

Die Zukunft der Internetökonomie Kartell- und markenrechtliche Perspektiven

Prof. Dr. Thomas Hoeren

Dr. Ulf Müller

Markenrechtshaftung im Internet bei Suchmaschinen und Foren

Online-Version

Gliederung

Gliederung.....	I
Literaturverzeichnis.....	III
A. Einleitung.....	1
B. Technische Grundlagen.....	1
I. Suchmaschinen.....	2
1. Indizierung.....	2
2. Index und Bewertung.....	2
3. Suche.....	3
II. Foren.....	3
C. Markenrechtliche Haftung.....	4
I. Handeln im geschäftlichen Verkehr.....	4
1. Allgemeine Grundsätze.....	4
2. Rechtliche Problemfelder.....	4
a) Werbung auf privaten Webseiten.....	4
b) Foren.....	5
c) Forenteilnehmer.....	6
II. Benutzungshandlung und zeichenmäßiger Gebrauch.....	6
1. Allgemeine Grundsätze.....	6
2. Rechtliche Problemfelder.....	8
a) Suchmaschinen.....	8
aa) Unsichtbare Inhalte.....	8
(1) Meta-Tags und versteckte Inhalte.....	8
(a) Technik.....	8
(b) Rechtliche Bewertung.....	9
(i) Keine Benutzungshandlung.....	10
(ii) Herkunftsfunktion.....	10
(iii) Unterscheidungsfunktion.....	12
(iv) Suchwortentscheidung.....	12
(v) Weite Auslegung.....	13
(vi) Stellungnahme.....	14
(2) Cloaking und Doorwaypages.....	15
bb) Suchmaschinenwerbung.....	16

b) Foren.....	18
(1) Markennutzung durch Dritte.....	18
(2) Markennutzung durch Forenbetreiber.....	18
(a) Redaktionelle Markennutzung.....	18
(b) Domainnamen.....	19
III. Zusammenfassung.....	19
D. Haftung und Verantwortlichkeit.....	20
I. Haftungsmaßstab und Privilegierung des TDG/TMG.....	20
1. Geltungsbereich.....	20
2. Rechtliche Einordnung.....	21
a) Suchmaschinen.....	22
b) Foren.....	23
3. Anwendbarkeit auf das Markenrecht.....	24
4. Anwendbarkeit bei Unterlassensansprüchen.....	24
II. Mitstörerhaftung.....	25
1. Rechtliche Herleitung.....	25
2. Voraussetzungen.....	25
a) Willentliche und adäquat-kausale Verursachung.....	25
b) Abhilfemöglichkeit.....	26
c) Rechtswidrigkeit.....	26
d) Prüfungspflichten.....	26
aa) Prüfungspflichten von Suchmaschinenbetreibern.....	27
bb) Prüfungspflichten von Forenbetreibern.....	28
3. Zusammenfassung.....	29
E. Fazit.....	29

Literaturverzeichnis

- Dieselhorst, Jochen** Anmerkung zu LG Frankfurt, Urt. v. 10.08.2001 – Az. 3/12 O 96/01, in: CR 2002, 222 ff.
- Engels, Stefan / Jürgens, Uwe** Die Entwicklung des Telemedienrechts im Jahr 2006 in: *K&R*, 57f.
- Erman, Walter [Hrsg.]** Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 11. Auflage, Münster u.a. 2004
- Ernst, Stefan** Anmerkung zu LG Hamburg, Beschl. v. 13.09.1999 – Az. 315 O 258/99, in: CR 2000, 121 ff.
- Ernst, Stefan** Rechtsprobleme im Internet: urheber-, wettbewerbs- und markenrechtliche Sicht, in: *K&R* 1998, 536 ff.
- Feldmann, Thorsten / Heidrich, Jörg** Rechtsfragen des Ausschlusses von Usern aus Internetforen, in: CR 2006, 406 ff.
- Fezer, Karl-Heinz** Markenrecht, 3. Auflage, München 2001.
- Geiseler-Bonse, Sebastian** Internet-Suchmaschinen als rechtliches Problemfeld, Frankfurt 2003, zugl. Diss Münster 2003.
- Glöggler, Michael** Suchmaschinen im Internet – Funktionsweisen, Ranking, Methoden, Top Positionen, Berlin u.a. 2003.
- Gounalakis, Georgios / Rohde, Lars** Elektronische Kommunikationsangebote zwischen Telediensten, Mediendiensten und Rundfunk, in: CR 1998, 487 ff.
- Gramespacher, Thomas** Dem Betreiber fremde, rechtswidrige Inhalte in Internet-Communities und Internet-Foren: Abmahnung, Unterlassung, Beseitigung – TDG oder Störerhaftung?, JurPC Web-Dok. 131/2005.
- Heim, Andreas** Die Einflussnahme auf Trefferlisten von Internet-Suchmaschinen aus marken- und wettbewerbsrechtlicher Sicht, Münster 2004, zugl. Diss München 2004.
- Heim, Andreas** Zur Markenbenutzung durch Meta-Tags, in: CR 2005, 200 ff.

- Hoeren, Thomas / Sieber, Ulrich [Hrsg.]** Handbuch Multimedarecht, München 2006.
- Hoeren, Thomas** Skript Internetrecht, Stand Juni 2006, http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/material/Skript/skript_Juni2006.pdf
- Hoeren, Thomas** Werbung im WWW – aus der Sicht des neuen UWG, in: MMR 2004, 643 ff.
- Hoeren, Thomas** Anmerkung zu OLG Köln, Urt. v. 02.11.2001 – Az. 6 U 12/01, in: MMR 2002, 113 ff.
- Hoeren, Thomas** Suchmaschinen, Navigationssysteme und das Wettbewerbsrecht, in: MMR 1999, 649 ff.
- Hüsch, Moritz** Anmerkung zu OLG Dresden, Urt. v. 30.08.2005 – Az. 14 U 498/05, in: MMR 2006, 326 ff.
- Hüsch, Moritz** Keyword Advertising – Rechtmäßigkeit suchwortabhängiger Werbebanner in der aktuellen Rechtsprechung, in: MMR 2006, 357 ff.
- Ingerl, Reinhard / Rohnke, Christian** Markengesetz Kommentar, 2. Auflage, München 2003.
- Jürgens, Uwe** Von der Provider- zur Provider- und Medienhaftung in: CR 2006, 188 f.
- Koch, Frank** Internet-Recht, 2. Auflage, München 2005.
- Kotthoff, Jost** Fremde Kennzeichen in Metatags: Marken- und Wettbewerbsrecht, in: K&R 1999, 157 ff.
- Larenz, Karl / Canaris, Claus-Wilhelm** Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin u.a. 1995.
- Lehmann, Antje / Lehmann, Oliver** Top-Platzierungen in Suchmaschinen. Der suchmaschinengerechte Webauftritt, München u.a., 2002.
- Lippert, Pascal** Filtersysteme zur Verhinderung von Urheberrechtsverletzungen im Internet, in: CR 2001, 478 ff.

- Miller, Jochen** Die rechtliche Beurteilung von Internet-Suchmaschinen. Eine marken- und wettbewerbsrechtliche Untersuchung des Meta-Tagging, 1. Auflage, Baden-Baden 2002.
- Nordemann, Axel** Wettbewerbsrecht Markenrecht, 10. Auflage, Baden-Baden 2004.
- Palandt, Otto [Hrsg]** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 65. Auflage, München 2006.
- Pellens, Hartmut** Anmerkung zu LG Hamburg, Urt. v. 13.07.2001 – Az. 416 O 63/01, in: CR 2002, 136 f.
- Rath, Michael** Das Recht der Internetsuchmaschine, Stuttgart u.a. 2005, zugl. Diss Köln 2005.
- Schaefer, Matthias** Kennzeichenrechtliche Haftung von Suchmaschinen für AdWords – Rechtsprechungsüberblick und kritische Analyse, in: MMR 2005, 807ff.
- Schmidt-Bogatzki, Florian** Zeichenrechtliche Fragen im Internet, in: GRUR 2000, 959 ff.
- Spindler, Gerald / Volkmann, Christian** Die öffentlich-rechtliche Störerhaftung der Access-Provider, in: K&R 2002, 398 ff.
- Ströbele, Paul / Hacker, Franz** Markengesetz, 7. Auflage, Köln u.a. 2003.
- Terhaag, Michael** Anmerkung zu LG München I, Urt. v. 24.06.2004 – Az. 17 HK O 10389/04, K&R, 448 ff.
- Varadinek, Brigitta** Trefferlisten von Suchmaschinen im Internet als Werbeplatz für Wettbewerber, in: GRUR 2000, 279 ff.
- Viefhues, Martin** Internet und Kennzeichenrecht: Meta-Tags, in: MMR 1999, 336 ff.
- Volkmann, Christian** Der Störer im Internet, München 2005, zugl. Diss. Göttingen 2004.
- Wendlandt, Bettina** Cybersquatting, Metatags und Spam, München 2002, zugl. Diss. Düsseldorf 2001.
- Worm, Ulrich** Die Verletzung von Urheberrechten und gewerblichen Schutzrechten durch das Setzen von Hyperlinks, Inline-Frames und Meta-Tags, Frankfurt u.a. 2002.

Ziem, Claudia

Die Bedeutung der Pressefreiheit für die Ausgestaltung der wettbewerbsrechtlichen und urheberrechtlichen Haftung von Suchdiensten im Internet, Frankfurt 2003.

A. Einleitung

Nach wie vor gewinnt das Internet an wirtschaftlicher Bedeutung. Dabei entwickeln sich im Internet nicht nur völlig neue Wirtschaftszweige, sondern es bieten sich auch für traditionelle Waren und Dienstleistungen neue Verkaufs- und Vertriebswege. Und ein Ende dieser Entwicklung ist nicht in Sicht. Während sich nach dem Mooreschen Gesetz die Rechnerkapazität alle 18 Monate verdoppelt, sind die Kosten für die elektronische Informationsverarbeitung in den letzten 25 Jahren um den Faktor 100.000 gefallen.¹ Die gemeinnützige Organisation „One Laptop Per Child“ arbeitet sogar daran, einen „100 Dollar Laptop“ zu entwickeln, der in großer Stückzahl bei niedrigen Produktionskosten großflächig an Schulen in der dritten Welt eingesetzt werden soll.² Doch durch die steigende Zahl an Informationen und Unternehmen, die ihre Produkte über das Internet anbieten, ergeben sich auch Probleme: Durch die Fülle der Angebote wird es für Unternehmen immer wichtiger, sich von der Masse der Wettbewerber abzuheben und vom Kunden überhaupt gefunden zu werden. Durch den zunehmenden Wettbewerbsdruck stellen solche Systeme, die bei der Auffindbarkeit von Angeboten helfen, besondere Anforderungen an die Wettbewerbsregulierung. Dabei gewinnen neben Suchmaschinen, die ein unmittelbares Auffinden von Angeboten ermöglichen, auch Forensysteme weiterhin an Bedeutung. So bieten Foren nicht nur die Möglichkeit, Angebote im Internet zu finden, sondern vielmehr auch eine Plattform zum Austausch über deren Qualität, über Anbieter und Konkurrenten. Diese Arbeit widmet sich den markenrechtlichen Aspekten der Wettbewerbsregulierung und konzentriert sich auf die Probleme, die sich im Zusammenhang mit Suchmaschinen und Forensystemen ergeben.

B. Technische Grundlagen

Bevor eine rechtliche Beurteilung vorgenommen werden kann, müssen zunächst die technischen Grundlagen der vorliegenden Systeme erläutert werden.

1 Picot/Neuburger in Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedierecht, Kap. 2, Rn. 5 f.

2 <http://www.laptop.org/>

I. Suchmaschinen

Eine Suchmaschine ist ein Programm zum Recherchieren und Auffinden von Dokumenten im Internet. Dabei können verschiedenste Techniken zu Einsatz kommen (Meta-Suchmaschinen, Peer-to-Peer Suchmaschinen, etc.), wobei sich diese Untersuchung vorwiegend auf die klassische automatische Suchmaschine beschränkt.

Eine klassische Suchmaschine funktioniert im Wesentlichen in drei Schritten.

1. Indizierung

Zunächst benötigt eine Suchmaschine einen Bestand an Dokumenten, die sie durchsuchen kann. Dazu werden mit Hilfe spezieller Suchprogramme (auch „Crawler“, „Robots“, „E-Agents“ oder „Scooters“ genannt³) möglichst viele Internetseiten automatisch ausgewertet und zusammenfassende Informationen (in der Regel nicht die gesamte Webseite⁴) an die Datenbank der Suchmaschine übermittelt. Dabei untersuchen diese Programme den gesamten HTML⁵-Code der Internetseite. Die Adressen der Internetseiten beziehen die Suchprogramme entweder unmittelbar vom jeweiligen Content-Provider, der die Adresse bei der Suchmaschine eintragen kann⁶, oder über Links von anderen Internetseiten, die bereits analysiert wurden⁷.

2. Index und Bewertung

Um die enormen Datenmengen, die eine Suchanfrage zu berücksichtigen hat, bewältigen zu können, bedarf es bereits bei der Erstellung der Datenbank einer Suchmaschine (auch Index) einer optimierten Sortierung der Internetseiten. So bewertet beispielsweise der Suchmaschinenmarktführer Google alle indizierten Internetseiten mit dem sog. PageRank Algorithmus. Dabei wird insbesondere

3 Glöggler, Suchmaschinen im Internet, S. 28.

4 Nur wenige Suchmaschinen speichern den Quelltext von Internetseiten vollständig. Siehe Hoeren, MMR 1999, 649, 652 zur begrenzten Speicherkapazität von Suchdiensten.

5 HTML steht für Hyper Text Markup Language und ist eine Formatierungssprache zur Gestaltung von Internetseiten.

6 Lehmann/Lehmann, Top-Platzierungen in Suchmaschinen, S. 23 f.

7 Rath, Recht der Internet-Suchmaschine, S. 65.

berücksichtigt, wieviele Links auf eine Internetseite verweisen und welchen PageRank die verweisenden Seiten selbst haben⁸.

Die indizierten Internetseiten werden also unabhängig vom gesuchten Begriff bereits vor der eigentlichen Suchanfrage durch den Benutzer einer generellen Bewertung unterzogen.

3. Suche

Bei der eigentlichen Suche gibt der Benutzer der Suchmaschine üblicherweise Stichworte zu dem gesuchten Thema in ein Eingabefeld ein. Daraufhin recherchiert die Suchmaschine innerhalb ihres Index alle relevanten Dokumente und sortiert diese nach einem speziellen Algorithmus. Im Falle von Google wird dabei sowohl der PageRank, als auch die Relevanz zu den angegebenen Stichworten (zum Beispiel die Häufigkeit der gesuchten Worte im Text, das Vorkommen der Stichworte im Domainnamen, usw.) berücksichtigt.

II. Foren

Die interaktive Kommunikation ist eine der Grundlagen des Internets. Schon in frühesten Entwicklungsstadien des weltweiten Netzes war es möglich, sich über Newsgroups, Chats und Foren weltweit mit anderen Nutzern auszutauschen.⁹ Foren stellen dabei die Grundform der Kommunikation über das WWW dar. Dabei können die Benutzer Beiträge veröffentlichen, die vom Forenbetreiber auf einem Server gespeichert und veröffentlicht werden. Üblicherweise werden die Beiträge nach Themen sortiert. Die Kommunikation verläuft in aller Regel asynchron, also nicht in Echtzeit. Über die einfache Veröffentlichung von Beiträgen hinaus bieten moderne Forensysteme auch weitere Möglichkeiten, wie das Erstellen von Benutzerprofilen oder die Bewertung von Beiträgen oder Verfassern. Neben den klassischen Forensystemen gibt es mittlerweile verschiedenste andere Kommunikationssysteme, die alle mehr oder weniger auf der Grundidee des Diskussionsforums basieren, wie Wikis, Blogs mit Kommentarfunktion und Social Networks. Alle Systeme haben

8 Googles Darstellung des PageRank unter http://www.google.de/intl/de/why_use.html.

9 Feldmann/Heidrich, CR 2006, 406.

gemein, dass sie eine Plattform für „user-generated content“ bieten. Der Inhalt dieser Internetseiten wird also nicht durch einen Redakteur oder Verfasser, sondern im Wesentlichen durch die Nutzer geprägt und gestaltet.

C. Markenrechtliche Haftung

Markenrechtliche Schadensersatz- und Unterlassensansprüche Ansprüche ergeben sich aus den §§ 14, 15 MarkenG.

I. Handeln im geschäftlichen Verkehr

Ein markenrechtlicher Anspruch setzt, neben dem Vorliegen einer Marke (§ 14) bzw. einer geschäftlichen Bezeichnung (§ 15 MarkenG) ein Handeln im geschäftlichen Verkehr voraus.

1. Allgemeine Grundsätze

Unter „Handeln im geschäftlichen Verkehr“ wird jede wirtschaftliche Tätigkeit auf dem Markt verstanden, die der Förderung eines eigenen oder fremden Geschäftszweckes zu dienen bestimmt ist¹⁰. Dabei ist der Begriff des „geschäftlichen Verkehrs“ weit auszulegen¹¹. Eine Gewinnerzielungsabsicht, Entgeltlichkeit oder ein Wettbewerbsverhältnis ist nicht zwingend erforderlich¹². Entscheidend ist vielmehr die erkennbar nach außen tretende Zielrichtung des Handelns.¹³ Dem gegenüber steht das rein private Handeln¹⁴. Auch bei Vereins- und Verbandstätigkeiten mit ausschließlich ideeller Zielsetzung liegt kein „Handeln im geschäftlichen Verkehr“ vor.¹⁵

2. Rechtliche Problemfelder

Die Grenze zwischen rein privatem und geschäftsmäßigem Handeln ist allerdings insbesondere im Internet nicht immer eindeutig zu ziehen.

a) Werbung auf privaten Webseiten

So kann auch der Betrieb privater Internetseiten unter „Handeln im geschäftlichen Verkehr“ fallen, wenn sich der Betreiber mittels

10 Nordemann, Wettbewerbsrecht Markenrecht, Rn. 2281.

11 BGH Urt. v. 11.03.2004 - Az. I ZR 304/01.

12 Ströbele/Hacker, Markengesetz, § 14 Rn. 29.
Fezer, Markenrecht, § 14 Rn. 41.

13 Vgl. BGH, GRUR 2002, 622, 624.

14 Ingerl/Rohnke, Markengesetz Kommentar, § 14 Rn. 49ff.

15 BGH, GRUR 1976, 379, 380.

bezahlter Bannerwerbung als Werbetreibender im geschäftlichen Verkehr betätigt¹⁶. Das gilt auch, wenn es sich bei der Werbung um Anzeigen des Providers handelt, durch die der Speicherplatz für die Internetseite finanziert wird¹⁷. Ein einfacher Link auf kommerzielle Angebote soll indes nicht ausreichen, sofern sich der Anbieter die Inhalte der verlinkten Seite nicht zu Eigen gemacht hat¹⁸. Ein Handeln im geschäftlichen Verkehr liegt also nur dann vor, wenn die Interessen des verlinkten Unternehmens objektiv gefördert und somit in den Geschäftsverkehr eingegriffen wird¹⁹.

b) Foren

Weiterhin stellt sich die Frage, inwiefern Forenbetreiber im geschäftlichen Verkehr handeln. Unproblematisch ist dies bei kommerziellen Foren oder solchen, die in den Bereich der Werbung auf privaten Webseiten fallen. Ob auch rein private, also unentgeltliche und privat finanzierte Foren in diesen Bereich fallen, ist umstritten. So entschied das OLG Hamburg, dass der Betrieb eines Forums als an die Öffentlichkeit gerichtete Dienstleistung einem rein privaten oder internen Handeln entgegenstünde, wobei im vorliegenden Fall noch die ideelle Zielrichtung des Forums zu berücksichtigen war.²⁰ Zu Recht entschied hingegen das LG München, dass durch bloßen Betrieb eines nicht kommerziellen Forums kein Handeln im geschäftlichen Verkehr begründet sei.²¹ So widerspräche es schon dem Wortlaut des Begriffes „geschäftlicher Verkehr“, wenn darunter auch diejenigen Tätigkeiten fielen, bei denen keinerlei geschäftliche Interessen verfolgt werden, sondern lediglich der Öffentlichkeit – unentgeltlich und privat finanziert – Dienste zur Verfügung gestellt werden. Auch bei einer weiten Auslegung muss die Grenze des „geschäftlichen Verkehrs“ dort zu ziehen sein, wo das Handeln keinerlei Förderung einer geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeit beinhaltet.²²

16 LG Frankfurt, Beschl v. 31.10.2001 – Az. 2 – 06 O 212/01.

17 LG Hamburg Beschl. v. 01.03.2000 – Az. 315 O 219/99.

18 OLG Schleswig, CR 2001, 465, 466; LG Berlin Urt. v. 21.03.2000 – Az. 16 O 663/99 abrufbar unter <http://www.jurpc.de/rechtspr/20010077.htm>.

19 OLG Hamm, MMR 2001, 611.

20 OLG Hamburg, Urt. v. 18.12.2003 – Az. 3 U 117/03.

21 LG München, Urt. v. 18.03.2004 – Az. 17 HK 0 16815/03.

22 So auch der BGH, Urt. v. 22.11.2001 – Az. I ZR 138/99.

c) Forenteilnehmer

Des weiteren ist fraglich, ob auch die Beteiligung an Foren als „Handeln im geschäftlichen Verkehr“ zu sehen sein kann.

Dabei ergibt sich zunächst das Problem, dass Foren üblicherweise zu privaten Zwecken genutzt werden. Es ist also auf die Umstände des Einzelfalls nach den allgemeinen Regeln zum Handeln im geschäftlichen Verkehr abzustellen. So ist es durchaus denkbar, dass ein Forum auch zu beruflichen Recherchen oder gar der kommerziellen Selbstdarstellung – etwa durch Werbung in Beiträgen oder Signaturen – genutzt werden kann. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die erkennbar nach außen tretende Zielrichtung des Handelns und die tatsächliche Förderung des Geschäftszweckes maßgeblich sind. Allein der einfache Interessenaustausch unter Kollegen – auch in Ausübung der beruflichen Tätigkeit – dürfte daher nicht ausreichend sein. Auch hier ist die Grenze bei den Fällen zu ziehen, wo die Beteiligung an einem Forum in ein rein privates Interesse übergeht. Außer in den genannten Sonderfällen dürfte deshalb ein „Handeln im geschäftlichen Verkehr“ in aller Regel bei Forenteilnehmern zu verneinen sein.

II. Benutzungshandlung und zeichenmäßiger Gebrauch

Die Tatbestände der §§ 14 Abs. 2 und 15 Abs. 2 MarkenG gewähren dem Markeninhaber Schutz vor der ungerechtfertigten Benutzung seiner Marke durch Dritte. Es stellt sich somit die Frage, welche Anforderungen an den markenrechtlichen Benutzungsbegriff zu stellen sind.

1. Allgemeine Grundsätze

Der Begriff des „Benutzens“ ist nicht legal definiert.

Während der Geltung des Warenzeichengesetzes waren sich Literatur und Rechtsprechung jedenfalls darüber einig, dass für eine Warenzeichenverletzung ein „warenzeichenmäßiger Gebrauch“ vorliegen musste²³. Ob neben der eigentlichen Benutzungshandlung ein zeichenmäßiger Gebrauch auch unter dem Markengesetz weiterhin für eine markenrechtlich relevante Benutzung vorausgesetzt wird, ist

²³ Geiseler-Bonse, Internet-Suchmaschinen, S. 23.

allerdings nach wie vor umstritten. Die amtliche Gesetzesbegründung des MarkenG schließt eine Begrenzung des Benutzungsbegriffs auf bestimmte Benutzungsformen aus.²⁴ Auch der EuGH setzt einen zeichenmäßigen Gebrauch nicht ausdrücklich voraus, betont aber den Zweck der eingetragenen Marke, nämlich insbesondere die Herkunftsfunktion der Marke zu gewährleisten²⁵. Ein Markeninhaber könne die Benutzung seiner Marke demnach nicht untersagen, wenn die Benutzung seine Interessen als Markeninhaber nicht beeinträchtigen könne²⁶. Die nationale Rechtsprechung geht davon aus, dass ein zeichenmäßiger Gebrauch auch unter dem MarkenG Voraussetzung ist²⁷. Dabei versteht der BGH unter einem zeichenmäßigen Gebrauch eine solche Verwendung der angegriffenen Bezeichnung, die jedenfalls auch der Unterscheidung der Waren eines Unternehmens von denen anderer Unternehmen dient²⁸. Sowohl EuGH als auch BGH gehen also davon aus, dass eine Benutzung einer Marke nur dann markenrechtliche Relevanz erlangt, wenn die Benutzung den Schutz der Herkunftsfunktion der Marke beeinträchtigt. Dabei handelt es sich auch nicht um die Begrenzung auf bestimmte Benutzungsformen, wie sie die Gesetzesbegründung ausdrücklich ausschließt. Vielmehr wird auf den Erfolg der Benutzung und auf die zu schützenden Interessen des Markeninhabers abgestellt. Insofern hat auch die Bundesregierung in der Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über vergleichende Werbung klargestellt, dass das Markengesetz nur einen kennzeichnemäßigen Gebrauch von Marken erfasst²⁹. Das ist im Hinblick auf die wettbewerbsregulierende Funktion des Markengesetzes sinnvoll. Das Markengesetz soll den freien Leistungswettbewerb durch die Möglichkeit der Unterscheidung

24 Geiseler-Bonse, Internet-Suchmaschinen, S. 30.

25 EuGH GRUR 2003, 55, 57.

26 EuGH GRUR 2003, 55, 58.

27 Nordemann, Wettbewerbsrecht Markenrecht, Rn. 2291; BGH, Urt. v. 04.09.2003 – Az. I ZR 44/01 [Farbmarke II], GRUR 2004, 154, 155; BGH, Urt. v. 05.12.2002 – Az. I ZR 91/00, GRUR 2003, 332, 334.

28 BGH, Urt. v. 20.03.2003 – Az. I ZR 60/01 [AntiVir], GRUR 2003, 963, 964; BGH, Urt. v. 06.12.2001 – Az. I ZR 136/99 [Festspielhaus], GRUR 2002, 814, 815;

29 Entwurf eines Gesetzes zu vergleichender Werbung, WRP 2000, 555, 557.

von Produkten und Dienstleistungen sichern³⁰. Insofern ist es unerlässlich, den Schutzbereich des Gesetzes eng und präzise zu halten und eine markenrechtlich relevante Nutzung einer Marke auf diejenigen Sachverhalte zu reduzieren, in denen tatsächlich die Wettbewerbsinteressen des Markeninhabers berührt werden.

2. Rechtliche Problemfelder

Speziell im Internet ergeben sich jedoch weitere Probleme, die es zu untersuchen gilt.

a) Suchmaschinen

Zunächst sollen dabei die rechtlichen Probleme im Zusammenhang mit Suchmaschinen beleuchtet werden.

aa) Unsichtbare Inhalte

Bei der Indizierung von Suchmaschinen analysieren Suchprogramme den HTML-Quellcode der jeweiligen Internetseite³¹. In diesem Code können jedoch auch Inhalte vorhanden sein, die für den normalen Nutzer der Seite nicht sichtbar sind.³²

(1) Meta-Tags und versteckte Inhalte

Ein Teil des HTML-Codes einer Internetseite sind die sog. Meta-Tags.

(a) Technik

Dabei handelt es sich um Codezeilen, die es dem Autor einer Internetseite ermöglichen, diese mit beschreibenden oder ergänzenden Informationen zu versehen³³. Der Inhalt der Meta-Tags ist in der Regel für den Benutzer nicht sichtbar, sondern wird vom Browser oder von Suchmaschinen gelesen und ausgewertet. Die Meta-Tag Angaben sind nach Funktionen kategorisiert. So soll zum Beispiel im „Description Meta-Tag“ eine Kurzbeschreibung und im „Keyword Meta-Tag“ Schlüsselbegriffe zu der jeweiligen Seite eingegeben werden. Was

30 Nordemann, Wettbewerbsrecht Markenrecht, Rn. 2001 f.

31 Siehe B. II. 1.

32 Trotzdem ist es möglich, diesen Quellcode mit der Option „Quelltext anzeigen“ sichtbar zu machen.

33 Bei beschreibenden Meta-Tags handelt es sich um die sog. „NAME“ Meta-Tags. Darüber hinaus gibt es auch noch die „HTTP-EQUIV“ Meta-Tags die Anweisungen an den Browser übermitteln können, wie zum Beispiel Weiterleitungen zu anderen Seiten oder Angaben zum Caching. Ausführlich dazu Geiseler-Bonse, S. 11 f.

genau die Meta-Tags jedoch beinhalten, ist dem jeweiligen Autor überlassen. Das führte in der Vergangenheit zunehmend zu Missbrauch, weshalb insbesondere Suchmaschinen die Inhalte der Meta-Tags immer seltener berücksichtigen³⁴.

Über Meta-Tags hinaus gibt es aber noch weitere Möglichkeiten unsichtbare Inhalte auf Internetseiten anzubringen. Da für Suchmaschinen nur der Textinhalt und nicht das Aussehen einer Internetseite eine Rolle spielt, werden Angaben zum Design von Suchmaschinen in aller Regel nicht berücksichtigt. So ist es zum Beispiel möglich, Schlüsselwörter in weißer Schrift auf weißem Hintergrund aufzuführen (Weiß auf Weiß-Schrift), sodass sie zwar für den Benutzer, nicht aber für Suchmaschinen auf den ersten Blick unlesbar ist. Mit Hilfe von zusätzlichen Techniken (z.B. CSS³⁵) sind auch weitere Manipulationsmöglichkeiten zum Verstecken von Inhalten denkbar³⁶. So werden nicht selten tausende von Schlüsselwörtern mit solchen Techniken auf Internetseiten versteckt, um die Bewertung durch Suchmaschinen zu manipulieren (sog. „Keyword Stuffing“).

(b) Rechtliche Bewertung

Ob die Inhalte durch Meta-Tags oder durch sonstige Techniken für den Benutzer unsichtbar gemacht werden, ist bei der rechtlichen Betrachtung im Wesentlichen unerheblich³⁷. Vielmehr stellt sich primär die Frage, ob eine Markenrechtsverletzung bei einer unsichtbaren Markennutzung überhaupt vorliegen kann. Dabei konzentriert sich die Frage auf den Fall, wo eine Internetseite zwar auf der Trefferliste zu einem bestimmten Suchwort aufgeführt wird, der eigentliche (markenrechtlich geschützte) Suchbegriff aber nicht unmittelbar in Erscheinung tritt. Denn das Vorliegen sowohl einer

34 Rath, Das Recht der Internet-Suchmaschine, S. 61.

35 CSS steht für Cascading Style Sheets und ist ebenfalls eine Formatierungssprache zur Gestaltung von Internetseiten und stellt eine Ergänzung und Erweiterung zu HTML dar.

36 Es wäre zum Beispiel mit der CSS-Anweisung „display:none;“ möglich, bestimmte Inhalte vollständig für den Benutzer auszublenden, sodass sie ausschließlich von Suchmaschinen erfasst werden können.

37 So macht das OLG Hamburg, Urt. v. 06.05.2004 – Az. 3 U 34/02 bei der rechtlichen Bewertung keinen Unterschied zwischen Meta-Tags oder „weiß auf weiß-Schrift“.

markenrechtserheblichen Benutzungshandlung als auch eines zeichenmäßigen Gebrauchs ist in solchen Fällen höchst umstritten.

(i) Keine Benutzungshandlung

So lehnt ein Teil der Literatur eine rechtserhebliche Benutzungshandlung ab, da Meta-Tags und unsichtbare Inhalte überwiegend von Maschinen ausgelesen werden und es deshalb an einer sinnlichen Wahrnehmung des Verkehrs mangele³⁸. Die Benutzung von Marken in Meta-Tags diene demnach einer guten Platzierung in Suchmaschinen, als der Individualisierung eines Unternehmens oder Produktes. Teilweise wird gar die Auffassung vertreten, dass der angesprochene Verkehr bei Meta-Tags allenfalls aus Suchmaschinen bestehen könne³⁹. Eine solche Zeichennutzung könnte daher nicht markenrechtlich relevant sein. Die §§ 14, 15 MarkenG setzen jedoch keine unmittelbare Wahrnehmung voraus⁴⁰. Dass der Verkehr also nur mittelbar, nämlich durch die Beeinflussung der Suchmaschinенsoftware, angesprochen wird, ist einer markenrechtlich relevanten Benutzungshandlung demnach nicht hinderlich.

(ii) Herkunftsfunktion

Ein weiterer Teil der Literatur lehnt eine Markenrechtsverletzung bei Meta-Tags unter Berufung auf einen fehlenden Einfluss der Markennutzung auf die Herkunftsfunktion der Marke ab. So sei zwar eine Benutzungshandlung auch bei einer *mittelbaren* Wahrnehmbarkeit der Marke gegeben, eine *unmittelbare* Herkunftsverbindung sei in diesen Fällen aber nicht anzunehmen⁴¹. Ob und inwiefern eine Herkunftsverbindung anzunehmen ist, bestimmt sich nach der Verkehrsauffassung. So werde nach ständiger Auffassung des OLG Düsseldorf bei der Anzeige einer Internetseite auf einer Suchergebnisseite beim Verkehr aber nicht der Eindruck vermittelt, dass auf der angezeigten Internetseite Produkte des Zeicheninhabers erhältlich seien⁴². Nur wenn der Verkehr anzunehmen hat, dass die mit

38 Ingerl/Rohnke, Markengesetz Kommentar, Nach § 15 Rn. 83; Kotthoff, K&R 1999, 157, 160.

39 Viefhues, MMR 1999, 336, 338; Miller, Internet-Suchmaschinen, S. 136; Viefhues in Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedierecht, Kap. 6, Rn. 456.

40 Pellens, CR 2002, 136, 137; Ernst CR 2000, 122; Ernst, K&R 1998, 536, 541.

41 Schmidt-Bogatzky, GRUR 2000, 959, 962.

42 OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.02.2006 – Az. I-20 U 195/05, CR 2006, 695.

der Marke gekennzeichnete Internetseite auch in irgendeiner rechtlichen oder wirtschaftlichen Beziehung zum Markeninhaber oder dessen Produkten steht, ist die Herkunftsfunktion der Marke durch die Markenbenutzung tangiert. Das Gericht unterscheidet dabei zwischen „Kennzeichenbenutzung“ und „Kennzeichennennung“⁴³. Die Verkehrskreise bildeten sich ihre Vorstellung demnach erst auf der Basis der wahrnehmbaren Inhalte auf der eigentlichen Internetseite und vermuteten bei der Verwendung von Meta-Tags höchstens eine Markennennung, keine Markenbenutzung. Der Verkehr sei sich „aufgrund der Einsatzgewohnheiten von Meta-Tags“ bewusst, dass diese Markennennung nicht zwangsläufig und ausschließlich Unternehmen und Produkte des Markeninhabers kennzeichnen⁴⁴. Demnach käme es lediglich auf die unmittelbare Gestaltung der Internetseite und nicht auf den mittelbaren Eindruck durch die Suchergebnisseiten an.

Zu Recht hat der BGH dieser Auffassung zumindest teilweise widersprochen.⁴⁵ Dass der Verkehr an die spezifische Benutzung der Meta-Tags gewöhnt und deshalb kein Einfluss auf die Herkunftsfunktion anzunehmen sei, ist bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Markennutzung nicht überzeugend. Auch wenn ein Markenmissbrauch mit Hilfe von versteckten Inhalten im Internet weit verbreitet ist, kann der Verkehr durchaus davon ausgehen, bei Eingabe eines Suchwortes nur solche Internetseiten ausgegeben zu bekommen, die in irgendeinem Bezug zum Markeninhaber und dessen Produkten steht⁴⁶. Andernfalls widerspräche das Ergebnis auch dem wettbewerbsregelnden Charakter des Markenrechtes⁴⁷. So wäre es schwerlich einzusehen, dass ein weit fortgeschrittener Missbrauch markenrechtlich geschützter Zeichen die Rechtmäßigkeit dieses

43 OLG Düsseldorf, Urt. v. 15.07.2003 – Az. 20 U 21/03, MMR 2004, 257, 259;

44 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.02.2004 – Az. I-20 U 104/03, CR 2004, 936;

So im Ergebnis wohl auch das LG Hamburg, Urt. v. 13.12.2005 – Az. 312 O 632/05.

45 BGH, Urt. v. 18.05.2006 – Az. I ZR 183/03.

46 So im Ergebnis auch Rath, Recht der Internet-Suchmaschine, S. 172.

47 Ströbele/Hacker, Markengesetz, § 2 Rn. 13; Ingerl/Rohnke, Markengesetz Kommentar, § 14 Rn. 463.

Missbrauchs begründen sollte.

(iii) Unterscheidungsfunktion

Selbst wenn man davon ausgeht, dass in der Markennutzung als Meta-Tag eine Herkunftsangabe zu sehen ist, stellt sich jedoch die Frage, ob diese Form der Markennutzung zumindest auch der Unterscheidung von Waren und Dienstleistungen dienen kann.

Worm vertritt dabei die Ansicht, dass eine Unterscheidungsfunktion in diesen Fällen gänzlich fehle, da der Benutzer einer Suchmaschine das Markenzeichen selbst nicht sehen könne, sondern vielmehr nur das Ergebnis der Markennutzung – nämlich das Auffinden durch die Suchmaschine – wahrnehmbar sei⁴⁸.

Eine Internetseite erscheint jedoch üblicherweise nicht alleine auf der Trefferliste von Suchmaschinen, sondern vielmehr im Kontext weiterer Seiten, die das Suchwort enthalten oder damit in Verbindung gebracht werden. Insofern dient allein das Erscheinen und besonders die Positionierung innerhalb der Trefferliste der Unterscheidung einer Internetseite von anderen. Durch das Erscheinen der Internetseite nach Eingabe des Suchwortes wird auch ein Bezug zum geschützten Kennzeichen hergestellt. Demnach dient die Benutzung der Meta-Tags auch der Unterscheidung verschiedener Internetangebote im Kontext des geschützten Zeichens. Eine mangelnde Unterscheidungsfunktion wäre höchstens dann gegeben, wenn die beanstandete Internetseite als einziger Treffer von der Suchmaschine ausgeliefert würde⁴⁹.

(iv) Suchwortentscheidung

Im Streit um die markenrechtliche Haftung für Meta-Tags wird häufig auch auf die „Suchwort“-Entscheidung des BGH⁵⁰ Bezug genommen. Dabei wird das Urteil sowohl von den Befürwortern, als auch von den Gegnern einer markenrechtlichen Relevanz von Meta-Tags verwendet. Für eine eingeschränkte Auslegung des Benutzungsbegriffs soll demnach sprechen, dass der BGH keine kennzeichnähige Verwendung für die reine Positionierung der Werbung unter einem

48 Worm, Die Verletzung von Urheberrechten, S. 81.

49 LG Hamburg, aaO S. 9.

50 BGH, Urt. v. 30.06.1994 – Az. I ZR 40/92 [Telefonbuch], MDR 1995, 169 = WRP 1994, 739, 741.

bestimmten Suchwort angenommen hat⁵¹. Dem gegenüber argumentieren die Befürworter der markenrechtlichen Relevanz von Meta-Tags, dass der BGH im Voranstellen einer geschützten Bezeichnung vor dem Eintrag in einem Telefonbuch durchaus eine kennzeichenmäßige Verwendung gesehen hat⁵². Dabei wird allerdings von beiden Seiten übersehen, dass sich die Entscheidung des BGH nur auf den Fall bezieht, wo das entsprechende Suchwort unmittelbar im Zusammenhang mit der Anzeige in Erscheinung tritt. Einen Rückschluss auf die mittelbare Wahrnehmbarkeit von Meta-Tags lässt das Urteil demnach nicht zu.

(v) Weite Auslegung

Die wohl herrschende Ansicht bejaht sowohl eine rechtserhebliche wie auch markenmäßige Benutzungshandlung. So begründete das OLG München unter Berufung auf § 14 Abs. 3 Nr. 5 MarkenG – Zeichenbenutzung „in der Werbung“ – das Vorliegen einer Markenbenutzung damit, dass die in Meta-Tags versteckten Zeichen dieselbe Verwechslungseignung aufwiesen wie sichtbare Zeichen. Der Erfolg der unsichtbaren Markenbenutzung sei derselbe wie bei einer sichtbaren Benutzung. Über die Suchergebnisseite werde die Internetseite des Markenbenutzers mit der Marke zusammengeführt, sodass ein Bezug zu den eigenen Waren und Dienstleistungen hergestellt werde.⁵³ Auch anderen Gerichten genügte eine mittelbare Wahrnehmung zur Begründung eines markenrechtlichen Schutzes⁵⁴. Ebenso schlossen sich große Teile des Schrifttums im Ergebnis dieser Ansicht an.⁵⁵ Eine nicht visuell wahrnehmbare Benutzung sei jedenfalls dann markenrechtserheblich,

51 Rath, Recht der Internet-Suchmaschine, S. 166.

52 LG Mannheim, Urt. v. 01.08.1997 – 7 O 291/97, CR 1998, 306. Heim, CR 2005, 200, 202.

53 OLG München, Urt. v. 06.04.2000 – Az. 6 U 4123/99, CR 2000, 461, 462; So auch Pellens, CR 2002, aaO S. 10.

54 LG München I, Urt. v. 24.06.2004 – Az. 17 HK O 10389/04, K&R 2004, 448, 449; LG Frankfurt, Urt. v. 03.12.1999 – Az. 3/11 O 98/99, CR 2000, 462; LG Stuttgart, Urt. v. 03.12.2001 – Az. 41 KfH O 131/01, WRP 2002, 347, 349; LG Hamburg, Beschl. v. 13.09.1999 – Az. 315 O 258/99, CR 2000, 121.

55 Fezer, Markenrecht, § 14 Rn. 48 f; Hacker in Ströbele/Hacker, Markengesetz, § 14 Rn. 119; Ingerl/Rohnke, Markengesetzkommentar, Nach § 15 Rn. 83; Rath, Recht der Internet-Suchmaschine, S. 170 ff.

wenn sie sich unter die Regelbeispiele des § 14 Abs. 3 MarkenG subsumieren ließen. Als Fall der subliminalen Werbung fielen auch Meta-Tags unter § 14 Abs. 3 Nr. 5 MarkenG.⁵⁶

Im Übrigen könne es schon deshalb nicht ausschlaggebend sein, ob das Zeichen unmittelbar wahrnehmbar sei, weil es nur eine Frage der Gestaltung des Suchmaschinenbetreibers sei, ob und in welcher Form der gesuchte Begriff auf der Trefferseite im Zusammenhang mit den Suchergebnissen noch einmal wiederholt oder als Überschrift benutzt werde.⁵⁷

(vi) Stellungnahme

Insgesamt ist von einer weiten Auslegung des markenrechtlichen Benutzungsbegriffes bei unsichtbaren Inhalten auszugehen.

Die Kriterien durch die Rechtsprechung des EuGH und BGH sind eindeutig. Danach ist darauf abzustellen, ob die Markenbenutzung die Herkunftsfunktion der Marke zu beeinträchtigen geeignet ist⁵⁸.

Dem Gesetzeswortlaut entsprechend ist eine mittelbare Benutzungshandlung ausreichend. Wie bereits erläutert, sind auch die Argumente gegen das Vorliegen einer Benutzungshandlung und eines zeichenmäßigen Gebrauches nicht überzeugend.

Die Positionierung in Suchmaschinen gewinnt mit der zunehmenden Anzahl an Informationen und vor allem Konkurrenten im Internet immer mehr an Bedeutung. Dieser Konkurrenzdruck und die vergleichsweise einfachen Möglichkeiten zur Manipulation von Suchmaschinen führten in der Vergangenheit zu einer Art „Wettrüsten mit Meta-Tags“⁵⁹ So ist es durchaus üblich geworden, auch vollkommen sachfremde Schlüsselbegriffe in Meta-Tags und versteckten Inhalten zu verwenden. Dieser umsichgreifende Missbrauch von Meta-Tags birgt somit auch die Gefahr der Verwässerung von Marken.⁶⁰ Der BGH stellte in anderem Zusammenhang fest, dass eine Werbeart immer dann unlauter sei, wenn sie „den Keim zu einem immer weiteren Umsichgreifen in sich

56 Heim, CR 2005, 200, 203.

57 Rath, Recht der Internet-Suchmaschine, S. 172.

58 EuGH, WRP 2002, 1415, 1419.

59 Wendlandt, Cybersquatting, S. 534.

60 So auch Varadinek, GRUR 2000, 279, 280.

trägt“.⁶¹ Dieses Argument gilt auch für Meta-Tags. Zwar kommt es bei der Beurteilung der markenrechtlichen Rechtmäßigkeit nicht auf das Kriterium der „Unlauterkeit“ an. Jedoch ist es naheliegend, den Wertungsmaßstab des BGH auch im Markenrecht anzuerkennen. Insbesondere bei der Frage des Schutzes der Herkunftsfunktion der Marke muss also berücksichtigt werden, dass eine unkontrollierte Markennutzung bei Meta-Tags die Gefahr birgt, so um sich zu greifen, dass es zu einer generellen Verwässerung von Marken bei Suchmaschinen führen könnte. Wenn der Verbraucher, wie das OLG Düsseldorf annimmt⁶², bei Eingabe eines geschützten Suchwortes, bereits nicht mehr damit zu rechnen hat, dass die Ergebnisse in irgendeinem Zusammenhang mit dem Markeninhaber oder dessen Produkten stehen, ist daraus zu schließen, dass die Herkunftsfunktion von Marken generell bei Suchmaschinen schon geschwächt ist. Auch die Funktion von Suchmaschinen wird durch solche Manipulationen ad absurdum geführt. So sollen Suchmaschinen gerade ermöglichen, durch Eingabe des entsprechenden Suchwortes, genau diese Internetseiten zu finden, die mit dem Suchwort in Verbindung stehen. Für einen effektiven Schutz von Marken und schützenswerten Zeichen ist es also zwingend erforderlich, den Markenschutz auch auf die Benutzung von Meta-Tags auszuweiten.

(2) Cloaking und Doorwaypages

Eine weitere Manipulationsmöglichkeit von Suchmaschinen ist das sog. „Cloaking“. Dabei wird den Indizierungsprogrammen der Suchmaschine ein anderer Inhalt ausgeliefert, als dem normalen Internetbenutzer.⁶³ Oft wird diese Technik mit sog. „Doorwaypages“, auch „Brückenseiten“ genannt, kombiniert. Diese speziellen Internetseiten enthalten für Suchmaschinen ausgelegte Inhalte, wie optimierte Schlüsselwörter oder Links.⁶⁴ Beide Techniken dienen dazu, die Platzierung einer Internetseite bei Suchmaschinen zu optimieren.

61 BGH, Urt. v. 11.03.2004 – Az. I ZR 81/01 [Newsletter-Spam], NJW 2004, 1655, 1656.

62 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.02.2004, aaO. Seite 11.

63 Lehmann/Lehmann, Top-Platzierungen in Suchmaschinen, S. 152 f.

64 Terhaag, Anm. zu LG München I, Urt. v. 24.06.2004 – Az. 17 HK O 10389/04, K&R 2004, 448, 450.

Die deutsche Rechtsprechung hat sich bisher noch nicht mit diesen Methoden auseinandersetzen müssen. Lediglich das LG Hamburg hat im Rahmen eines einstweiligen Rechtsschutzverfahrens festgestellt, dass die Nutzung eines geschützten Zeichens auf einer mittels „Cloaking“ versteckten Brückenseite eine Markenrechtsverletzung darstellt.⁶⁵ Für die „Cloaking“ Methode bietet es sich jedoch an, auf die Maßstäbe der Markenrechtsverletzung durch Meta-Tags zurückzugreifen. So ist auch bei „Cloaking“ das geschützte Zeichen nur mittelbar wahrnehmbar und der Erfolg der Zeichennutzung besteht ebenfalls nur in der Platzierung innerhalb der Trefferlisten von Suchmaschinen. Anders verhält es sich hingegen mit Brückenseiten, wobei hier zwischen unmittelbar sichtbaren und versteckten Brückenseiten zu unterscheiden ist. Während verdeckte Brückenseiten in den Bereich des „Cloaking“ fallen, ergeben sich bei sichtbaren Brückenseiten jedoch nicht die Probleme der mittelbaren Wahrnehmbarkeit. Vielmehr sind auf diese die allgemeinen markenrechtlichen Regeln anzuwenden, da sie sich aus markenrechtlicher Sicht nicht von normalen Internetseiten unterscheiden.

bb) Suchmaschinenwerbung

Ein umfangreicher und performanter Suchdienst erfordert enorme technische Kapazitäten. Um diese zu finanzieren, wird üblicherweise auf den Seiten der Suchmaschine Werbung geschaltet.

Eine besondere Form der Werbung, die zunehmend an Bedeutung gewinnt, ist die sog. Keyword Werbung, auch kontextsensitive Werbung genannt⁶⁶. Dabei werden abseits der normalen Suchergebnisse zum jeweiligen Suchwort passende Anzeigen geschaltet. Dabei geben die Werbetreibenden im Zuge der Anmeldung ihrer Anzeige eine Liste dazu passender Stichwörter ein, bei denen ihre Werbung geschaltet werden soll. Ob bei der Bewertung von Keyword Werbung die markenrechtlichen Maßstäbe von Meta-Tags gelten, ist umstritten. In der Rechtsprechung werden beide Auffassungen

65 LG Hamburg, Beschl. v. 22.04.2005 – Az. 315 O 260/05.

66 Rath, Recht der Internet-Suchmaschine, S. 86.

vertreten. So gehen das OLG Düsseldorf und das LG Hamburg konsequent davon aus, dass der Verbraucher durch die deutliche Trennung zwischen Suchergebnissen und Werbeanzeigen nicht erwarte, dass zwischen dem beworbenen Produkt und dem Suchwort ein Zusammenhang bestehe⁶⁷. Auch in der Literatur wird diese Auffassung wohl zumeist vertreten.⁶⁸ Der wohl überwiegende Teil der Rechtsprechung nimmt jedoch an, dass die Maßstäbe für Meta-Tags auch für Keyword Werbung anzuwenden seien und bejaht eine Markenrechtsverletzung.⁶⁹ Zu Recht schließt sich auch ein Teil der Literatur dieser Auffassung an.⁷⁰ Im Ergebnis entspricht die Zeichenverwendung durch Keywords der durch Meta-Tags oder „Cloaking“. So stellt sich auch hier das Problem der mittelbaren Wahrnehmbarkeit der Markennutzung. Für eine kennzeichnungsähnliche Benutzung spricht bei Keyword Werbung noch mehr, als bei Meta-Tags, dass es explizites Ziel ist, Anzeigen zu schalten, die zu dem entsprechenden Suchwort passen. Umso mehr kann der Verbraucher also erwarten, dass zwischen dem gesuchten Zeichen und dem Werbetreibenden ein Zusammenhang besteht. Dabei ist allerdings zu beachten, dass beispielsweise Google beim Buchen von Werbung die Möglichkeit anbietet, „weitestgehend passende“ Schlüsselwörter zu berücksichtigen. So hatte das OLG Braunschweig den Fall zu entscheiden, wo ein Werbetreibender den Begriff „Joop“ gebucht, seine Anzeige aber auch beim Suchbegriff „Jette“ angezeigt wurde.⁷¹ Langfristig könnte diese technische Entwicklung auch Einfluss auf die Erwartungen des angesprochenen Verkehrskreises haben, sodass der Verbraucher bei Keyword Werbung nur weitestgehend passende Anzeigen erwarten kann. Derzeit ist davon jedoch nicht auszugehen.

67 OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.01.2007 – Az. I 20 U 79/06;
LG Hamburg, Urt. v. 21.09.2004 – Az. 312 O 324/04, MMR 2005, 629.

68 Hüsch, MMR 2006, 357, 358; Hüsch, Anmerkung zu OLG Dresden, Urt. v. 30.08.2005 – Az. 14 U 498/05, MMR 2006, 326, 328.

69 OLG Dresden, Urt. v. 09.01.2007 – Az. 14 U 1958/06;
OLG Braunschweig, Beschl. v. 05.12.2006 – Az. 2 W 23/06;
LG Leipzig, Urt. v. 16.11.2006 – Az. 3 HK O 2566/06.

70 Vgl. Schaefer, MMR 2005, 807, 808 der allerdings auch bei Meta-Tags eine kennzeichnungsähnliche Benutzung ablehnt.

71 OLG Braunschweig, Beschl. v. 11.12.2006 – Az. 2 W 177/06.

b) Foren

Ganz andere Probleme ergeben sich bei der markenrechtlichen Haftung bei Forensystemen. Dabei ist zunächst zu unterscheiden, von wem das geschützte Zeichen verwendet wird.

(1) Markennutzung durch Dritte

Forensysteme zeichnen sich dadurch aus, dass der eigentliche Inhalt der Internetseite nicht durch den Seitenbetreiber, sondern von den Nutzern generiert wird. So stellt der Betreiber des Forums üblicherweise nur die Infrastruktur zur Veröffentlichung von Inhalten zur Verfügung und beeinflusst die Inhalte höchstens durch eine grobe thematische Ausrichtung des Forums. Verwendet ein Nutzer eines Forums ein geschütztes Zeichen, stellt sich die Frage, inwieweit dabei auch ein kennzeichnämäiger Gebrauch anzunehmen ist, also die Markennutzung zumindest auch der Unterscheidung von Waren und Dienstleistungen gilt und die Herkunftsfunktion der Marke beeinträchtigt wird. Das dürfte im Wesentlichen nur dann der Fall sein, wo Forenteilnehmer explizit auf Waren oder Dienstleistungen hinweisen. Die einfache Nennung einer Marke oder die Nutzung eines Markennamens als Pseudonym stellt hingegen keinen kennzeichnämäigen Gebrauch der Marke dar.⁷²

(2) Markennutzung durch Forenbetreiber

Neben den benutzergenerierten Inhalten können aber auch andere Elemente eines Forums markenrechtliche Schutzrechte Dritter verletzen.

(a) Redaktionelle Markennutzung

Zunächst kommt dabei die redaktionelle Markennutzung in Betracht. So sind Foren nicht selten in redaktionelle Internetseiten eingebettet und auch die Forensoftware selbst kann üblicherweise vom Betreiber mit zusätzlichen Informationen und beschreibenden Inhalten versehen werden. Für die Beurteilung der markenrechtlichen Relevanz von Markennutzungen in diesem redaktionellen Kontext können die

⁷² LG Hamburg, Urt. v. 15.11.2005 – Az. 312 O 652/05, einsehbar unter <http://www.forens-und-recht.de/urteile/Landgericht-Hamburg-20051115.html>

allgemeinen Regeln der Rechtmäßigkeit von Markennutzungen im Internet herangezogen werden. Wird das Forum von einem Unternehmen betrieben und wird die Markenrechtsverletzung durch einen Mitarbeiter begangen, so kann nach §§ 14 Abs. 7, 15 Abs. 6 MarkenG auch der Inhaber des Unternehmens in Anspruch genommen werden.

(b) Domainnamen

Doch auch schon der Name eines Forums, bzw. dessen Domain-Adresse kann eine Markenrechtsverletzung darstellen. So kommt dem Domainnamen nach fast einhelliger Auffassung eine kennzeichnende Funktion zu.⁷³ Ein kennzeichnämäiger Gebrauch wird in der Regel nur dann abgelehnt, wenn die unter der Domain erreichbare Internetseite keinerlei eigenen Inhalt aufweist.⁷⁴ Probleme ergeben sich vor allen in den Fällen, wo zwei gleichnamige Marken unterschiedlicher Inhaber für unterschiedliche Warenklassen existieren. Grundsätzlich soll zwar der Grundsatz „first come, first serve“ Anwendung finden⁷⁵, dies gilt jedoch nur für generische Domains oder gleichrangige Marken. Sonst soll die Domain der älteren⁷⁶, bzw. der bekannteren Marke zufallen⁷⁷.

III. Zusammenfassung

Markenrechtlich sind vor allem Suchmaschinen problematisch. Kern des Streits ist die Frage, inwiefern nur mittelbar wahrnehmbare Markennutzungen unter den Schutz des MarkenG fallen können. Im Hinblick auf den wettbewerbsregelnden Charakter des MarkenG und des generellen Schutzes von Marken vor Verwässerung ist es aber unerlässlich, auch diese unsichtbaren Nutzungshandlungen dem Einfluss des MarkenG zu unterstellen.

Auch bei Foren stellt sich die Frage, inwiefern eine rechtserhebliche Markennutzung bzw. ein zeichenmäiger Gebrauch vorliegt. Jedoch ist hier nicht die Sichtbarkeit der Inhalte, sondern vielmehr die

73 Ströbele/Hacker, Markengesetz, § 14 Rn. 117.

74 Nordemann, Wettbewerbsrecht Markenrecht, Rn. 2801.

75 BGH, Urt. v. 17.05.2001 – Az. I ZR 216/99 [mitwohnzentrale.de], GRUR 2001, 1061, 1064.

76 Nordemann, Wettbewerbsrecht Markenrecht, Rn. 2827.

77 BGHZ 149, 191, 196 [shell.de].

individuelle Nutzung von Foren problematisch. So ist es eine Einzelfallentscheidung, ob bei der Benutzung eines Forums ein Handeln im geschäftlichen Verkehr, bzw. ein zeichenmäßiger Gebrauch vorliegt. Insgesamt sind Foren unter markenrechtlicher Sicht jedoch deutlich unproblematischer als Suchmaschinen.

D. Haftung und Verantwortlichkeit

Nach den §§ 14 Abs. 2, 15 Abs. 2 MarkenG kann derjenige in Anspruch genommen werden, der die Marke im geschäftlichen Verkehr ohne Zustimmung benutzt. Insbesondere bei Foren und Suchmaschinen stellt sich jedoch die Frage, ob nicht auch die Betreiber der jeweiligen Plattform für die Markenrechtsverletzung haftbar gemacht werden können.

I. Haftungsmaßstab und Privilegierung des TDG/TMG

Die Verantwortlichkeit für Inhalte im Internet regelt das Teledienstegesetz (TDG) für Teledienste, der Mediendienstestaatsvertrag (MDStV) für Mediendienste, bzw. seit März 2007 das Telemediengesetz (TMG) für alle Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht unter das Telekommunikationsgesetz oder den Rundfunkstaatsvertrag fallen.

1. Geltungsbereich

Eine Abgrenzung zwischen den Geltungsbereichen des TDG und MDStV ist schwierig, für die Frage der anzuwendenden Vorschriften aber bis zur Geltung des TMG noch unerlässlich. Nach § 2 Abs. 1 TDG unterfallen dem Teledienstegesetz alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, die für eine individuelle Nutzung von kombinierbaren Daten bestimmt sind und denen eine Übermittlung mittels Telekommunikation zugrunde liegt. Dem gegenüber werden Mediendienste gem. § 2 Abs. 1 MDStV als das Angebot und die Nutzung von an die Allgemeinheit gerichteten Informations- und Kommunikationsdiensten definiert, die unter Benutzung elektromagnetischer Schwingungen verbreitet werden. An die Allgemeinheit ist ein Dienst dann gerichtet, wenn der Adressat eine

beliebige, nicht in einzelne Individuen aufspaltbare Öffentlichkeit ist⁷⁸.

Im Wesentlichen sollen somit individuell genutzte Dienste in den Anwendungsbereich des TDG fallen, während Dienste, die „an die Allgemeinheit gerichtet“ sind, dem MDStV unterstehen sollen. Diese Abgrenzung ist allerdings unter praktischen Gesichtspunkten zu konturlos⁷⁹. So ist die Grenze zwischen allgemeiner und individueller Nutzung bei vielen Diensten im Internet kaum zu ziehen, wenn sie sich sowohl individuell als auch von der Allgemeinheit nutzen lassen. So kann eine genauere Abgrenzung am ehesten unter Zuhilfenahme von § 2 Abs. 4 Nr. 3 TDG vorgenommen werden. Demnach ist das TDG dann nicht anwendbar, wenn die redaktionelle Gestaltung zur Meinungsbildung im Vordergrund steht. Bei der Unterscheidung zwischen Tele- und Mediendiensten ist also neben der funktionalen Trennung auf die spezifische Meinungsrelevanz abzustellen⁸⁰. Doch auch hier ist eine genaue Trennung nicht immer möglich, sodass in der Konsequenz TDG und MDStV auch nebeneinander zur Anwendung kommen können.⁸¹

Das neue Telemediengesetz versucht hingegen, die Trennung zwischen Tele- und Mediendiensten aufzuheben. Nach § 1 Abs. 1 TMG⁸² gilt das Telemediengesetz für alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste, telekommunikationsgestützte Dienste oder Rundfunk sind. Diese Negativdefinition hat das Problem allerdings nur insofern verschoben, als sich nun bei vielen Diensten die Frage der Abgrenzung zu Telekommunikationdiensten und Rundfunk stellt. Foren und Suchmaschinen in ihrer üblichen Gestaltung fallen jedoch eindeutig in den Anwendungsbereich des Telemediengesetzes.

2. Rechtliche Einordnung

Es stellt sich dennoch die Frage, welche Haftungsregeln für Foren und

78 Gounalakis/Rohde, CR 1998, 487, 489.

79 Spindler in Hoeren/Sieber, Handbuch Multimediarecht, Kap. 29, Rn. 43 ff.

80 Volkmann, Der Störer im Internet, S. 13 f.; Gounalakis/Rohde, CR 1998, 487, 488.

81 Neumann/Moritz in Hoeren/Sieber, Handbuch Multimediarecht, Kap. 4, Rn. 13.

82 Endgültiger Entwurf vom 23.10.2006, BT-Drucks. 16/3078, verabschiedet am 18.01.2007.

Suchmaschinen nach TDG bzw. MDStV gelten.

a) Suchmaschinen

Grundsätzlich wird bei Suchmaschinen von einem hauptsächlich individualkommunikativen Charakter auszugehen sein. So werden dem Benutzer hauptsächlich individuell generierte Informationen, nämlich die Treffer zu einem bestimmten Suchwort ausgeliefert. Allerdings können auch Suchmaschinen massenkommunikative und im weitesten Sinne meinungsbildende Elemente enthalten. Zum Beispiel ist es üblich, dass auf Trefferlisten kurze Auszüge aus den jeweiligen Internetseiten angezeigt werden (sog. Snippets⁸³). Auch richten sich Suchmaschinen an die Allgemeinheit, was einer Einordnung in die Individualkommunikation widersprechen könnte.⁸⁴

Dementsprechend ist die Einordnung von Suchmaschinen umstritten. Der überwiegenden Literaturmeinung und den Gesetzesmaterialien zum TDG a.F.⁸⁵ nach stellen Suchmaschinen aber einen Teledienst i.S.v. § 2 Abs. 2 Nr. 3 TDG dar.⁸⁶ Im Ergebnis ist der Streit auch ob der identischen Haftungsregeln von TDG und MDStV eher dogmatischer Natur und erübriggt sich unter Geltung des neuen TMG. Ein viel größeres Problem ist die Frage, welche Vorschriften des TDG auf Suchmaschinen anwendbar sind. So fallen Suchmaschinen nicht unmittelbar in den Anwendungsbereich der §§ 9 – 11 TDG.⁸⁷ Doch auch wenn dies vereinzelt vertreten wird⁸⁸, kommt auch eine analoge Anwendung der Vorschriften nicht in Betracht. So führt der bloße Verzicht des Gesetzgebers auf eine rechtliche Regelung nicht zwangsläufig zu einer planwidrigen Regelungslücke, die für eine analoge Anwendung erforderlich wäre.⁸⁹ Wenn also weder eine unmittelbare, noch eine analoge Anwendung der §§ 9 – 11 TDG in

83 Hoeren, Skript Internetrecht, S. 383.

84 Vgl. Ziem, Die Bedeutung der Pressefreiheit, S. 52 f.

85 BT-Drucks. 13/17385, S. 19.

86 Volkmann, Der Störer im Internet, S. 17; Rath, Recht der Internet-Suchmaschine, S. 256; Spindler/Volkmann, K&R 2002, 398, 399; Lippert, CR 2001, 478, 483.

87 Rath, Recht der Internetsuchmaschine, S. 275; Ströbele/Hacker, Markengesetz, § 14 Rn. 239;

88 Vgl. Geisseler-Bonse, Internet-Suchmaschinen, S. 183; wohl auch das LG München I, Beschl. v. 02.12.2003 – Az. 33 O 21461/03, MMR 2004, 261 f.

89 Larenz/Canaris, Methodenlehre de Rechtswissenschaft, S. 191; ausführlich dazu auch Rath, Recht der Internet-Suchmaschine, S. 279.

Betracht kommt, bleibt lediglich eine Haftung des Suchmaschinenanbieters nach § 8 Abs. 1 TDG.⁹⁰ Dennoch haftet ein Suchmaschinenbetreiber nicht zwangsläufig für alle Inhalte Dritter. Denn auch wenn eine analoge Anwendung der Haftungsprivilegien ausscheidet, bietet es sich dennoch an, bei der rechtlichen Beurteilung des Haftungsausmaßes zumindest auf die im TDG normierten Wertungen des Gesetzgebers zurückzugreifen, auch um Wertungswidersprüche mit dem TDG zu vermeiden.⁹¹

Haftungsprivilegien kommen demnach nur dann in Betracht, wenn der Suchmaschinenbetreiber allen Einschränkungen des TDG entspricht. Es kann also keine Haftungsprivilegierung angenommen werden, wenn er in den Suchprozess eingegriffen hat und wenn er Kenntnis von der Rechtswidrigkeit hatte oder nicht unverzüglich tätig wurde.⁹² Den Wertungen des § 8 Abs. 2 TDG entsprechend darf dem Suchmaschinenbetreiber aber keine ständige Überwachungspflicht obliegen.⁹³ Auch das TMG wird in dieser Frage keine Klarheit bringen, enthält es doch keinerlei Modifikationen der Verantwortlichkeitsregelungen im Vergleich mit dem TDG oder dem MDStV.⁹⁴

b) Foren

Auch bei Foren stellt sich zunächst die Frage, ob und inwiefern sie der Anwendung des TDG oder des MDStV unterliegen. Zwar enthalten Foren durchaus auch individulkommunikative Elemente, die wesentlichen Funktionen, nämlich die Veröffentlichung von Beiträgen, dürften jedoch in den Bereich der Massenkommunikation fallen. Hinzu kommt, dass bei Foren eine deutlich höhere unmittelbare Meinungsrelevanz vorliegt als bei Suchmaschinen, wobei hier allerdings das Element der „redaktionellen“ Gestaltung wohl fehlt. Dennoch scheint die Anwendung des MDStV naheliegend⁹⁵, ist aber

90 Heim, Internet-Suchmaschinen, S. 254.

91 Rath, Recht der Internet-Suchmaschine, S. 282.

92 Rath, Recht der Internet-Suchmaschine, S. 331.

93 Hoeren, Skript Internetrecht, aaO Seite 20.

94 Engels/Jürgens, K&R 2007, 57.

95 So im Ergebnis auch das OLG Hamburg, Urt. v. 22.08.2006 – Az. 7 U 50/06 [Heise], CR 2007, 44, 45.

nicht unumstritten⁹⁶. Wie bereits erwähnt, sind die Haftungsregeln von MDStV und TDG jedoch identisch, weshalb auch ein Großteil der Literatur und Rechtsprechung eine Entscheidung bei der Frage der Haftungsprivilegien für entbehrlich hält.⁹⁷ Bei der Frage der anzuwendenden Vorschrift ist eine Einordnung bei Foren deutlich unkomplizierter als bei Suchmaschinen. So sind Foren darauf ausgelegt, Inhalte dauerhaft für andere zu speichern und auszuliefern. Damit fallen sie eindeutig in die Kategorie des „Host-Providers“ nach § 9 MDStV bzw. § 11 TDG.⁹⁸ Daraus ergibt sich, dass Forenbetreiber nur dann für die Inhalte Dritter haften, wenn sie Kenntnis von den rechtswidrigen Inhalten hatten und nicht unverzüglich tätig wurden, diese zu entfernen. Die Frage, ob ein Diensteanbieter Kenntnis hatte, kann nur im Einzelfall und in Abhängigkeit der jeweiligen technischen Gegebenheiten entschieden werden.⁹⁹

3. Anwendbarkeit auf das Markenrecht

Im Jahr 2001 hatte das OLG Köln im Rolex/Ricardo-Fall allerdings entschieden, dass die Haftungsprivilegien des TDG a.F. nicht auf das Markenrecht anwendbar seien, da letzteres auf der Umsetzung einer EG-Richtlinie beruhe, weshalb das nationale Recht diese europarechtlichen Vorschriften nicht unterwandern dürfe.¹⁰⁰ Das Urteil wurde jedoch zumindest teilweise vom BGH aufgehoben.

4. Anwendbarkeit bei Unterlassensansprüchen

So entschied der BGH zu Rolex/Ricardo, dass die Haftungsprivilegien des TDG nicht deshalb ausscheiden könnten, weil das Markenrecht auf einer EG-Richtlinie basiere, da besagte Richtlinie die Störerhaftung nicht betreffe¹⁰¹. Dieses Argument erübrige sich darüber hinaus für das TDG n.F., da dies ebenfalls eine Umsetzung einer EG-Richtlinie

96 Das LG Düsseldorf, Urt. v. 25.01.2006 – Az. 12 O 546/05, CR 2006, 563f. Geht von der Anwendung des TDG aus. So auch Gramespacher, Rechtswidrige Inhalte in Internet-Foren, Abs. 20.

97 Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.04.2006 – Az. I-15 U 180/05; Jürgens, CR 2006, 188, 190.

98 Zu den Voraussetzungen für Host-Provider nach § 9 MDStV, § 11 TDG: Volkmann, Der Störer im Internet, S. 72.

99 Koch, Internet-Recht, S. 596.

100 OLG Köln, Urt. v. 02.11.2001 – Az. 6 U 12/01, CR 2002, 50, 51.

101 So auch Hoeren, MMR 2002, 113.

darstellt. Allerdings seien die Regelungen der §§ 9 – 11 TDG aufgrund des Verweises in § 8 Abs. 2 Satz 2 TDG generell auf Unterlassungsansprüche nicht anwendbar.¹⁰² Dieser schließt Verpflichtungen zur Entfernung und Sperrung von Inhalten ausdrücklich aus. Mit dem Begriff der „Verantwortlichkeit“ aus § 11 Abs. 1 S. 1 TDG sei lediglich die strafrechtliche Verantwortlichkeit und die Schadensersatzhaftung gemeint.¹⁰³ Daraus ergebe sich eine Verantwortlichkeit als Mitstörer.

II. Mitstörerhaftung

Im Folgenden sollen die dogmatischen und tatbestandlichen Voraussetzungen der Mitstörerhaftung erläutert werden.

1. Rechtliche Herleitung

Die Mitstörerhaftung wird aus §§ 823, 1004 BGB hergeleitet. Nach § 1004 BGB kann der sich Eigentümer gegen eine Beeinträchtigung seiner Eigentumsrechte durch den Störer wehren. Geschützt ist also zunächst nur das Eigentum. Wegen der Ähnlichkeit anderer Rechte schützt die Rechtsprechung jedoch auch alle anderen absoluten Rechte, sowie alle nach § 823 Abs. 2 BGB geschützten Rechtsgüter.¹⁰⁴

Dabei wird zwischen dem Handlungsstörer, der die Beeinträchtigung verursacht hat, dem unmittelbaren Störer, der die Handlung bewirkt und dem Mitstörer, der die Beeinträchtigung durch einen Dritten verursacht hat, unterschieden.¹⁰⁵

2. Voraussetzungen

Als Mitstörer i.S.d. § 1004 BGB haftet jeder, der in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal an der Herbeiführung der Beeinträchtigung mitgewirkt hat.

a) Willentliche und adäquat-kausale Verursachung

Dabei muss der Mitstörer also die Beeinträchtigung zumindest mittelbar hervorgerufen haben und die Rechtsbeeinträchtigung muss in

102 BGH, Urt. v. 11.03.2004 – Az. I ZR 304/01 [Rolex/Ricardo], GRUR 2004, 860 ff = CR 2004, 763.

103 So auch Volkmann, Der Störer im Internet, S. 101

104 Palandt, BGB, § 1004 Rn. 4.

105 Palandt, BGB, § 1004 Rn. 16 f.

einem ursächlichen Zusammenhang mit einer Willensbetätigung des Störers stehen.¹⁰⁶ Eine positive Kenntnis der Tatumstände ist bei der Haftung als Mitstörer hingegen nicht notwendig.¹⁰⁷ Auch kommt es bei der Herbeiführung der Rechtsbeeinträchtigung nicht auf ein Handeln aus eigenem Antrieb, Art und Umfang oder auf das Interesse des Mitstörers an.¹⁰⁸ Die Mitstörerhaftung soll vielmehr das Fördern des Handelns eines Dritten¹⁰⁹, bzw. die Schaffung einer Gefahrenquelle¹¹⁰, die zur Rechtsbeeinträchtigung führt, umfassen.

b) Abhilfemöglichkeit

Weiterhin muss für die Rechtsbeeinträchtigung auch eine Möglichkeit zur Abhilfe bestehen. So haftet der Mitstörer nicht, wenn die Beseitigung oder Unterlassung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist.¹¹¹

c) Rechtswidrigkeit

Die Rechtsbeeinträchtigung muss nach § 1004 Abs. 2 BGB rechtswidrig sein.

d) Prüfungspflichten

Der BGH hat die Mitstörerhaftung aber insofern eingeschränkt, als dass sie nicht „über Gebühr auf Dritte erstreckt“ werden dürfe.¹¹² Deshalb setze die Mitstörerhaftung eine Verletzung von Prüfungspflichten voraus. Diese bestimmten sich nach den Umständen, inwieweit dem Störer eine Prüfung zumutbar sei, wobei die Funktion und die Aufgabenstellung des Störers zu berücksichtigen ist¹¹³. Auch dürfen die Prüfungspflichten den abstrakten Wertungen des TDG/MDStV nicht widersprechen.¹¹⁴ Dabei hat der BGH im konkreten Fall zumindest dahingehend Prüfungspflichten bejaht, dass es dem Diensteanbieter zumutbar sei, zumindest für bereits bekannte Markenrechtsverletzungen entsprechende Vorsorgen zu treffen, so dass

106 Ebbing in: Erman, § 1004, Rn. 117.

107 Volkmann, Der Störer im Internet, S. 61.

108 BGH, GRUR 1990, 373, 374.

109 Volkmann, Der Störer im Internet, S. 63.

110 LG Hamburg, Urt. v. 02.12.2005, Az. 324 O 721/05.

111 Palandt, BGB, § 1004 Rn. 43.

112 BGH, Urt. v. 11.03.2004, aaO. S. 23.

113 LG Berlin, Beschl. v. 13.01.2005 – Az. 27 O 573/04.

114 Rath, Recht der Internet-Suchmaschine, S. 357.

sich diese nicht mehr wiederholen können.

aa) Prüfungspflichten von Suchmaschinenbetreibern

Es stellt sich die Frage, inwieweit auch Suchmaschinenbetreiber einer Prüfungspflicht unterliegen. Dabei ist hier die besondere Bedeutung von Suchmaschinen für das Internet und somit auch für die Meinungs- und Informationsfreiheit zu beachten.¹¹⁵ So wäre ohne Suchmaschinen keine sinnvolle Nutzung des WWW möglich.¹¹⁶ Auch muss berücksichtigt werden, dass Suchmaschinen viele Millionen Dokumente unterschiedlichsten Umfangs und Inhalts indiziert haben. So entschied das LG Frankfurt, dass im Falle von Suchmaschinen schon keine Abhilfemöglichkeit der Rechtsverletzung gegeben sei.¹¹⁷ Zumindest dürfte es fraglich sein, ob bei Suchmaschinen die Möglichkeit besteht, zukünftige Rechtsverstöße technisch zu unterbinden. So hätte die Sperrung einzelner Suchworte zur Folge, dass auch rechtlich nicht zu beanstandende Internetseiten gesperrt werden würden, was für den Suchmaschinenbetreiber unzumutbar sein könnte¹¹⁸. Und nicht nur bei der Sperrung einzelner Suchworte bergen technische Filtermaßnahmen nach dem derzeitigen Stand der Technik stets die Gefahr, auch rechtlich unbedenkliche Internetseiten aus der Suchmaschine auszuschließen. Insbesondere die umfangreiche Prüfung, die für die Feststellung von Markenrechtsverletzungen notwendig ist, dürfte auch in absehbarer Zeit nicht automatisiert möglich sein.¹¹⁹ Unter Berücksichtigung der besonderen Stellung von Suchmaschinen für die Informations- und Meinungsfreiheit spricht dies eher gegen die Auferlegung von Prüfungspflichten.¹²⁰ Denn auch eine manuelle Prüfung dürfte für den Suchmaschinenbetreiber wegen der exponentiell steigenden Anzahl an Internetseiten nicht zumutbar sein.¹²¹ Ausnahme könnten höchstens technische Maßnahmen sein, die

115 OLG Hamburg, Urt. v. 20.02.2007 – Az. 7 U 126/06.

116 Vgl. BGH, Urt. v. 17.07.2003 – Az. I ZR 259/00 [Paperboy], NJW 2003, 3406 ff.

117 LG Frankfurt, Urt. v. 05.09.2001 – Az. 3/12 O 107/01 [Wobenzym N II], NJW-RR 2002, 545, 546.

118 Dieselhorst, CR 2002, 222, 226.

119 Zu den Problemen technischer Maßnahmen Hoeren, MMR 2004, 643, 646.

120 Vgl. LG Berlin, aaO. S. 25.

121 So auch Geiseler-Bonse, Internet-Suchmaschinen, S. 184.

in der Lage sind, zuverlässig offensichtlich rechtswidrige Inhalte zu filtern, ohne rechtmäßige Inhalte zu behindern. Ein Sonderfall bei der Haftung von Suchmaschinen stellt die Keyword Werbung dar. Auch hier verneinte die Rechtsprechung größtenteils eine Prüfungspflicht für den Suchmaschinenbetreiber.¹²² Auch hier ist aber die Option „weitestgehend passende“ Keywords zu beachten.¹²³ So dürfte es technisch durchaus möglich sein, bei der automatischen Assoziation von Begriffen, Markennamen vollständig auszuschließen.

bb) Prüfungspflichten von Forenbetreibern

Bei Forensystemen ist ein deutlich geringeres Gewicht für die Meinungs- und Informationsfreiheit insofern zu unterstellen, als ihnen keine „Gatekeeper“ Funktion zukommt, wie es bei Suchmaschinen der Fall ist. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass Foren üblicherweise deutlich weniger Daten enthalten als Suchmaschinen. Dennoch unterfallen auch Foren der Meinungs- und Pressefreiheit. So ist sich die Rechtsprechung auch zumindest darüber weitestgehend einig, dass vor der Einstellung von Beiträgen in ein Forum für den Betreiber keine Prüfungspflichten bestehen¹²⁴. Uneinigkeit besteht hingegen bei der Frage, inwiefern sich für einen Forenbetreiber nach dem Bekanntwerden von rechtswidrigen Beiträgen Prüfungspflichten hinsichtlich der Verhinderung weiterer Rechtsverletzungen ergeben. So ging das OLG Hamburg davon aus, dass ein Forenbetreiber nach Bekanntwerden rechtswidriger Beiträge dafür Sorge zu tragen habe, dass weitere Rechtsverstöße verhindert werden, er aber zumindest eine Überwachung veranlassen muss, um diese Rechtsverstöße umgehend zu entfernen.¹²⁵ Hingegen unterschied das OLG Düsseldorf zwischen „professionellen“ und „nicht professionellen“ Forenbetreibern. So käme „nicht professionellen“ Forenbetreibern auch nach Auftreten von Rechtsverletzungen keinerlei Prüfungspflichten zu.¹²⁶ Dabei stellte das

122 Vgl. OLG Hamburg, Urt. v. 04.05.2006 – Az. 3 U 180/04; LG München, Beschl. v. 03.12.2003 – Az. 33 O 21461/03.

123 Siehe C II 2 a) bb) zu Suchmaschinenwerbung.

124 OLG München, Urt. v. 09.11.2006 – Az. 6 U 1675/06; OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.04.2006 – Az. 1-15 U 180/05; LG Kiel, Urt. v. 14.07.2005 – Az. 4 O 70/05.

125 OLG Hamburg, Urt. v. 22.08.2006, aaO. S. 22.

126 OLG Düsseldorf, Urt. v. 07.06.2006 – Az. I-15 U 21/06. Ähnlich sah es auch das AG Berlin-Mitte, Urt. v. 20.10.2004 – Az. 15 C 1011/04 im Fall von Weblogs.

Gericht darauf ab, ob der Betreiber vom Betrieb des Forums wirtschaftlich profitiert und orientiert sich dabei am Argument des BGH zur Rolex/Ricardo Entscheidung, die die wirtschaftliche Partizipierung an den Rechtsverletzungen berücksichtigte. Letztendlich liegen die Urteile des OLG Düsseldorf und des OLG Hamburg auf einer Linie. So müssen bei der Beurteilung des Umfangs der Prüfungspflichten sowohl die wirtschaftlichen und technischen Möglichkeiten des Forenbetreibers, als auch das spezifische Gefahrenpotential berücksichtigt werden. Die Frage, ob Prüfungspflichten hinsichtlich der Verhinderung weiterer Rechtsverstöße bestehen, kann also nur im Einzelfall unter Abwägung der Interessen und Berücksichtigung der individuellen Möglichkeiten beantwortet werden. Prüfungspflichten vor Einstellung des Beitrags sind allein schon im Hinblick auf den Schutz der Meinungs- und Informationsfreiheit abzulehnen.

3. Zusammenfassung

Die Haftungsprivilegien des TDG/MDStV/TMG gelten in jedem Fall für Foren, vom Telos her auch stark eingeschränkt für Suchmaschinen. Dennoch können hinsichtlich Unterlassungsansprüchen Prüfungspflichten für die Betreiber beider Systeme bestehen. Bei Suchmaschinen sind diese aber nur auf technischem Wege möglich und der Umfang stark von den aktuellen technischen Möglichkeiten abhängig. Bei Foren können hingegen weiterreichende Prüfungspflichten bestehen, allerdings nur nach dem Auftreten von Rechtsverletzungen und in Abwägung von individuellen Möglichkeiten, Intensität des Rechtsverstoßes und Gefahrenpotential des Forums.

E. Fazit

Bei der Betrachtung von Foren und Suchmaschinen ergeben sich viele rechtliche Probleme. Dabei steht bei der markenrechtlichen Beurteilung die Frage der genauen Voraussetzungen und des Umfangs einer markenmäßigen Benutzung im Mittelpunkt. Gerade im Hinblick auf die zunehmende Bedeutung der Vermarktung und des Vertriebs

von Waren und Dienstleistungen im Internet wäre es wünschenswert, wenn der Gesetzgeber hier eine Klärung herbeiführen würde. Denn die Rechtsprechung beurteilt dieses Problem sehr unterschiedlich, was für die Anbieter von Internetseiten eine untragbare Rechtsunsicherheit bedeutet. Auch für die Frage der Haftung und Verantwortlichkeit wäre bei Suchmaschinen und „user-generated content“ eine gesetzliche Normierung wünschenswert. Hier wäre insbesondere der europäische Gesetzgeber, der in der E-Commerce Richtlinie Hyperlinks und Suchdienste explizit von den dort vorgeschriebenen Haftungsprivilegien ausgenommen hat¹²⁷, gefordert, Alternativen zu schaffen. Insgesamt scheint die Rechtsprechung hier aber zumindest einheitliche Beurteilungsmaßstäbe gefunden zu haben.

Mit dem „Web 2.0“ Phänomen gewinnt „user-generated content“ zunehmend an Bedeutung. Gleichzeitig kommt auch Suchmaschinen bei der Fülle an Informationen, Content-Providern und Händlern im Internet eine besondere Rolle zu. Obwohl Rechtsprechung und Literatur bisher Lücken und Unsicherheiten der Rechtsvorschriften diesbezüglich ausfüllen konnten, sind für die Zukunft der Internet-Ökonomie in Europa und speziell in Deutschland, präzise rechtliche Rahmenbedingungen unabdingbar. Es obliegt also sowohl dem europäischen, als auch dem nationalen Gesetzgeber, transparente Regelungen und Rechtssicherheit zu schaffen, um eine erfolgreiche Zukunft der Internet-Ökonomie in Europa zu gewährleisten.

127 Heim, Internet-Suchmaschinen, S. 252.