

Herausgeber**Prof. Dr. Helmut Köhler****Prof. Dr. Christian Alexander****Wissenschaftlicher Beirat**

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Dr. Gangolf Hess

Prof. Dr. Thomas Koch

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

In Zusammenarbeit mit der
Zentrale zur Bekämpfung
unlauteren Wettbewerbs
Frankfurt am Main e.V.

dfv Mediengruppe
Frankfurt am Main

Editorial: Andreas Mundt

Erweiterte Missbrauchsaufsicht für große Digitalkonzerne –
Erste Entscheidungen auf Basis des neuen § 19a GWB

1199 Prof. Dr. Max Vollkommer

„Öffnet das Tor des BGH“: „Dreistufige“ Rechtswegprüfung im
einstweiligen Rechtsschutz in der ordentlichen Gerichtsbarkeit

1202 Prof. Dr. Axel Beater

Kommunale Print- und Onlinemedien

1208 Dr. Stefan Maaßen, LL.M. und Dr. Gianna Perino-Stiller

Die Geheimhaltungsanordnung nach §§ 16, 19 GeschGehG
in der Praxis

1216 Lars Meinhardt

Aktuelles Wettbewerbsverfahrensrecht 2021 (Teil 1)

1224 Prof. Dr. Inge Scherer

Die Ausnahme vom fliegenden Gerichtsstand nach § 14 Abs. 2
S. 2, 3 Nr. 1 UWG – Provokation von Verfahrenshäufung?

1230 Dr. Christophe Kühl und Michael Ott, LL.M., Maître en droit

Keyword-Advertising: Schafft Google neue Gefahren für
Werbende?

1246 dortmund.de

BGH, Urteil vom 14.07.2022 – I ZR 97/21

1253 7 x mehr

BGH, Urteil vom 02.06.2022 – I ZR 93/21

1259 Servicepauschale

BGH, Urteil vom 28.07.2022 – I ZR 205/20

1269 uploaded III

BGH, Urteil vom 02.06.2022 – I ZR 135/18

1275 Prüfpflichten eines Hotelbewertungsportals

BGH, Urteil vom 09.08.2022 – VI ZR 1244/20

**1279 Rechtswegprüfung im einstweiligen Rechtsschutz durch
das Rechtsbeschwerdegericht**

BGH, Beschluss vom 23.11.2021 – VI ZB 69/20

RA Dr. Christophe Kühl, Düsseldorf und RA Michael Ott, LL.M., Maître en droit, Baden-Baden*

Keyword-Advertising: Schafft Google neue Gefahren für Werbende?

INHALT

I. Anforderungen an Keyword-Advertising

1. Markenrecht

- a) Grundlagen
- b) Kriterien des BGH zur Trennung von Anzeigen und Suchergebnissen

2. Wettbewerbsrecht

II. Entwicklung der Anzeigendarstellung

III. Bewertung, Sonderkonstellationen und aktuelle Rechtsprechung

1. Bewertung

2. Sonderkonstellationen: Dark mode und Fremdsprachen

3. Aktuelle Rechtsprechung

IV. Fazit

1 Die Anforderungen der Rechtsprechung an die zulässige Verwendung fremder Unternehmenskennzeichen im Rahmen des Keyword Advertising sind seit langem geklärt. Die grundlegenden Entscheidungen des EuGH und BGH hierzu ergingen zu Beginn der 2010er-Jahre. Jenen Entscheidungen lagen Anzeigen des Dienstes Google Adwords (heute: Google Ads) zugrunde, auf deren Gestaltung die Rechtsprechung maßgeblich abgestellt hat. Im Laufe der Jahre hat Google allerdings zahlreiche Designänderungen an Adword-Anzeigen vorgenommen. Im Bestreben, Anzeigen attraktiver für Werbekunden zu gestalten, hat sich deren Darstellung immer mehr dem Design echter Suchergebnisse angenähert. Dies wirft die Frage auf, ob die aktuelle Darstellungsform noch mit den Anforderungen der Rechtsprechung hinsichtlich einer „deutlichen Abgrenzung“ zwischen Anzeigen und Suchergebnissen vereinbar ist.

I. Anforderungen an Keyword-Advertising

2 Keyword-Advertising, also die Buchung einer Anzeige bei einer Suchmaschine, die bei einem konkret gewählten Suchbegriff (Keyword) dem Nutzer angezeigt werden soll, wirft Fragen des Marken- und Wettbewerbsrechts auf. Hierzu hat die Rechtsprechung in den letzten Jahren, insbesondere im Markenrecht, Zulässigkeitsanforderungen aufgestellt.

1. Markenrecht

a) Grundlagen

3 Dem Markeninhaber steht gemäß § 14 Abs. 1 MarkenG ein ausschließliches Recht an der Marke zu. Gegen unzulässige Nutzungen kann er Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche nach § 14 Abs. 5-7 MarkenG geltend machen. Grundvoraussetzung für eine Markenrechtsverletzung ist zunächst die „markenmäßige Verwendung“ der Marke bzw. eines mit ihr identischen oder ähnlichen Zeichens im geschäftlichen Verkehr ohne Zustimmung des Inhabers. Unstreitig unzulässig ist die Nennung der fremden Marke im Text der Anzeige.¹⁾ Umstritten war aber lange

die Angabe der fremden Marke lediglich als Keyword, d. h. nur gegenüber dem Suchmaschinenbetreiber, der die entsprechende Anzeige dann bei Eingabe des Suchbegriffs anzeigt. Der Internetnutzer bekommt in diesem Fall das Keyword nicht zu sehen.

Nach der Rechtsprechung des EuGH kommt eine markenmäßige Verwendung nur bei einer Beeinträchtigung einer der Funktionen der Marke in Betracht.²⁾ Im Kern dreht sich die Diskussion dabei um die Herkunftsfunktion der Marke.³⁾ Diese ist beeinträchtigt, wenn aus der Anzeige für einen normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer 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.⁴⁾ Die Anzeige darf demnach keine wirtschaftliche Verbindung zwischen dem Markeninhaber und dem Dritten suggerieren und darüber hinaus hinsichtlich der Herkunft der angebotenen Waren oder Dienstleistungen auch nicht so vage bleiben, dass ein normal informierter und angemessen aufmerksamer Internetnutzer auf der Grundlage des Werbelinks und der ihn begleitenden Werbebotschaft nicht erkennen kann, ob der Werbende im Verhältnis zum Markeninhaber Dritter oder mit diesem wirtschaftlich verbunden ist.⁵⁾

Der BGH hat diese europäische Rechtsprechung wenig später umgesetzt. Er geht von der Annahme aus, dass in den regulären Suchergebnissen für einen durchschnittlichen Internetnutzer nicht hinreichend deutlich werde, ob die dort aufgeführten Links zu der Marke bzw. damit verbundenen Unternehmen oder zu Dritten führen. Bei klar ersichtlichen Anzeigen seien Nutzer hingegen darauf eingestellt, dort Links dritter Unternehmen zu finden.⁶⁾ Auf dieser Grundlage hält der I. Zivilsenat fest, dass in der Verwendung des geschützten Zeichens nicht per se eine markenmäßige Verwendung gesehen werden kann – sofern, was in einem ersten Schritt zu prüfen ist, für den Internetnutzer klar erkennbar ist, dass es sich bei der Anzeige nicht um ein reguläres Suchergebnis handelt. Ist das der Fall, ist in einem zweiten Schritt zu untersuchen, ob die konkrete Gestaltung der Anzeige eine wirtschaftliche Verbindung suggeriert oder den normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer über eine solche Verbindung im Unklaren lässt.⁷⁾

b) Kriterien des BGH zur Trennung von Anzeigen und Suchergebnissen

Für die Zwecke dieses Beitrags interessiert allein der erste Prüfungsschritt, also die Erkennbarkeit des Anzeigecharakters. Diesbezüglich konkretisiert der BGH die Anforderungen weiter

* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. 1322.

1) BGH, 13.12.2012 – I ZR 217/10, WRP 2013, 505, 508 f., Rn. 28, 30 – MOST-Pralinen; im umgekehrten Fall BGH, 13.01.2011 – I ZR 46/08, MMR 2011, 608, Rn. 30 – Impuls.

2) EuGH, 12.11.2002 – C-206/01, WRP 2002, 1415, 1419, Rn. 51 – Arsenal Football Club plc; EuGH, 23.03.2010 – C-236/08, GRUR 2010, 445, Rn. 75 f. – Google France and Google.

3) Vgl. zu anderen Funktionen der Marke etwa EuGH, 23.03.2010 – C-236/08, GRUR 2010, 445, Rn. 79 ff., 91 ff. – Google France and Google; BGH, 13.01.2011 – I ZR 125/07, WRP 2011, 1160, 1163 – Bananabay II.

4) EuGH, 23.03.2010 – C-236/08, GRUR 2010, 445, Rn. 84 – Google France and Google; EuGH, 25.03.2010 – C-278/08, GRUR 2010, 451, 453, Rn. 35 – Bergspechte.

5) EuGH, 23.03.2010 – C-236/08, GRUR 2010, 445, Rn. 89 f. – Google France and Google; EuGH, 25.03.2010 – C-278/08, GRUR 2010, 451, 453, Rn. 36 – Bergspechte.

6) BGH, 13.01.2011 – I ZR 125/07, WRP 2011, 1160, 1163 – Bananabay II; BGH, 13.01.2011 – I ZR 46/08, MMR 2011, 608, Rn. 25 f. – Impuls; BGH, 22.01.2009 – I ZR 30/07, WRP 2009, 435, 437 – Beta Layout; BGH, 13.12.2012 – I ZR 217/10, WRP 2013, 505, 508, Rn. 27 – MOST-Pralinen.

7) BGH, 13.01.2011 – I ZR 46/08, MMR 2011, 608, Rn. 26 – Impuls.

Kühl/Ott, Keyword-Advertising: Schafft Google neue Gefahren für Werbende?

dahingehend, dass die Werbeanzeige in einem von der Trefferliste eindeutig getrennten und mit „Anzeige“ gekennzeichneten Werbeblock erscheinen muss.⁸⁾ Hierin liegt für ihn der wesentliche Unterschied zu den deutlich strenger beurteilten Metatags, die zum Erscheinen in der Trefferliste selbst führen und somit eine wahrnehmbare Trennung nicht ermöglichen.⁹⁾ Eine räumliche Trennung dahingehend, dass Anzeigen etwa nur in einer Spalte rechts neben den Suchergebnissen erscheinen können, ist sicherlich die deutlichste Trennung. Zwingend ist dies indessen nicht.¹⁰⁾

7 An Anzeigen, die über oder unter den regulären Suchergebnissen erscheinen, sind allerdings besondere Anforderungen zu stellen, weil derartige Anzeigen naturgemäß eher als Bestandteil der Trefferliste erscheinen können als neben der Trefferliste erscheinende Anzeigen. Der BGH betont in der Fleurop-Entscheidung für derartige Fallgestaltungen ausdrücklich: „Allein die räumliche Trennung von der Trefferliste und die Kennzeichnung mit dem Wort ‚Anzeigen‘ lassen daher einen durchschnittlich aufmerksamen und verständigen Internetnutzer im Allgemeinen nicht ohne Weiteres erkennen, dass es sich um Werbeanzeigen handelt. Eine hinreichend deutliche Abgrenzung kann aber vorliegen, wenn ein solcher Werbeblock darüber hinaus mit grafischen oder farblichen Mitteln deutlich von den Suchergebnissen abgesetzt ist.“¹¹⁾

8 Es ist fraglich, ob der BGH vor dem Hintergrund seiner Entscheidung „Staubsaugerbeutel im Internet“ an dieser Rechtsprechung weiter festhält.¹²⁾ Das Urteil betraf dabei keinen Fall des Keyword Advertising, sondern einen reinen Fall vergleichender Werbung, in dem auf der Website des beklagten Unternehmens bei Eingabe der klägerischen Wortmarke „Swirl“ in die Suchmaske u. a. Staubsaugerbeutel des beklagten Unternehmens mit dem Hinweis „ähnlich Swirl (...)“ erschienen. Der BGH hatte hier entschieden, dass die Verwendung des Zeichens „Swirl“ – auch innerhalb der Trefferliste – eine zulässige vergleichende Werbung nach § 6 UWG darstelle und somit auch markenrechtlich nicht zu beanstanden sei. Hierzu führt der BGH klarstellend aus, dass in diesem Ergebnis kein Wertungswiderspruch zu den Grundsätzen des Keyword Advertising zu sehen sei: „Zwar wird damit eine vergleichende Werbung nach einem großzügigeren Maßstab beurteilt als das sog. Keyword-Advertising, bei dem Wettbewerbsprodukte Dritter nur in einem räumlich von der Trefferliste getrennten und mit dem Wort ‚Anzeigen‘ gekennzeichneten Werbeblock erscheinen dürfen.“¹³⁾ Dies sei aber Folge des unionsrechtlichen Gebots, wirksame vergleichende Werbung zu erlauben. Dem Gericht ging es hier ersichtlich lediglich darum, in abstrakter Weise den Unterschied zwischen dem Erfordernis räumlicher Trennung im Rahmen des Keyword Advertising und dem Fehlen dieses Erfordernisses bei der streitgegenständlichen Fallgestaltung aufzuzeigen. Für eine Neujustierung von Detailfragen des Keyword Advertising bestand kein Anlass, vielmehr wurden aus Darstellungsgründen lediglich die Grundlinien

der Rechtsprechung grob wiedergegeben. Eine Änderung der im Fleurop-Urteil aufgestellten Anforderungen zusätzlicher grafischer oder farblicher Trennung kann daraus nicht abgeleitet werden.

Festzuhalten ist damit nach dem aktuellen Stand der BGH-Rechtsprechung: Die reine Kennzeichnung mit dem Hinweis „Anzeige“ verbunden mit einer räumlichen Trennung genügt bei einer Anzeige über oder unter der Trefferliste nicht. Es bedarf einer „deutlichen Abgrenzung“, die durch zusätzliche grafische oder farbliche Mittel erfolgt. Nicht jede farbliche Unterlegung ist dabei zwingend hinreichend deutlich. Auch dies ist vom Gericht zu prüfen.¹⁴⁾

2. Wettbewerbsrecht

In der Rechtsprechung des BGH zum Keyword-Advertising steht das Markenrecht klar im Vordergrund. Auf lauterkeitsrechtliche Erwägungen wurde zunächst, wenn überhaupt, nur ergänzend eingegangen.¹⁵⁾ Seit „Staubsaugerbeutel im Internet“ rückt das Wettbewerbsrecht weiter in den Hintergrund. Das Urteil wird teilweise so verstanden, dass der BGH damit die Tatbestandsmäßigkeit einer vergleichenden Werbung in Fallgestaltungen des Keyword Advertising „wohl“ ablehne¹⁶⁾ – auch wenn dies nicht selbst Gegenstand der Entscheidung war. Das wäre mit der Rechtsprechung des EuGH zu vergleichender Werbung jedoch kaum zu vereinbaren.¹⁷⁾ Sofern man daher mit guten Gründen zu einer anderen Bewertung kommt und tatbestandlich eine vergleichende Werbung annimmt, kommt im Rahmen einer lauterkeitsrechtlichen Prüfung der Frage der Verwechslungsgefahr gem. § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG grundlegende Bedeutung zu.¹⁸⁾ Hierfür sind die Ausführungen zur Beeinträchtigung der herkunftsweisenden Funktion der Marke entsprechend heranzuziehen, sodass sich keine abweichenden Ergebnisse zum Markenrecht feststellen lassen.¹⁹⁾ Die Problematik der deutlichen Abgrenzung von Anzeigen und Suchergebnissen stellt sich folglich gleichermaßen im Wettbewerbsrecht.

II. Entwicklung der Anzeigendarstellung

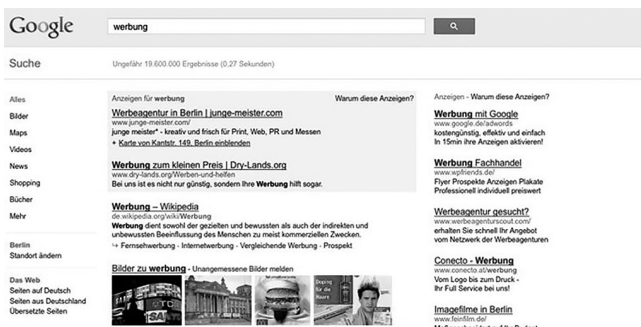
Der Einfachheit halber beschränkt sich der folgende Überblick auf die klassische Textanzeigen-Form in der Desktop-Ansicht beim Marktführer Google. **11**

Der Fleurop-Entscheidung lag eine Anzeige aus dem Jahr 2011 zugrunde. In diesem Zeitraum waren Anzeigen über der Trefferliste noch mit einem entweder blass-rosafarbenen oder blass-orangen Kasten unterlegt, der mit „Anzeigen“ oder „Anzeigen für [Suchbegriff]“ überschrieben war. Unter der blauen Titelzeile (die insofern der eines regulären Suchergebnisses gleicht) war der Ziel-Link in Grün gehalten (genauso wie die Ziel-Links regulärer Suchergebnisse). **12**

8) BGH, 13.01.2011 – I ZR 46/08, MMR 2011, 608, Rn. 27 – Impuls (zugrundeliegende Anzeige in Juris einsehbar); BGH, 13.01.2011 – I ZR 125/07, WRP 2011, 1160, 1163 – Bananabay II; BGH, 13.12.2012 – I ZR 217/10, WRP 2013, 505, 508, Rn. 27 – MOST-Pralinen (zugrundeliegende Anzeige in der Entscheidung abgebildet).
9) BGH, 13.01.2011 – I ZR 46/08, MMR 2011, 608, Rn. 25 f. – Impuls; BGH, 13.01.2011 – I ZR 125/07, WRP 2011, 1160, 1163 – Bananabay II; auch *Mielke*, in: BeckOK MarkenR, 29. Ed. 2022 § 14 MarkenG Rn. 221.
10) BGH, 13.01.2011 – I ZR 46/08, MMR 2011, 608, Rn. 27 – Impuls; BGH, 13.01.2011 – I ZR 125/07, WRP 2011, 1160, 1163 – Bananabay II; BGH, 13.12.2012 – I ZR 217/10, WRP 2013, 505, 508, Rn. 26 – MOST-Pralinen.
11) BGH, 27.06.2013 – I ZR 53/12, WRP 2014, 167, 171, Rn. 36 – Fleurop; vgl. zudem auch BGH, 13.01.2011 – I ZR 46/08, MMR 2011, 608, Rn. 27 – Impuls.
12) BGH, 02.04.2015 – I ZR 167/13, WRP 2015, 1336, 1339 f., Rn. 34 – Staubsaugerbeutel im Internet.
13) BGH, 02.04.2015 – I ZR 167/13, WRP 2015, 1336, 1339 f., Rn. 34 – Staubsaugerbeutel im Internet.

14) BGH, 27.06.2013 – I ZR 53/12, WRP 2014, 167, 171, Rn. 37 – Fleurop.
15) Grundlegend BGH, 22.01.2009 – I ZR 30/07, WRP 2009, 435, 438 – Beta Layout und BGH, 13.01.2011 – I ZR 125/07, WRP 2011, 1160, 1164 – Bananabay II; *Glöckner/Kur*, GRUR-Beilage 2014, 29, 44 f.
16) *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitzka*, UWG, 7. Aufl. 2016, § 6 Rn. 37; *Menke*, in: *MüKo-UWG*, 3. Aufl. 2020, § 6 Rn. 107.
17) *Menke*, in: *MüKo-UWG* (Fn. 16), § 6 Rn. 107 ff.; *Knaak*, GRUR Int. 2014, 209, 212; *Altmann*, GRUR-Prax 2015, 199, 201; vgl. zudem die Ausführungen zur mittelbaren Bezugnahme auf einen Mitbewerber ohne Notwendigkeit eines konkreten Vergleichs in EuGH, 25.10.2001 – C-112/99, WRP 2001, 1432, 1435, Rn. 29 ff. – Toshiba sowie zu Meta-Tags und Domainnamen in EuGH, 11.07.2013 – C-657/11, WRP 2013, 1161, 1164 f., Rn. 48 ff., 56 f. – *Belgian Electronic Sorting Technology/Bert Peelears* u. a.; zudem *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Fedderson* (Hrsg.), UWG, 40. Aufl. 2022, § 6 Rn. 86.
18) *Micklitz/Namystowska*, in: *Spindler/Schuster* (Hrsg.), *Recht der elektronischen Medien*, 4. Aufl. 2019, Teil 13, § 6 UWG Rn. 83 ff.; *Knaak*, GRUR Int. 2014, 209, 212; laut *Menke*, in: *MüKo-UWG* (Fn. 16), § 6 Rn. 108 unproblematisch für einen „Werbeblock außerhalb der Trefferliste“.
19) *Knaak*, GRUR Int. 2014, 209, 212; *Glöckner/Kur*, GRUR-Beilage 2014, 29, 45 f.; *Micklitz/Namystowska*, in: *Spindler/Schuster* (Fn. 18), Teil 13, § 6 UWG Rn. 87; *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitzka* (Fn. 16), § 6 Rn. 37; *Altmann*, GRUR-Prax 2015, 199, 201.

Kühl/Ott, Keyword-Advertising: Schafft Google neue Gefahren für Werbende?



Quelle: <https://taz.de/Werbung-in-der-Google-Suche/!5095495/>

- 13 Die farbige Unterlegung des gesamten Anzeigenblocks verschwand 2013.²⁰⁾ Nunmehr war jede Anzeige einzeln mit einem gelb hinterlegten „Anzeige“-Hinweis auf Höhe des grünen Ziel-Links versehen.

Small Business Saturday - 2 More Weeks - americanexpress.com

Ad www.americanexpress.com/shopsmall
See What Other Business Owners Have Done For SBS.
Promote Your Business - Rally Your Community - About SBS - Sign Up For Emails

Quelle: <https://ads-up.fr/blog/nouveau-design-google-resultat-recherche/>

- 14 Von 2016 an war der „Anzeige“-Hinweis nicht mehr gelb, sondern im Grün des Ziel-Links hinterlegt.

Deichmann Damenschuhe 2017 - Für jeden Anlass und Geschmack
Anzeige www.deichmann.com/Onlineshop/Damenschuhe
4.8 ★★★★★ Bewertung für deichmann.com
Jetzt die aktuellen Schuh-Trends 2017 schnell und versandkostenfrei bestellen!
Rückgabe in der Filiale · Kostenloser Versand · Gratis Service-Hotline · SALE - Die neuesten Trends

Stiefeletten Trends	Damen Sneaker
Angesagte Party Styles	Damenschuhe in Übergröße

Quelle: <https://sea-panda.de/anpassung-des-adwords-anzeigenlabels/>

- 15 Ein Jahr später wurde der „Anzeige“-Hinweis nicht mehr farblich hinterlegt, sondern lediglich umrahmt. Schrift und Rahmen des Hinweises waren nun ebenfalls im Grün des Ziel-Links gehalten.

AdWords Optimieren - Wir optimieren Ihren Account - smarketer.de
Anzeige ip.smarketer.de/AdWords/Optimieren
Lassen Sie Ihr AdWords von Profis optimieren. Unverbindliche Analyse anfordern.
Dienstleistungen: Search, Display, Shopping, Remarketing, Mobile-Marketing, App-Marketing, Youtub...
Smarketer gewinnt Google Grand Slam – marketing-boerse.de
Shopping Optimierung · Optimierung Appmarketing · Mobilemarketing · Optimierung Suchanzeigen

Quelle: <https://sea-panda.de/anpassung-des-adwords-anzeigenlabels/>

- 16 2019 erfolgte dann der Wechsel auf die bis heute fortbestehende Gestaltung: Der Ziel-Link wanderte über die Titelzeile und ist nun nur noch in Schwarz gehalten. Einziges Unterscheidungsmerkmal zur Trefferliste ist das Wort Anzeige in schwarzer Fett-Schrift vor dem Ziel-Link.

Anzeige · <https://www.goflink.com/>

Flink: Geliefert in Minuten - Dein Einkauf in Minuten

Über 2000 Produkte zu Supermarkt-Preisen direkt zu Dir nach Hause. **Flink's** Dir jetzt! Mit unserem Rabatt für Neukunden*innen sparst Du 10€ bei Deiner ersten Bestellung. Für Neukunden. 10€ mit Code: DE10OFF.
Obst & Gemüse · Frisch & Fertig · Backwaren · Alkoholfreie Getränke

Quelle: Screenshot google.de

- 17 Darüber hinaus wurde im Jahr 2021 ein alternativer „dark mode“ eingeführt, welcher den Hintergrund der gesamten Google-Website in schwarz darstellt. Der „Anzeige“-Hinweis erscheint in grau.

20) Umfassende Chronologie zu den Änderungen der Anzeigengestaltung auch unter <https://searchengineland.com/search-ad-labeling-history-google-bing-254332>; <https://ads-up.fr/blog/nouveau-design-google-resultat-recherche/>.

Anzeige · <https://www.gls.de/>

Umweltfreundlich - GLS Bank - Deine umweltfreundliche Bank

Eröffne jetzt ein Konto bei der **Umweltfreundlichen** GLS mit unserem Online-Wechselservice.

Quelle: Screenshot google.de

III. Bewertung, Sonderkonstellationen und aktuelle Rechtsprechung

1. Bewertung

Eine restriktive Handhabung der Anzeigendarstellung erscheint zwingend, wenn man das Ziel des BGH ernst nimmt, wonach ein Nutzer „ohne Weiteres“ erkennen können soll, dass es sich um Werbeanzeigen handelt.²¹⁾ Eine Untersuchung des Suchmaschinenmarketing-Spezialisten SEO Book ergab bereits 2012, dass Nutzer erhebliche Schwierigkeiten haben, Anzeigen von Suchergebnissen zu unterscheiden. 45% der Nutzer gaben an, auf einer Ergebnisseite keine Anzeige wahrgenommen zu haben, obwohl die Seite Anzeigen über der Trefferliste enthielt.²²⁾ In einer repräsentativen Studie aus 2013 bezogen auf deutsche Nutzer konnten zwar ca. 60% grundsätzlich zwischen Anzeigen und Suchergebnissen unterscheiden, allerdings schafften es nur 1,3% (!) der Nutzer, sämtliche Anzeigen fehlerfrei zu erkennen.²³⁾ Dies wohl gemerkt zu einem Zeitpunkt, zu dem Anzeigen noch in farbig hinterlegten Blöcken erschienen. Für neuere Formen der Anzeigengestaltung kam etwa eine Studie der britischen Medienaufsichtsbehörde 2016 zu dem Ergebnis, dass über 50% der erwachsenen Internetnutzer Anzeigen und Suchergebnisse nicht unterscheiden können.²⁴⁾ Weitere Untersuchungen kommen zu ähnlichen oder noch schlechteren Ergebnissen.²⁵⁾

Vor diesem Hintergrund wirkt es konsequent, dass etwa der französische Kassationshof schon 2010 entgegen der deutschen Rechtsprechung einen deutlich strengeren Maßstab anlegte: Er entschied, dass die Anordnung der Anzeigen in einem separaten Bereich unter der Überschrift „Anzeigen“ oberhalb oder rechts der Trefferliste nicht geeignet sei, jede Verwechslungsgefahr auszuschließen und stellte daher zusätzliche Anforderungen auf.²⁶⁾

Wenn der BGH nun 2014 immerhin anmerkte, es sei zu prüfen, ob die – im damaligen Fall – rosafarbene Unterlegung der Anzeige so deutlich sei, dass ein durchschnittlich aufmerksamer und verständiger Internetnutzer ohne Weiteres den Werbecharakter erkenne, gab dieser Umstand bereits in den vergangenen Jahren Anlass, ernsthaft daran zu zweifeln, ob die farbliche Unterlegung lediglich des kleinen „Anzeige“-Hinweises genügen kann, um den Werbecharakter klar erkennbar zu gestalten.²⁷⁾ Angesichts des Wegfalls jedes farblichen Unterscheidungselements wird die Unterscheidbarkeit nun noch erheblich stärker

21) BGH, 27.06.2013 – I ZR 53/12, WRP 2014, 167, 171, Rn. 36 – Fleurop.

22) <http://www.seobook.com/consumer-ad-awareness-search-results>.

23) Lewandowski/Sinkler/Hanisch, Information – Wissenschaft & Praxis 2019, 70 (1), 3, 8, abrufbar unter https://searchstudies.org/wp-content/uploads/2021/06/2019_Anzeigenkennzeichnung_IWP-2.pdf.

24) Ofcom, Adults' media use and attitudes – Report 2016, S. 150 f., abrufbar unter https://www.ofcom.org.uk/_data/assets/pdf_file/0026/80828/2016-adults-media-use-and-attitudes.pdf.

25) <https://www.sueddeutsche.de/digital/medienkompetenz-online-werbung-verwirrt-kinder-und-jugendliche-1.2750348>; <https://varn.co.uk/02/05/varn-original-research-only-40-of-people-know-which-links-on-google-are-paid-adverts/>.

26) Cour de cassation, Chambre commerciale, 13.07.2010, n° 06-15.136, deutsche Übersetzung in GRUR Int 2011, 625.

27) Zweifeld auch Schröter, Anm. zu BGH, 27.06.2013 – I ZR 53/12, MMR 2014, 123, 126 f.; Mielke, in: BeckOK MarkenR (Fn. 9), § 14 MarkenG Rn. 223.2. Im Übrigen aber regelmäßig nicht weiter problematisiert, vgl. nur Lotze/Heinson, in: Hasselblatt (Hrsg.), MAH Gewerblicher Rechtsschutz, 5. Aufl. 2017, § 30 Rn. 64; Müller, in: Spindler/Schuster (Fn. 18), Teil 6, § 14 MarkenG Rn. 152; Jung-Weiser, in: Fezer/Bücher/Obergfell (Hrsg.), 3. Aufl. 2016, Bd. 1, 2. Teil, Domainrecht Rn. 215.

Kühl/Ott, Keyword-Advertising: Schafft Google neue Gefahren für Werbende?

beeinträchtigt. Als grafisches Unterscheidungsmerkmal lässt sich noch die Fett-Schrift des „Anzeige“-Hinweises heranziehen. Indes müsste dieses Merkmal auch deutlich sein. Dies kann nicht angenommen werden, wie folgendes Beispiel zeigt:

Anzeige · <https://www.sea-experten.de/> ▾

Google Ads/AdWords Optimierung - Von Google Ads Experten

Keine Vertragsbindung oder Mindestlaufzeiten · Professionelle und kurzfristige Umsetzung.

12 Jahre Ads Erfahrung · Google Ads Dienstleistung · Keine Knebelverträge!

<https://www.klickwert.de> ▾ Blog ▾

Google Ads Optimierung - 10 Tipps, die sofort Wirkung zeigen

12.11.2020 — Wir haben die erfolgreichsten zusammengefasst und zeigen, wie man AdWords-Kampagnen optimiert. Denn richtig optimiert ist ...

Die Grundvoraussetzungen... · Die Redaktion... · Die Keywords: Einfluss auf die...

<https://keyperformance.de> ▾ google-ads-optimierung ▾

Google Ads Optimierung 2022 - keyperformance.de

09.01.2022 — Wir zeigen Ihnen wie Sie Ihr Google Ads Konto richtig optimieren und ...

ganzheitlichen Blick auf alle Aspekte eines AdWords-Kontos geben, ...

★★★★ Bewertung: 4,8 · 20 Rezensionen

Quelle: Screenshot google.de

21 Das grafische Unterscheidungsmerkmal ist auf ein absolutes Minimum reduziert. Die Unterscheidungskraft der Fettschrift des „Anzeige“-Hinweises wird weiter dadurch relativiert, dass auch an anderer Stelle in den Suchergebnissen Begriffe in Fettschrift erscheinen und die Aufmerksamkeit des Betrachters darüber hinaus auch auf andere Blickfänge, hier etwa die gelb erscheinende Sterne-Bewertung, gelenkt wird. Die Anzeige ist nur bei genauem Hinsehen – und damit nicht „ohne Weiteres“ – zu erkennen.

22 Im Übrigen wirft dieses Beispiel die Frage der räumlichen Trennung auf. Auf Grundlage der BGH-Rechtsprechung bleibt offen, ob eine solche bereits durch den simplen Umstand anzunehmen ist, dass ein Ergebnis nicht innerhalb der Trefferliste erscheint. Ohne dies ausdrücklich festzuhalten, scheinen die Instanzgerichte dies ausreichen zu lassen, andere räumliche Trennungselemente sind in den veröffentlichten Entscheidungen jedenfalls nicht zu erkennen.²⁸⁾ Nimmt man den Begriff der Trennung jedoch ernst, wird es jedenfalls nicht genügen, dass Anzeigen zwar nicht in, aber unmittelbar über der Trefferliste abgebildet werden, solange sie gleichzeitig einen fließenden Übergang zur Trefferliste bilden. Anzeigen und Trefferliste stellen in diesem Fall vielmehr eine Einheit dar. Eine räumliche Trennung wird man nur annehmen können, wenn tatsächlich ein Freiraum zwischen Anzeigen und Trefferliste besteht, der so deutlich erkennbar ist, dass er nicht mit dem einfachen Abstand zwischen zwei Suchergebnissen der Trefferliste verwechselt werden kann. Das vorliegende Beispiel bietet keinerlei Anhaltspunkte, um eine räumliche Trennung zu bejahen. Die Gestaltung entspricht in räumlicher Hinsicht exakt derjenigen der Suchergebnisse. Ein Freiraum zwischen Anzeige und Suchergebnissen ist nicht vorhanden.

23 Letztlich ist daher festzuhalten: Nicht jedes Gestaltungsmittel führt automatisch zu einer Unterscheidbarkeit. Bereits für Anzeigen aus dem Jahr 2013 wäre eine Diskussion angebracht gewesen, die im Laufe der Jahre mit immer größerer Wahrscheinlichkeit zu Ungunsten des Werbenden hätte ausfallen müssen. Jedenfalls aber seit dem Redesign in 2019 lassen Google-Anzeigen hinreichend starke Unterscheidungsmerkmale vermischen.

2. Sonderkonstellationen: Dark mode und Fremdsprachen

Ein weiterer erschwerender Umstand liegt im 2021 eingeführten dark mode vor: Durch die Farbgebung schwarz/grau wird der Kontrast gegenüber der Farbgebung weiß/schwarz erheblich reduziert. In diesem Modus ist damit die Erkennbarkeit der Anzeige „ohne Weiteres“ noch weniger gewährleistet als im klassisch hellen Modus.

Auch ein anderer, bislang unbeachteter Umstand stellt die Deutlichkeit der Anzeigenkennzeichnung verstärkt in Frage: Nicht alle Internetnutzer in Deutschland bekommen die deutschsprachige Version von Google zu sehen. Neben dem Standort kann dies etwa auch von den Browser- oder Google-Nutzereinstellungen abhängen und zur Anzeige einer ausländischen Googleversion führen. Dies hat jedoch etwa in der englischsprachigen Version zur Folge, dass statt dem Hinweis „Anzeige“ lediglich „Ad“ erscheint. Der auf zwei Buchstaben verkürzte Hinweis ist besonders leicht zu übersehen und sollte dementsprechend die Anforderungen an räumliche und grafische bzw. farbliche Trennung umso strenger werden lassen.

Ad · <https://hotel.check24.de/berlin> ▾

CHECK24: Hotel Berlin buchen - Hotel Berlin zum Bestpreis

Ob Hotel für die Geschäftsreise oder den Urlaub: **Hotel Berlin** vergleichen und buchen.

Hotel Berlin: Beim Testsieger CHECK24 Top Hotelangebote weltweit vergleichen und buchen.

Echte Gästebewertungen: 1 Mio. zufriedene Kunden. Über 1 Mio. Unterkünfte.

★★★★ Rating for check24.de: 4,9 - 119.828 reviews

Quelle: Screenshot google.com

3. Aktuelle Rechtsprechung

Die jüngere Rechtsprechung der Instanzgerichte hat diese Entwicklung bislang nicht berücksichtigt. So verkennt etwa das OLG Frankfurt a. M. in zwei Entscheidungen betreffend Anzeigen in aktueller Gestaltungsweise bereits im Ausgangspunkt den Prüfungsmaßstab der BGH-Rechtsprechung, auf welche es indes ausdrücklich Bezug nimmt, indem es lediglich fordert, dass die Anzeige „in einem von der Trefferliste räumlich, farblich oder *[Hervorhebung d. Verf.]* auf andere Weise deutlich abgesetzten und mit dem Begriff ‚Anzeigen‘ gekennzeichneten Werbeblock“ erscheint.²⁹⁾ Dementsprechend nimmt es eine eindeutige Trennung des Werbeblocks allein deswegen an, weil dieser räumlich abgegrenzt und durch „Anzeige“ gekennzeichnet sei.³⁰⁾ Es sei nochmals daran erinnert, dass der BGH ausdrücklich hervorgehoben hat, dass allein diese beiden Punkte nicht ausreichen und es hierüber hinausgehender Merkmale bedarf, um eine deutliche Abgrenzung annehmen zu können.³¹⁾ Auf eine farbliche oder grafische Trennung geht das Gericht in keiner Weise ein, sodass es auch nicht dazu kommt, die hier offensichtlich bestehende Problematik zu diskutieren: Die von den Entscheidungen in Bezug genommenen Anzeigen³²⁾ ließen eine deutliche farbliche oder grafische Trennung nicht erkennen. Im Übrigen stellt sich die Frage, auf welcher Grundlage eine deutliche Trennung, insbesondere in räumlicher Hinsicht, überhaupt bewertet werden kann, wenn – wie in beiden Urteilen des OLG Frankfurt a. M. – die der Entscheidung zugrunde liegenden Bildschirmaufnahmen lediglich Anzeigen, aber keine regulären Suchergebnisse erken-

29) OLG Frankfurt a. M., 19.03.2020 – 6 U 240/19, WRP 2020, 904, 905, Rn. 19; OLG Frankfurt a. M., 10.02.2022 – 6 U 126/21, WRP 2022, 481, 483, Rn. 15.

30) OLG Frankfurt a. M., 19.03.2020 – 6 U 240/19, WRP 2020, 904, 905, Rn. 22; OLG Frankfurt a. M., 10.02.2022 – 6 U 126/21, WRP 2022, 481, 483, Rn. 17.

31) BGH, 27.06.2013 – I ZR 53/12, WRP 2014, 167, 171, Rn. 36 – Fleurop; vgl. zudem auch BGH, 13.01.2011 – I ZR 46/08, MMR 2011, 608, Rn. 27 – Impuls.

32) Abgebildet in GRUR-RR 2020, 490, Abb. 2 und 3 (= OLG Frankfurt a. M., 19.03.2020 – 6 U 240/19, WRP 2020, 904) und OLG Frankfurt a. M., 10.02.2022 – 6 U 126/21, WRP 2022, 481, 482.

28) Vgl. etwa OLG Frankfurt a. M., 19.03.2020 – 6 U 240/19, WRP 2020, 904, 905, Rn. 22; OLG Frankfurt a. M., 10.02.2022 – 6 U 126/21, WRP 2022, 481, 483, Rn. 17; OLG Schleswig, 22.03.2017 – 6 U 29/15, GRUR-RR 2017, 398 Rn. 23.

EuGH: „Tiketa“/M. Š.

nen lassen. Ohne einen Gesamtüberblick über die Anordnung und Gestaltung von Anzeigen und Suchergebnissen ist eine solche Beurteilung schlicht nicht möglich.

- 27 Ähnlich wie das OLG Frankfurt a. M. fordert das OLG Hamburg in einer Entscheidung aus 2016 lediglich, dass die Anzeige „in einem von der Trefferliste räumlich, farblich oder [Hervorhebung durch d. Verf.] auf andere Weise deutlich abgesetzten und mit dem Begriff ‚Anzeigen‘ gekennzeichneten Werbeblock“ erscheint³³⁾ und bringt damit – entgegen dem BGH – zum Ausdruck, dass auch lediglich eine räumliche Trennung kombiniert mit der Kennzeichnung „Anzeige“ ausreichen könnte. Aus dem Urteil geht nicht hervor, ob sich die streitgegenständliche Anzeige über der Trefferliste oder neben der Trefferliste befand. Sofern sich die Anzeige über der Trefferliste befand, liegt der Entscheidung ein offenkundiges Missverständnis zugrunde, da sie sich lediglich auf die MOST-Pralinen-Entscheidung des BGH stützt, in welcher die Anzeige rechts neben und nicht unmittelbar über den Suchergebnissen angeordnet war. Hingegen lässt das OLG Hamburg die Fleurop-Entscheidung unbeachtet.
- 28 Das OLG Schleswig scheint in einem Urteil aus 2017 zum einen in apodiktischer und vom Einzelfall gelöster Weise eine grafisch eindeutige Trennung für Adword-Anzeigen anzunehmen, stellt unmittelbar danach aber wiederum lediglich auf eine räumliche Trennung ab.³⁴⁾ Eine eindeutige Aussage kann daraus nicht entnommen werden. Auch hier lag im Übrigen eine Bildschirmaufnahme zugrunde,³⁵⁾ welche ausschließlich die Anzeige abbildete und keine Aussage darüber zulässt, ob tatsächlich eine deutliche

Trennung erfolgt. Der schwarz-weißen Aufnahme lässt sich insbesondere keinerlei grafisches Merkmal entnehmen, auf welches sich das OLG gestützt haben könnte. Ob die aus dem Jahr 2013 stammende Anzeige noch farblich hinterlegt oder schon in dem neuen 2013-Design erschien, bleibt offen.

Weitere Rechtsprechung zur Frage der Trennung des Werbeblocks von Suchergebnissen ist, gerade bezüglich der modernisierten Gestaltungsformen der Adword-Werbung, soweit ersichtlich, nicht veröffentlicht. 29

IV. Fazit

Die aktuelle Entwicklung der Anzeigengestaltung von Google seit den letzten maßgeblichen BGH-Entscheidungen vor fast zehn Jahren ist zu Unrecht in der Rechtsprechung bislang unbeachtet geblieben. Eine deutliche Trennung zwischen Anzeigen und Suchergebnissen im Sinne der Kriterien des BGH besteht in dem derzeitigen Design von Google nicht mehr. Somit ist die Grundvoraussetzung zur Sicherung der Herkunftsfunktion der Marke bzw. zur Vermeidung des Verwechslungsrisikos zwischen Wettbewerbern entfallen. Die Verwendung fremder Unternehmenskennzeichen als Keyword ist folglich bereits aus diesem Grund unzulässig. 30

33) OLG Hamburg, 13.07.2015 – 3 W 52/15, WRP 2016, 526 Rn. 5.

34) OLG Schleswig, 22.03.2017 – 6 U 29/15, GRUR-RR 2017, 398 Rn. 23.

35) Abgebildet in der Entscheidung der Vorinstanz: LG Kiel, 28.05.2015 – 15 O 21/14, BeckRS 2015, 120284.

RECHTSPRECHUNG

Zivilrecht/Wettbewerbsrecht

„Tiketa“/M. Š.

RL 2011/83/EU Art. 2 Nr. 2, Art. 6 Abs. 1 und 5, Art. 8 Abs. 1 und 7

EuGH, Urteil vom 24.02.2022 – C-536/20

ECLI:EU:C:2022:112

1. Art. 2 Nr. 2 der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates ist dahin auszulegen, dass ein „Unternehmer“ im Sinne dieser Bestimmung nicht nur eine natürliche oder juristische Person ist, die bei von dieser Richtlinie erfassten Verträgen zu Zwecken tätig wird, die ihrer eigenen gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können, sondern auch eine natürliche oder juristische Person, die als Vermittler im Namen oder Auftrag des betreffenden Unternehmers handelt, wobei der Vermittler und der Hauptunternehmer beide als „Unternehmer“ im Sinne dieser Bestimmung eingestuft werden können, ohne dass dafür eine doppelte Dienstleistung vorliegen muss.

2. Art. 6 Abs. 1 und 5 sowie Art. 8 Abs. 1 und 7 der Richtlinie 2011/83 sind dahin auszulegen, dass sie dem nicht entgegenstehen, dass die in Art. 6 Abs. 1 genannten Informationen dem Verbraucher vor Abschluss des Vertrags lediglich im Wege der allgemeinen Regeln für die Dienstleistungserbringung auf der Website des Vermittlers zur Verfügung gestellt werden, denen der Verbraucher durch das Ankreuzen des entsprechenden Kästchens aktiv zustimmt, sofern ihm diese Informationen in klarer und verständlicher Weise zur Kenntnis gebracht werden. Eine solche Art und Weise der Informationserteilung ersetzt allerdings nicht die Übermittlung der Vertragsbestätigung an den Verbraucher auf einem dauerhaften Datenträger im Sinne von Art. 8 Abs. 7 dieser Richtlinie, wobei dieser Umstand dem nicht entgegensteht, dass diese Informationen fester Bestandteil des Fernabsatzvertrags oder des außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenen Vertrags sind.

Urteil

Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 2 Nr. 2, Art. 6 Abs. 1 und 5 und Art. 8 Abs. 1 und 7 der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates 1