

von Daniel Huber

## Werbung im Internet - Adwords - Das brandneue EuGH-Urteil - Google Adwords sind rechtmäßig!

**Adwords beschäftigen die Rechtsexperten schon seit geraumer Zeit. Vor den Gerichten streiten Unternehmen darüber, ob die Verwendung einer fremden Marke als Adword eine Markenrechtsverletzung darstellt. Nun hat der EuGH ein entscheidendes Urteil gefällt. Dazu gab es im Internet bereits erste Kommentare - viele sind jedoch viel zu undifferenziert. Die IT-Recht Kanzlei liefert nun detaillierte Informationen über das Urteil des EuGH: was hat das Gericht gesagt und was bedeutet das Urteil für die Werbetreibenden? Lesen Sie jetzt im Rahmen des überarbeiteten zweiten Artikels **der neuen Serie der IT-Recht Kanzlei** über die rechtlichen Aspekte der Werbung im Internet.**

### Was sind eigentlich Adwords?

Als Adwords werden die Werbeanzeigen bezeichnet, die bei der Suche mit einer Internetsuchmaschine (z.B. Google) nicht innerhalb der Trefferliste, sondern getrennt davon am rechten Bildschirmrand erscheinen (bei Google unter der Überschrift "Anzeigen"). Diese Adwords werden von Google über ein Tool im Internet verkauft. Dabei kann sich der Werbende bei der elektronischen Schaltung der Werbeanzeige die Begriffe (sog. "Keywords") aussuchen, bei deren Suche über die Suchmaschine die entsprechende Werbeanzeige angezeigt werden soll. Gleiches gilt - je nach Wunsch und entsprechender Einstellung bei der Schaltung der Werbeanzeige - für solche Suchbegriffe, die mit den angegebenen Keywords verwandt oder diesen ähnlich sind.

### Eine kleine Rechtsgeschichte der Adwords

Das **LG Hamburg hat bereits am 30.03.2004 entschieden (Aktenzeichen:312 O 910/03)**, dass die Verwendung eines markengeschützten Begriffs als Adword keine Verletzung des Markenrechts darstellen würde, da es an einer zeichenmäßigen Verwendung des Begriffs fehlen würde.

Allerdings haben andere Instanzgerichte dies auch schon anders gesehen. So sah das OLG Braunschweig in seinem **Urteil vom 12.07.2007 (Aktenzeichen:2 U 24/07)** in der Verwendung einer Marke als Keyword eine markenmäßige Benutzung, die dem Inhaber des Markenrechts ermöglicht, nach dem Markengesetz gegen die Verwender der Marke vorzugehen. Als Begründung führte das Gericht aus,

dass dabei gerade die spezifische Lotsenfunktion der Marke ausgenutzt würde.

Auch das **OLG Stuttgart urteilte am 09.08.2007 (Aktenzeichen:2 U 23/07)**, dass die Verwendung einer markenrechtlich geschützten Bezeichnung kennzeichenmäßig erfolgt und damit das Markenrecht anwendbar ist, wenn die (fremde) Marke als sog. Keyword für eine "Google"-Adwords-Anzeige eingesetzt werde.

Vor dem BGH ist das Verfahren des OLG Braunschweigs (s.o.) fortgeführt worden. Der BGH hat dabei entschieden (**EuGH-Vorlage vom 22.01.2009, Aktenzeichen:I ZR 125/07**), dass das Verfahren ausgesetzt werden muss und die Frage dem Europäischen Gerichtshof vorzulegen ist. Dort ist das Verfahren zur Zeit immer noch anhängig, eine Entscheidung steht bald an.

Nun hat sich der EuGH jedoch am 23.3.2010 in einem ähnlich gelagerten, aus Frankreich an den EuGH herangetragenen Verfahren geäußert und somit die Richtung vorgegeben.

Lesen Sie zu diesem Thema auch den früheren Beitrag der IT-Recht Kanzlei.

## Warum entscheidet der EuGH und nicht der BGH?

Eine interessante, ganz grundlegende Frage ist die nach der Entscheidungszuständigkeit des EuGH. Warum durfte er darüber entscheiden? Ist das Markengesetz denn nicht eigentlich ein deutsches Gesetz, über das auch ein deutsches Gericht urteilen müsste?

Der EuGH muss nach Vorlage eines deutschen Gerichts immer dann als letzte, oberste Instanz entscheiden, wenn eine (deutsche) Rechtsnorm, also ein deutsches Gesetz wie das Markengesetz, auf Europäischem Recht basiert. Dies soll dazu führen, dass das Recht in ganz Europa einheitlich angewendet wird und bei Rechtsnormen, die gleichermaßen in Spanien, Italien und Deutschland (etc.) gelten, keine unterschiedlichen Maßstäbe angelegt werden. Das deutsche Markengesetz geht auf Europäisches Gemeinschaftsrecht zurück, denn es basiert auf einer EG-Richtlinie, die dazu geführt hat, dass das Markenrecht in der gesamten EU einheitlich ausgestaltet ist.

Daher war der EuGH in diesem Fall zuständig.

## Wie hat der EuGH nun entschieden?

Die Entscheidungssätze des Urteils des EuGH (Urteil vom 23.3.2010 - Az.: C-236/08 bis C-238/08) zum Thema Markenrecht und Google Adwords bzw. ähnliche Werbedienste lauten wie im Folgenden dargestellt.

Im Anschluss an die wörtlichen Zitierungen der Entscheidungssätze des EuGH folgen einige informative Anmerkungen, insbesondere zu den unterstrichenen Begriffen:

1. Art. 5 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 89/104 und Art. 9 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 40/94 sind dahin auszulegen, dass der Inhaber einer Marke es einem Werbenden verbieten darf, auf ein mit dieser Marke identisches Schlüsselwort, das von diesem Werbenden ohne seine Zustimmung im Rahmen eines Internetreferenzierungsdienstes ausgewählt wurde, für Waren oder Dienstleistungen, die mit den von der Marke erfassten identisch sind, zu werben, wenn aus dieser Werbung für einen Durchschnittsinternetnutzer nicht oder nur schwer zu erkennen ist, ob die in der Anzeige beworbenen Waren oder Dienstleistungen von dem Inhaber der Marke oder einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen oder vielmehr von einem Dritten stammen.  
2. Der Anbieter eines Internetreferenzierungsdienstes, der ein mit einer Marke identisches Zeichen als Schlüsselwort speichert und dafür sorgt, dass auf dieses Schlüsselwort Anzeigen gezeigt werden, benutzt dieses Zeichen nicht im Sinne von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 89/104 bzw. Art. 9 Abs. 1 Buchst. a und b der Verordnung Nr. 40/94.  
3. Art. 14 der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt ("Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr") ist dahin auszulegen, dass die darin aufgestellte Regel auf den Anbieter eines Internetreferenzierungsdienstes Anwendung findet, wenn dieser keine aktive Rolle gespielt hat, die ihm eine Kenntnis der gespeicherten Daten oder eine Kontrolle über sie verschaffen konnte. Hat dieser Anbieter keine derartige Rolle gespielt, kann er für die Daten, die er auf Anfrage eines Werbenden gespeichert hat, nicht zur Verantwortung gezogen werden, es sei denn, er hat die Informationen nicht unverzüglich entfernt oder den Zugang zu ihnen gesperrt, nachdem er von der Rechtswidrigkeit dieser Informationen oder Tätigkeiten des Werbenden Kenntnis erlangt hat.

### **Zu Nr. 1:**

Bei Punkt 1 geht es um das Verhältnis desjenigen, der Inhaber einer bestimmten Marke ist, zu demjenigen, der nicht Inhaber dieser Marke ist, diese aber bei einem Werbedienst wie Google Adwords als sog. Keyword (=Schlüsselwort) verwendet. Es stellt sich also die Frage, ob derjenige, der z.B. die Taschentuchmarke "Tempo" als Keyword bei Adwords verwendet, ohne Inhaber dieser Marke zu sein, eine Markenrechtsverletzung gegenüber dem Inhaber der Marke "Tempo" begeht.

(a) Verbot der BenutzungDer EuGH hat in seinen Urteilsgründen ausgeführt, dass jeder Werbende, der eine fremde Marke bei Google Adwords als sog. Schlüsselwort registriert, diese im Sinne des Markenrechts benutzt. Dies alleine bedeute jedoch noch nicht, dass zwangsläufig auch eine Markenrechtsverletzung vorliege. Vielmehr komme es weiter ebenso darauf an, dass eine der Funktionen der Marke, insbesondere die sog. Herkunftsfunktion oder auch die Werbefunktion der Marke durch diese Benutzung beeinträchtigt wird.(b) Identisches SchlüsselwortMarkenrechtlich problematisch ist bei Werbendiensten wie Google Adwords an für sich nur der Fall, dass jemand, der nicht der entsprechende Markeninhaber ist, eine fremde Marke genauso bei dem Werbendienst anmeldet, wie sie markenrechtlich registriert oder bekannt ist. Handelt es sich lediglich um einen ähnlichen Begriff, so liegt schon keine derart markenrechtlich problematische Benutzung der Marke und somit erst Recht keine Markenrechtsverletzung vor.(c) Ohne ZustimmungFast selbstverständlich ist es, dass keine Markenrechtsverletzung vorliegt, wenn der Markeninhaber mit der Wahl der Marke als Schlüsselwort bei Google Adwords durch den Werbenden einverstanden ist - beispielsweise weil dies die beiden vertraglich vereinbart haben.(d) InternetreferenzierungsdienstDer etwas hölzerne Begriff "Internetreferenzierungsdienst" ist die Verallgemeinerung von Google Adwords. Gemeint ist, dass nicht nur speziell der Werbendienst Google Adwords von dem Urteil betroffen ist, sondern eben alle Werbendienste, die auf diese Art und Weise funktionieren. Es geht schlichtweg nicht nur um Google Adwords, sondern um derartige "Internetreferenzierungsdienste" schlechthin.(e) Identische Waren und DienstleistungenMarkenrechtlich problematisch ist nach Ansicht des EuGH nur der Fall, dass ein Unternehmen mit Waren und Dienstleistungen wirbt oder handelt, die mit denen des Markeninhabers identisch sind. Um bei dem Beispiel "Tempo" zu bleiben: wenn etwa ein anderer Taschentücherhersteller, der seine Taschentücher unter einer eigenen Marke vertreibt, bei Google Adwords den Begriff "Tempo" als Schlüsselwort registrieren lässt, so liegen "identische Waren" vor, nicht aber wenn dies ein Elektronikgerätehersteller tut (warum auch immer dieser das tun sollte).(f) Bedingung: keine oder schwere ErkennbarkeitAber - und dies ist die wesentliche Aussage des EuGH in diesem Punkt - selbst die Registrierung der identischen Marke als sog. Schlüsselwort bei Google Adwords für identische Waren oder Dienstleistungen alleine stellt nach Meinung des EuGH noch keine Markenrechtsverletzung dar. Vielmehr kommt es stets auf den Einzelfall an. Es geht im Kern immer darum, ob tatsächlich auch eine der Funktionen der Marke, insbesondere die sog. Herkunftsfunktion oder auch die Werbefunktion beeinträchtigt sind. Bei der Herkunftsfunktion geht es darum, dass die Marke auf den Hersteller und somit auf die (betriebliche) Herkunft eines entsprechenden Produkts hinweisen soll. Im Rahmen ihrer sog. Werbefunktion soll eine Marke dazu dienen, dass mit ihr im geschäftlichen Verkehr geworben werden kann, um z.B. den Absatz der entsprechenden Waren zu fördern.Eine Markenrechtsverletzung wegen Verletzung der Herkunftsfunktion liegt nach Ansicht des EuGH nur dann vor, wenn aufgrund der Gestaltung der entsprechenden Internetseite im Einzelfall dem durchschnittlichen Internetnutzer der Eindruck entsteht, dass zwischen dem wahren Markenrechtsinhaber und dem Verwender der Marke bei Google Adwords, dessen Werbung bei Google in der "Anzeigen"-Treffer-Liste in der Regel am rechten Bildschirmrand angezeigt wird, eine irgendwie geartete Verbindung besteht. Dies muss somit nun von Fall zu Fall entschieden werden. Dies wiederum bedeutet, dass sich Unternehmen, die bei Google Adwords fremde Marken als Schlüsselwörter registrieren, das Risiko eingehen und tragen müssen, dass sie von dem Markenrechtsinhaber in Anspruch genommen

werden und dieser möglicherweise vor Gericht Recht gesprochen bekommt. Hinsichtlich der Werbefunktion der Marke zieht der EuGH eine klare Linie. Denn er urteilt, dass im Rahmen der Benutzung oder Betreibung eines Internetreferenzierungsdienstes wie Google Adwords keine Verletzung der Werbefunktion einer Marke liegen kann. In den Urteilsgründen führt der EuGH dazu aus, dass dadurch, dass in aller Regel der Markenrechtsinhaber in der "natürlichen Trefferliste" von Google (dem sog. "Suchergebnis") unter den ersten Treffern landet, die Möglichkeit des Markeninhabers, mit seiner Marke zu werben, in keiner Weise beeinträchtigt würde.

#### **Zu Nr. 2:**

Unter Punkt 2 stellt der EuGH fest, dass der Anbieter eines Internetreferenzierungsdienstes, der wie Google Adwords arbeitet (also auch Google Adwords selbst), durch das Betreiben dieses Werbedienstes keine Markenrechtsverletzung begeht.

Allein daraus, dass etwa Google anderen Unternehmen im geschäftlichen Verkehr ermögliche, fremde Marken als Schlüsselwörter zu registrieren, ergebe sich noch keine Benutzung im Sinne des Markenrechts. Da aber eine sog. "markenmäßige" Benutzung stets eine notwendige Bedingung dafür ist, dass auch eine Markenrechtsverletzung vorliegt, bewegt sich Google mit seinem Werbedienst Google Adwords nicht einmal in der Nähe einer Markenrechtsverletzung. Das Unternehmen Google begeht mit seinem Dienst Google Adwords somit keine Markenrechtsverletzung!

#### **Zu Nr. 3:**

Bei diesem Punkt geht es um die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit von Google für Google Adwords. Hier stellte sich im Verfahren die Frage, ob Google permanent überprüfen, ob die Kunden, also diejenigen Unternehmen, die beim eigenen Werbedienst Google Adwords fremde Marken unberechtigt als Schlüsselwörter (Keywords) anmelden, hierdurch Markenrechtsverletzungen begehen. Wäre dies der Fall, so müsste Google einen derart hohen personellen und damit auch finanziellen Aufwand betreiben, um dieser Überprüfungspflicht nachzukommen, dass das Betreiben des Werbedienstes erheblich teurer und damit vielleicht sogar faktisch unmöglich geworden wäre.

Der EuGH hat in seinem Urteil jedoch entschieden, dass eine bestimmte gesetzliche Vorschrift Anwendung findet, wonach zu Gunsten von Google eine Haftungsprivilegierung gilt: erst dann, wenn Google von einer Markenrechtsverletzung (etwa durch Anzeige des Markeninhabers) erfährt, muss Google tätig werden und die mittels des eigenen Werbedienstes Google Adwords begangene Markenrechtsverletzung unterbinden, indem es die Werbung von seiner Homepage nimmt.

Hätte der EuGH in diesem Punkt anders entschieden, so hätte Google jede einzelne Werbeanzeigen "per Hand" überprüfen müssen, bevor sie im Internet erscheint.

## Fazit

Der EuGH hat entschieden. Klarheit hat nun vor allem Google hinsichtlich des eigenen Werbedienstes Google Adwords: dieser verstößt nicht gegen das Markenrecht!

Anders sieht es bei den Unternehmen aus, die bei Werbediensten wie Google Adwords fremde Marken als Schlüsselwörter für eigene Produkte anmelden, die mit denen des Inhabers der fremden Marke identisch sind: hier muss nicht, kann aber nach Meinung des EuGH eine Markenrechtsverletzung gegeben sein - dies haben im Einzelfall die Gerichte zu entscheiden. Hier gibt es somit noch keine endgültige Rechtssicherheit! Man darf in diesem Punkt also weiter gespannt sein.

(Auszüge des Textes wurden auch veröffentlicht im IT-Rechts-Lexikon 2010)

Autor:

**Daniel Huber**

(freier jur. Mitarbeiter der IT-Recht Kanzlei)