliege. ...

**13 II.** Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Bekl. hat Erfolg. Entgegen der Ansicht des *Berufungsgerichts* hat die in Rede stehende Adword-Anzeige die Rechte aus der Klagemarke nicht verletzt. Die mit der Klage zuletzt erhobenen Ansprüche auf Unterlassung (§ 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5 MarkenG) und Freistellung von Abmahnkosten (§ 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 6 MarkenG, §§ 677, 683, 670 BGB) sind daher nicht begründet. Dagegen kann der mit der Widerklage geltend gemachte Anspruch auf Erstattung von Anwaltskosten nicht mit der vom *Berufungsgericht* gegebenen Begründung verneint werden, es liege keine unberechtigte Schutzrechtsverwarnung vor, weil der Kl. ein Unterlassungsanspruch zustehe.

**14 1.** Dritten ist es nach § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG untersagt, ohne Zustimmung des Inhabers der Marke im geschäftlichen Verkehr ein Zeichen zu benutzen, wenn wegen der Identität oder Ähnlichkeit des Zeichens mit der Marke und der Identität oder Ähnlichkeit der durch die Marke und das Zeichen erfassten Waren oder Dienstleistungen für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht. ...

**15 2.** Das *Berufungsgericht* ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass die Bekl. das Zeichen „most pralinen“ ohne Zustimmung des Markeninhabers „im geschäftlichen Verkehr“ benutzt hat.

**16** Eine Benutzung im geschäftlichen Verkehr liegt vor, wenn die Benutzung im Zusammenhang mit einer auf einen wirtschaftlichen Vorteil gerichteten kommerziellen Tätigkeit und nicht im privaten Bereich erfolgt. Der Betreiber einer Suchmaschine, der den Werbenden mit Marken identische oder ähnliche Zeichen als Schlüsselwörter anbietet, die von den Werbenden ausgewählten Zeichen speichert und bei der Eingabe eines diesen Zeichen entsprechenden Suchwortes die Werbeanzeigen seiner Kunden einblendet, handelt danach zwar im Geschäftsverkehr. Er benutzt diese Zeichen jedoch nicht selbst. Benutzer dieser Zeichen ist vielmehr der Werbende, der das Schlüsselwort für seine Zwecke auswählt. Da er das als Schlüsselwort ausgewählte Zeichen verwendet, um das Erscheinen seiner Anzeige auszulösen, benutzt er das Zeichen auch im geschäftlichen Verkehr (vgl. *EuGH* Slg. 2010, I-2417 [= MMR 2010, 315] Rdnr. 50 bis 59 – Google France und Google; Slg. 2010, I-2517 [= MMR 2010, 313] Rdnr. 18 – BergSpechte/trekking.at Reisen; GRUR 2010,

641 [= MMR 2010, 609] Rdnr. 17 – Eis.de/BBY; GRUR 2010, 841 Rdnr. 27 [= MMR-Aktuell 2011, 312467 (Ls.)] – Portakabin/Primakabin; GRUR 2011, 1124 [= MMR 2011, 804] Rdnr. 30 – Interflora/M&S Interflora Inc.).

**17** Die Bekl. hat nicht nur das Schlüsselwort „Pralinen“ selbst gewählt. Sie hat vielmehr dadurch, dass sie keine der von Google angebotenen Keyword-Optionen („weitgehend passende Keywords“, „passende Wortgruppen“ oder „genau passende Keywords“) gewählt hat, die Standard-Option „weitgehend passende Keywords“ gebucht und damit alle bei einer Auswahl dieser Option von Google hinzugefügten und vom Werbenden abwählbaren, von ihr aber nicht abgewählten Schlüsselwörter dazugebucht, darunter das Schlüsselwort „most pralinen“. Damit hat sie auch das Schlüsselwort „most pralinen“ für ihre Werbezwecke ausgewählt.

**18 3.** Das *Berufungsgericht* hat weiter mit Recht angenommen, dass die Bekl. das Zeichen „most pralinen“ „für Waren oder Dienstleistungen“ benutzt hat.

**19** Eine Benutzung des Zeichens „für Waren oder Dienstleistungen“ kann auch in einer Verwendung in der Werbung liegen (Art. 5 Abs. 3 lit. d MarkenRL; § 14 Abs. 3 Nr. 5 MarkenG). Dabei kommt es nicht darauf an, ob das als Schlüsselwort verwendete Zeichen oder die anhand des Schlüsselworts beworbenen Waren oder Dienstleistungen in der Werbeanzeige selbst erscheinen. Vielmehr reicht es aus, dass der Werbende mit der Auswahl eines der Marke entsprechenden Schlüsselworts erreichen möchte, dass der Internetnutzer nach Eingabe des Suchworts den Werbelink anklickt und die von ihm auf der sich öffnenden Internetseite angebotenen Waren oder Dienstleistungen wahrnimmt (vgl. *EuGH*, a.a.O., Rdnr. 60 bis 74 – Google France und Google; *EuGH*, a.a.O., Rdnr. 19 – BergSpechte/trekking.at Reisen; *EuGH*, a.a.O., Rdnr. 18 – Eis.de/BBY; *EuGH*, a.a.O., Rdnr. 42 – Portakabin/Primakabin; *EuGH*, a.a.O., Rdnr. 31 – Interflora/M&S Interflora Inc.; *BGH* GRUR 2011, 828 [= MMR 2011, 590] Rdnr. 20 – Bananabay II).

**20** Die Bekl. hat das Zeichen „most pralinen“ danach durch seine Auswahl als Schlüsselwort ihrer Werbeanzeige für die in ihrem Onlineshop angebotenen Waren oder Dienstleistungen benutzt, auch wenn in der Werbeanzeige weder das Zeichen noch die Waren oder Dienstleistungen zu sehen sind.

**21 4.** Das *Berufungsgericht* ist auch zutreffend davon ausgegangen, dass zwischen der Klagemarke „MOST“ und dem Schlüsselwort „most pralinen“ keine Identität, sondern nur Ähnlichkeit besteht, weil es sich bei der Klagemarke um eine Wort-Bildmarke handelt. ... Entgegen der Ansicht des *Berufungsgerichts* ist die Herkunftsfunktion der Marke der Kl. durch die Anzeige der Bekl. jedoch nicht beeinträchtigt.

**22 a)** Nach der Rspr. des *EuGH* erfordert die Beurteilung, ob die Herkunftsfunktion einer Marke beeinträchtigt wird, wenn Internetnutzern anhand eines mit der Marke identischen oder der Marke ähnlichen Schlüsselworts eine Anzeige eines Dritten gezeigt wird, eine zweistufige Prüfung: Zunächst hat das Gericht festzustellen, ob bei einem normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer auf Grund der allgemein bekannten Marktmerkmale das Wissen zu unterstellen ist, dass der Werbende und der Markeninhaber nicht miteinander wirtschaftlich verbunden sind, sondern miteinander im Wettbewerb stehen. Falls ein solches allgemeines Wissen fehlt, hat das Gericht sodann festzustellen, ob für den Internetnutzer aus der Werbeanzeige erkennbar ist, dass die vom Werbenden angebotenen Waren oder Dienstleistungen nicht vom Markeninhaber oder mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen stammen (vgl. *EuGH*, a.a.O., Rdnr. 51 – Interflora/M&S Interflora Inc.).

**23** Im Streitfall hat das *Berufungsgericht* keine Feststellungen getroffen, aus denen sich Anhaltspunkte dafür ergeben könnten, dass der normal informierte und angemessen aufmerksame Internetnutzer auf Grund der allgemein bekannten Marktmerkmale Kenntnis davon hat, dass der Werbende und der Markeninhaber nicht miteinander wirtschaftlich verbunden sind, sondern miteinander im Wettbewerb stehen. ... Ist aus der Anzeige für einen normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer nicht oder nur schwer zu erkennen, ob die dort beworbenen Waren oder Dienstleistungen vom Inhaber der Marke oder von einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen oder vielmehr von einem Dritten stammen, ist die herkunftshinweisende Funktion der Marke beeinträchtigt (vgl. zum mit der Marke identischen Schlüsselwort *EuGH*, a.a.O., Rdnr. 82 bis 87 – Google France und Google; *EuGH*, a.a.O., Rdnr. 35 – BergSpechte/trekking.at Reisen; *EuGH*, a.a.O., Rdnr. 24 – Eis.de/BBY; *EuGH*, a.a.O., Rdnr. 34 – Portakabin/Primakabin; *EuGH*, a.a.O., Rdnr. 44 – Interflora/M&S Interflora Inc.; zum der Marke ähnlichen Schlüsselwort *EuGH*, a.a.O., Rdnr. 38 f. – BergSpechte/trekking.at Reisen; *EuGH*, a.a.O., Rdnr. 52 – Portakabin/Primakabin).

**24** Auf eine Beeinträchtigung in diesem Sinne ist zu schließen, wenn die Anzeige des Dritten suggeriert, dass zwischen ihm und dem Markeninhaber eine wirtschaftliche Verbindung besteht. Dasselbe gilt, wenn die Anzeige das Bestehen einer wirtschaftlichen Verbindung zwar nicht suggeriert, hinsichtlich der Herkunft der fraglichen Ware oder Dienstleistung aber so vage gehalten ist, dass ein normal informierter und angemessen aufmerksamer Internetnutzer auf Grund des Werbelinks und der ihn begleitenden Werbebotschaft nicht erkennen kann, ob der Werbende im Verhältnis zum Markeninhaber Dritter oder vielmehr mit ihm wirtschaftlich verbunden ist (*EuGH*, a.a.O., Rdnr. 89 f. – Google France und Google; *EuGH*, a.a.O., Rdnr. 26 und 40 – BergSpechte/trekking.at Reisen; *EuGH*, a.a.O., Rdnr. 36 f. – Eis.de/BBY; *EuGH*, a.a.O., Rdnr. 35 und 53 – Portakabin/Primakabin; *EuGH*, a.a.O., Rdnr. 45 – Interflora/M&S Interflora Inc.).

**25** Ob nach diesen Grundsätzen eine Beeinträchtigung der herkunftshinweisenden Funktion vorliegt oder vorliegen kann, ist Sache der Würdigung durch das nationale Gericht (*EuGH*, a.a.O., Rdnr. 88 – Google France und Google; *EuGH*, a.a.O., Rdnr. 37 – BergSpechte/trekking.at Reisen; *EuGH*, a.a.O., Rdnr. 25 – Eis.de/BBY; *EuGH*, a.a.O., Rdnr. 36 – Portakabin/Primakabin; *EuGH*, a.a.O., Rdnr. 46 – Interflora/M&S Interflora Inc.).

**26 b)** Nach der Rspr. des *BHG* liegt nach diesen Grundsätzen keine Beeinträchtigung der herkunftshinweisenden Funktion der Marke vor, wenn die Werbeanzeige in einem von der Trefferliste eindeutig getrennten und entsprechend gekennzeichneten Werbeblock erscheint und selbst weder die Marke noch sonst einen Hinweis auf den Markeninhaber oder die unter der Marke angebotenen Produkte enthält (vgl. *BGH*, a.a.O., Rdnr. 22 bis 28 – Bananabay II; MMR 2011, 608 [m. Anm. Hoeren] Rdnr. 26).

**27** Der verständige Internetnutzer erwartet in einem von der Trefferliste räumlich, farblich oder auf andere Weise deutlich abgesetzten und mit dem Begriff „Anzeigen“ gekennzeichneten Werbeblock nicht ausschließlich Angebote des Markeninhabers oder mit ihm verbundener Unternehmen. Der Verkehr, der eine Trennung der Werbung von der eigentlich nachgefragten Leistung aus dem Bereich von Presse und Rundfunk kennt, unterscheidet zwischen den Fundstellen in der Trefferliste und den als solche gekennzeichneten Anzeigen. Ihm ist klar, dass eine notwendige Bedingung für das Erscheinen der Anzeige vor allem deren Bezahlung durch den Werbenden ist. Ihm ist zudem bekannt, dass regelmäßig auch Dritte bezahlte Anzeigen bei Google schalten. Er hat daher keinen Anlass zu der Annahme, eine bei Eingabe einer Marke als Suchwort in der Anzeigenspal-

te erscheinende Adword-Anzeige weise allein auf das Angebot des Markeninhabers oder eines mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmens hin (BGH, a.a.O., Rdnr. 28 – Bananabay II).

**28** Rechnet der Internetnutzer mit Angeboten, die nicht vom Markeninhaber oder von mit ihm verbundenen Unternehmen stammen, bedarf es keines Hinweises auf das Fehlen einer wirtschaftlichen Verbindung zwischen dem Werbenden und dem Markeninhaber, um eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion der Marke auszuschließen. Der Umstand, dass ein in der Werbeanzeige angegebener Domain-Name auf eine andere betriebliche Herkunft hinweist (vgl. BGH, a.a.O., Rdnr. 27 – Bananabay II), ist daher keine notwendige Bedingung, sondern nur ein zusätzlicher Grund für den Ausschluss einer Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion. Andererseits kann die Herkunftsfunktion der Marke auch bei einer Platzierung der Anzeige in einem deutlich abgesetzten und entsprechend gekennzeichneten Werbeblock beeinträchtigt sein, wenn die Werbeanzeige einen Hinweis auf das Markenwort oder den Markeninhaber oder die unter der Marke vom Markeninhaber oder mit seiner Zustimmung angebotenen Waren oder Dienstleistungen enthält. Allein der Umstand, dass Waren oder Dienstleistungen der unter der Marke vertriebenen Art in der Werbeanzeige mit Gattungsbegriffen bezeichnet werden, kann allerdings grds. nicht zu einer Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion der Marke führen.

**29** Entgegen der Auffassung des *Berufungsgerichts* ist der Rspr. des *Gerichtshofs* nicht zu entnehmen, dass es für die Frage der Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion unerheblich ist, ob die Werbeanzeige in einem von der Trefferliste deutlich abgesetzten und entsprechend gekennzeichneten Werbeblock steht. Soweit der *Gerichtshof* in den Vorabentscheidungsverfahren „BergSpechte“ und „Portakabin“ die Vorlagefrage, ob es von Bedeutung ist, ob die Anzeige in der Trefferliste oder im Anzeigenblock erscheint, als unerheblich erachtet und nicht beantwortet hat, beruht dies ersichtlich allein auf seiner Annahme, die Vorlagefrage betreffe die – in den betreffenden Ausgangsverfahren nicht gegebene – Fallgestaltung, dass die Anzeige nicht im Anzeigenblock, sondern in der Trefferliste erscheint (vgl. *EuGH*, a.a.O., Rdnr. 42 bis 44 – BergSpechte/trekking.at Reisen; *EuGH*, a.a.O., Rdnr. 37, bis 39 – Portakabin/Primakabin).

**30 c)** Danach ist im Streitfall eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion und damit eine Verletzung der Klagemarke zu verneinen. Gibt ein Internetnutzer den als Schlüsselwort gebuchten Begriff „MOST Pralinen“ als Suchwort ein, erscheint nach den Feststellungen des *Berufungsgerichts* die Anzeige der Bkl. in einem mit der Überschrift „Anzeigen“ gekennzeichneten, deutlich abgesetzten besonderen Werbeblock. Weder der Anzeigentext „Pralinen. Weine, Pralinen, Feinkost, Präsente. Genießen und schenken!“ noch der aufgeführte elektronische Verweis „www.feinkost-geschenke.de“ enthalten einen Hinweis auf das Markenwort „MOST“, den Markeninhaber oder die vom Markeninhaber oder mit seiner Zustimmung unter der Marke angebotenen Produkte. Sie enthalten lediglich Gattungsbegriffe und weisen nicht auf eine Herkunft der Produkte aus dem Betrieb der Kl. hin.

**31 d)** Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung ist auch im Blick auf die Rspr. des *ÖOGH* und der *französischen Cour de cassation* keine Vorlage an den *Gerichtshof* zur Klärung der Frage erforderlich, ob der *Senat* an seiner Beurteilung festhalten kann.

**32** Der *ÖOGH* ist nach der Vorabentscheidung des *Gerichtshofs* in der Sache „BergSpechte/trekking.at Reisen“ (a.a.O.) davon ausgegangen, die Herkunftsfunktion der Marke werde bereits

dann beeinträchtigt, wenn die Werbeanzeige keinen klarstellenden Hinweis enthält, dass zwischen dem Markeninhaber und dem Werbenden keine wirtschaftliche Verbindung besteht (*ÖOGH GRUR Int.* 2011, 173, 175 [= MMR 2010, 754 m. Anm. Schubert/Ott] – BergSpechte II; vgl. dazu Müller, *GRUR Int.* 2011, 175). Die französische *Cour de cassation* hat nach der Vorabentscheidung des *Gerichtshofs* in einer der Sachen „Google France und Google“ (a.a.O.) die Annahme des *Berufungsgerichts* als nicht rechtsfehlerhaft erachtet, dass nicht jede Verwechslungsgefahr ausgeschlossen sei, auch wenn die Anzeige die fragliche Marke nicht erwähne, das eigene, nicht verwechselbare Unterscheidungszeichen verwende und in einer separaten Kolumne unter der Überschrift „geschäftliche Links“ oberhalb oder rechts von den Ergebnissen der eigentlichen Recherche erscheine (U. v. 13.7.2010, *GRUR Int.* 2011, 625, 627 – CNRRH; vgl. dazu Henning-Bodewig, *GRUR Int.* 2011, 592).

**33** Der *ÖOGH* und die *französische Cour de cassation* haben demnach – wie auch der *BGH* in seinen Entscheidungen v. 13.1.2011 – lediglich geprüft, ob die Werbeanzeigen auf Grund ihrer Gestaltung nach den vom *EuGH* aufgestellten Grundsätzen die herkunftshinweisende Funktion der Marke beeinträchtigen. Diese Beurteilung hat der *EuGH* den nationalen Gerichten überlassen (vgl. oben Rdnr. 22 ff.).

**34** Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung sind auch die Ausführungen des *Gerichtshofs* in der Entscheidung „Interflora“, die nach den vorgenannten Entscheidungen der nationalen Gerichte ergangen ist, nicht dahin zu verstehen, dass der *Gerichtshof* die Anforderungen an die markenrechtliche Zulässigkeit des „Keyword-Advertising“ mit seinen Vorgaben für die zweite Stufe der Prüfung verschärft hat (so Ludwig, K&R 2011, 724, 725; Ott, *WRPL* 2012, B-3 f.). Insb. ist dieser Entscheidung nicht zu entnehmen, dass eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion nur dann ausgeschlossen ist, wenn der Werbende in der Anzeige ausdrücklich auf das Fehlen einer wirtschaftlichen Verbindung zum Markeninhaber hinweist; sie enthält auch keinen Hinweis darauf, dass es für den Ausschluss jeder Verwechslungsgefahr nicht ausreicht, wenn die Anzeige in einem von der Trefferliste deutlich abgesetzten und entsprechend gekennzeichneten Werbeblock erscheint.

**35** Der *Gerichtshof* hat lediglich ausgeführt, dass es unter den im zu beurteilenden Fall vorliegenden Umständen für den normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer besonders schwer sein kann, ohne Hinweis des Werbenden, dessen Werbeanzeige auf eine Suche mit der genannten Marke als Suchwort erscheint, zu erkennen, ob der Werbende wirtschaftlich mit dem Markeninhaber verbunden ist (vgl. *EuGH*, a.a.O., Rdnr. 52 – Interflora/M&S Interflora Inc.). Danach ist die Annahme nicht ausgeschlossen, dass der durchschnittliche Internetnutzer unter anderen Umständen auch ohne Hinweis des Werbenden erkennt, ob dieser mit dem Markeninhaber wirtschaftlich verbunden ist. Darüber hinaus hat der *Gerichtshof* auch in diesem Zusammenhang nochmals hervorgehoben, dass es Sache des nationalen Gerichts ist, die Frage der Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion unter Berücksichtigung aller Faktoren, die es für relevant erachtet, zu prüfen (*EuGH*, a.a.O., Rdnr. 53 – Interflora/M&S Interflora Inc.). ...

## Anmerkung

RA Christian Solmecke, LL.M., Geschäftsführer DIKRI, Cologne Business School/ Annika Dam, Dipl.-jur., wissenschaftliche Mitarbeiterin der Kanzlei WILDE BEUGER SOLMECKE, Köln  
Der *BGH* hat in der vorliegenden Entscheidung wieder einmal bestätigt, dass er die Buchung fremder Marken als AdWords regelmäßig für zulässig hält (im Anschluss an *BGH MMR* 2011,

590 – Bananabay II). Diese Auslegung der *EuGH*-Rechtsprechung zum Keyword-Advertising steht im Widerspruch zu der Interpretation der *EuGH*-Vorgaben durch die Gerichte anderer Mitgliedstaaten.

Die zentrale Frage bei der Beurteilung der markenrechtlichen Zulässigkeit der Buchung einer fremden Marke als AdWord ist, unter welchen Voraussetzungen eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion anzunehmen ist. Nach Auffassung des *BGH* ist die Herkunftsfunktion schon dann nicht beeinträchtigt, wenn die AdWords-Anzeige weder die fremde Marke noch sonst einen Hinweis auf den Markeninhaber oder die unter der Marke angebotenen Produkte enthält (vgl. Rdnr. 26 ff.). Dabei berücksichtigt der *BGH* auch entscheidend, dass die Werbeanzeige in einem getrennten und entsprechend gekennzeichneten Werbeblock erscheint. Einen ausdrücklichen Hinweis auf das Fehlen einer wirtschaftlichen Verbindung zwischen Werbendem und Markeninhaber hält der *BGH* – anders als der *ÖOGH* (MMR 2010, 754 Rdnr. 12 – Bergspechte) – nicht für zwingend erforderlich. Dies gelte nicht nur, wenn der in der Anzeige enthaltene Werbelink auf eine andere betriebliche Herkunft hinweist (wie im Fall *BGH*, a.a.O., Rdnr. 27 – Bananabay II.), sondern selbst dann, wenn es sich bei dem Werbelink (hier: [www.feinkost-geschenke.de](http://www.feinkost-geschenke.de)) um einen Verweis auf eine generische Domain handelt. Ob diese Entscheidung die Vorgaben des *EuGH* noch sachgerecht umsetzt, kann mit gutem Grund bezweifelt werden.

Der *EuGH* hatte bereits in zahlreichen Vorabentscheidungsverfahren Gelegenheit, sich zur markenrechtlichen Zulässigkeit der AdWords-Werbung zu äußern (*EuGH* MMR 2010, 315 – Google France und Google; *EuGH* MMR 2010, 313 – Bergspechte II; *EuGH* MMR 2010, 609 – Eis.de; *EuGH* GRUR 2010, 841 – Portakabin/Primakabin; *EuGH* MMR 2011, 804 – Interflora). Er definierte die Anforderungen an eine zulässige AdWords-Anzeige dabei in nahezu identischer Weise. Die Herkunftsfunktion der Marke sei immer dann beeinträchtigt, wenn ein durchschnittlicher Internetnutzer anhand der Werbeanzeige nicht oder nur schwer erkennen kann, ob die in der Anzeige beworbenen Waren oder Dienstleistungen von dem Markeninhaber bzw. einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen oder vielmehr von einem Dritten stammen (grundlegend: *EuGH*, a.a.O., Rdnr. 84 – Google France und Google). Von einer Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion sei nicht nur dann auszugehen, wenn die Anzeige eine wirtschaftliche Verbindung zwischen dem Werbenden und dem Markeninhaber suggeriert, sondern auch, wenn die Anzeige hinsichtlich der Herkunft der beworbenen Waren „so vage gehalten“ ist, dass ein normaler Internetnutzer nicht erkennen kann, ob wirtschaftliche Verbindungen bestehen. Der *EuGH* hat damit im Grunde eine Art Transparenzgebot in das Markenrecht eingeführt (vgl. dazu *Henning-Bodewig*, GRUR Int. 2011, 592, 596).

Leider sind auch die Vorgaben des *EuGH* an den entscheidenden Stellen so vage gehalten, dass eine Vielzahl unterschiedlicher Interpretationsmöglichkeiten besteht. Dies zeigt insbesondere die Rezeption der *EuGH*-Rechtsprechung durch die nationalen Gerichte (vgl. *ÖOGH*, a.a.O. – Bergspechte; *Cour de cassation* GRUR Int. 2011, 625 – CNRRH vs. *BGH*, a.a.O. – Bananabay II). Der *Gerichtshof* hat in keiner seiner AdWords-Entscheidungen klar definiert, wie eine Anzeige konkret gestaltet sein muss, damit eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion ausgeschlossen ist. Er überlässt es vielmehr den nationalen Gerichten, im Lichte der *EuGH*-Rechtsprechung zu beurteilen, ob die Herkunftsfunktion der Marke beeinträchtigt wird. Seitdem wird über zahlreiche Details gestritten. Ist die Platzierung und Kennzeichnung der Anzeige in einem getrennten Werbeblock zu berücksichtigen? Reicht es aus, wenn

die Anzeige die fremde Marke nicht nennt oder ist zusätzlich ein aufklärender Hinweis erforderlich? Kann der Werbelink auf eine andere betriebliche Herkunft hinweisen und welche Folge hat es, wenn dies nicht der Fall ist? Die vorliegende *BGH*-Entscheidung gibt größtenteils sachgerechte Antworten auf diese Fragen, übergeht die Anforderungen des *EuGH* jedoch an entscheidender Stelle.

Richtig ist, dass der *BGH* nicht daran gehindert ist, neben dem Inhalt der Werbeanzeige auch ihre Platzierung und Kennzeichnung zu berücksichtigen. Wie er in Rdnr. 29 zutreffend feststellt, ist der *EuGH*-Rechtsprechung nicht zu entnehmen, dass dieser Umstand gänzlich unberücksichtigt bleiben soll. Der *EuGH* hatte sich zu dieser Frage nicht geäußert, weil die Anzeigen in allen Verfahren unstreitig in einem getrennten Werbeblock erschienen sind und somit die Frage, ob die Platzierung und Kennzeichnung Auswirkungen auf den Schutzzumfang der Marke hat, nicht entscheidungsrelevant war (vgl. *EuGH*, a.a.O., Rdnr. 42 ff. – Bergspechte II.; *EuGH*, a.a.O., Rdnr. 37 f. – Portakabin/Primakabin). Es erscheint jedoch unter Berücksichtigung der Nutzergewohnheiten im Internet verfehlt, ausschließlich auf den Inhalt der Anzeige abzustellen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Internetnutzer durch die ständige Konfrontation mit Werbeanzeigen, Pop-Ups u.Ä. aus der Platzierung eines Inhalts Rückschlüsse auf den werblichen Charakter ziehen können. Der durchschnittliche Internetnutzer kennt die räumliche Trennung von Werbung und Inhalten zudem aus anderen Medien (z.B. Presse und Rundfunk) und ist daher daran gewöhnt, anhand der Platzierung oder Kennzeichnung eines Inhalts zu erkennen, ob es sich um Werbung handelt.

Bei der Beurteilung der Frage, ob ein aufklärender Hinweis über das Fehlen einer wirtschaftlichen Verbindung erforderlich ist, hat der *BGH* zu Recht nicht das Bild eines unerfahrenen und naiven Internetnutzers – von welchem der *ÖOGH* auszugehen scheint – übernommen. Die erforderliche Transparenz der Anzeige kann daher nicht nur durch einen ausdrücklichen Hinweis hergestellt werden, sondern es reicht grundsätzlich aus, wenn die Anzeige weder die Marke selbst, noch einen Hinweis auf den Markeninhaber enthält. Dieser Grundsatz kann jedoch dann nicht gelten, wenn der Werbelink – wie hier – einen generischen Domainnamen beinhaltet, sodass eine Zuordnung der Anzeige für den Internetnutzer nicht möglich ist. In diesen Fällen wird irgendein zusätzlicher Hinweis in der Anzeige zu fordern sein, der dem Eindruck einer wirtschaftlichen Verbindung entgegenwirkt, z.B. die Nennung des eigenen Markennamens des Werbenden. Andernfalls muss man unter Berücksichtigung der *EuGH*-Rechtsprechung davon ausgehen, dass die Anzeige „so vage gestaltet ist“, dass der Internetnutzer das Fehlen wirtschaftlicher Verbindungen nicht, bzw. nur schwer, erkennen kann. Die vorliegende *BGH*-Entscheidung geht daher bei der Auslegung der *EuGH*-Rechtsprechung einen Schritt zu weit.

Bedauerlicherweise haben die zahlreichen *EuGH*-Urteile zur markenrechtlichen Zulässigkeit der AdWords-Werbung bislang keine einheitliche Rechtslage herbeigeführt. Problematisch ist dies insbesondere deshalb, weil selbst bei einer AdWords-Anzeige auf der deutschen Top-Level-Domain „[www.google.de](http://www.google.de)“ die internationale Zuständigkeit der Gerichte eines anderen Mitgliedstaats, in dem die Klagemarke eingetragen ist, begründet sein kann (*EuGH* MMR 2012, 753 – Wintersteiger/Products 4U). Insofern können sich AdWords-Werbende auch in Deutschland nicht darauf verlassen, dass nur die Vorgaben des *BGH* zu berücksichtigen sind. Es bleibt zu hoffen, dass der *EuGH* diese unbefriedigende Situation bei nächster Gelegenheit zum Anlass nehmen wird, die bestehende Rechtsunsicherheit durch konkretere Vorgaben zu beseitigen.