

Friedrich Bernreuther

Rechtsanwalt, München

Die suchmaschinenoptimierte Webseite – eine urheberrechtlich geschützte Unlauterkeit mit und ohne Markenverletzung

Zusammenhänge zwischen UWG einerseits und UrhG bzw. MarkenG andererseits

INHALT

0. Definitionen

0.1 Definition von „Suchmaschinenoptimierte Webseite“

0.2 Keyword-Advertising

0.3 Computerprogramme

1. Tatsächliche Grundlagen

1.1 Das tatsächliche Bedürfnis nach einer suchmaschinenoptimierten Webseite

1.2 Möglichkeiten der Seitenoptimierung nach Google; Konsequenzen

1.2.1 Von Google als zulässig deklarierte Maßnahmen

1.2.2 Von Google als unzulässig deklarierte Maßnahmen

1.2.3 Konsequenzen

1.3 Von Google selbst beworbene Seitenoptimierung

2. Die suchmaschinenoptimierte Webseite und das UWG

2.1 Der Standpunkt des OLG Hamm

2.2 Eigene Bewertung

2.2.1 Bewertung des Standpunkts des OLG Hamm

2.2.2 Eigene Bewertung ungeachtet des besprochenen Standpunktes

2.3 Zusammenfassung zu Ziffer 2

3. Die suchmaschinenoptimierte Webseite und das UrhG

3.1 Die Entscheidung des OLG Rostock als Ausgangspunkt

3.1.1 Der Standpunkt des OLG Rostock

3.1.2 Eigene Bewertung

3.1.3 Zusammenfassung zu Ziffer 3.1

3.2 Die Entscheidung des OLG Jena

3.2.1 Der Standpunkt des OLG Jena

3.2.2 Eigene Bewertung

3.2.3 Zusammenfassung zu Ziffer 3.2

4. Die suchmaschinenoptimierte Webseite und das MarkenG

4.1 Der Standpunkt des OLG Braunschweig

4.2 Eigene Bewertung

4.2.1 Bewertung des Standpunktes des OLG Braunschweig

4.2.2 Eigene Bewertung ungeachtet des besprochenen Standpunktes

4.3 Zusammenfassung zu Ziffer 4

5. Zusammenhänge zwischen UWG einerseits und UrhG bzw. MarkenG andererseits

5.1 Zusammenhänge zwischen dem UWG und dem UrhG

5.1.1 Der Schutz von Computerprogrammen und die urheberrechtlich geregelten Leistungsschutzrechte einerseits sowie der wettbewerbsrechtliche Nachahmungsschutz andererseits

5.1.2 Das Verhältnis des Sonderrechtsschutzes im Allgemeinen zu § 4 Nr. 9 UWG

5.1.3 Der geänderte Anwendungsbereich von § 4 Nr. 9 lit. a UWG auf Grund der RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken vom 11.05.2005

5.1.4 Zusammenfassung zu Ziffer 5.1

5.2 Zusammenhänge zwischen dem UWG und dem MarkenG

5.2.1 Zusammenhang von UWG und MarkenG auf der Grundlage eines Vergleichs der besprochenen Entscheidungen

5.2.2 Zusammenhänge zwischen Irreführungs- und Verwechslungsgefahr

5.2.3 Lauterkeitsrechtliche Voraussetzungen als Bestandteile des MarkenG

6. Zusammenfassung

Das OLG Hamm¹⁾ hat entschieden, dass diejenigen über Google angezeigten Suchlistentreffer, welche ihre vordere Rangstelle einer Optimierungsmaßnahme verdanken, wettbewerbskonform als Spam gezeichnet werden dürfen. Das OLG Rostock²⁾ urteilte, dass die Gestaltung einer Webseite, die zur ersten oder dritten Rangstelle bei mehr als 10.000 möglichen Treffern bei Google über einen Zeitraum von mehr als vier Monaten führt, Urheberrechtsschutz gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 UrhG genießt. Das OLG Jena³⁾ hält es für widersprüchlich, wenn sich der Inhaber einer suchmaschinenoptimierten Webseite gegenüber dem Suchmaschinenbetreiber auf die Verletzung seines Urheberrechts durch jenen beruft. Das OLG Braunschweig⁴⁾ sieht eine markenmäßige Benutzung, wenn die als Hilfsmittel zum Erscheinen von Adwords in der Nähe von Trefferanzeigen eingesetzten Keywords die Bekanntheit der hinter dem Treffer stehenden Marke ausnutzen. Da stellt sich die Frage, ob die Entscheidungen sich zwanglos in ihren dogmatischen Kontext oder sogar in einen durch das UWG, das UrhG und das MarkenG begründeten Zusammenhang einfügen.

0. Definitionen

0.1 Definition von „Suchmaschinenoptimierte Webseite“

Als suchmaschinenoptimierte Webseite wird hier derjenige Internetauftritt verstanden, der gezielt zur Erhöhung der Trefferplatzierung eingesetzte Bestandteile enthält. Solches bedeutet: Werden diese Bestandteile entfernt, sinkt die Trefferplatzierung auf eine niedrigere Rangstelle.

0.2 Keyword-Advertising

Adwords sind von Suchmaschinenanbietern wie Google angeboten, auf Zeit nutzbare Werbeplätze. Ihre werbliche Bedeu-

1) OLG Hamm GRUR-RR 2007, 282.

2) OLG Rostock GRUR-RR 2008, 1.

3) OLG Jena MMR 2008, 408.

tung erlangen diese Werbepplätze dadurch, dass sie in einem räumlichen Zusammenhang (auf der Bildschirmseite rechts) mit Trefferlisten (auf der Bildschirmseite links) erscheinen. Dies ist die Folge von Keywords, die, konkret verwendet im Hinblick auf das betreffende Adword, eine Befehls- und Steuerungsfunktion haben. Diese Befehls- und Steuerungsfunktion besteht darin, die Aufnahme in das oder die Beeinflussung des Programm(s) des Suchmaschinenbetreibers, welches durch die Suchworteingabe in Gang gesetzt wird, zu erreichen.⁵⁾

0.3 Computerprogramme

„Computerprogramme sind einerseits Sprachwerke, die in ihrer Zeichenfolge nach den Regeln der verwendeten Programmiersprache abgefasst sind, als solche gelesen werden können und bestimmte Informationen enthalten.“⁶⁾ Computerprogramme sind aber auch Steuerungsmittel, bestehend aus einer Abfolge von Befehlen, welche vom Prozessor des Computers verarbeitet und zur Ausführung gebracht werden. Ein Befehl kann das Ergebnis mehrerer, selbstständiger, aber auch selbstständiger und un-selbstständiger Programme, vorhanden nicht notwendig auf einem einheitlichen Rechner, sein.

1. Tatsächliche Grundlagen

1.1 Das tatsächliche Bedürfnis nach einer suchmaschinenoptimierten Webseite

Das Internet wird als zunehmend bedeutsam für die eigene Vermarktung angesehen.⁷⁾ Da das Internet ein passives Werbemedium ist⁸⁾ – anders als bei sonstigen Werbeformen hängt die Werbewirksamkeit von Angaben im Internet davon ab, dass diese Angaben vom Nutzer aufgerufen werden –, stellt es einen Vorteil dar, wenn der Nutzer einfacher und schneller zu der betreffenden Webseite als zu konkurrierenden Webseiten kommt. Hierzu können Seitenoptimierungen verhelfen.⁹⁾

1.2 Möglichkeiten der Seitenoptimierung nach Google; Konsequenzen

Welche Möglichkeiten für eine Seitenoptimierung in Betracht kommen, kann man bei Google unter der Rubrik „Richtlinien

für Webmaster“ nachlesen. Das Grundprinzip insoweit lautet: „Erstellen Sie Seiten für Nutzer und nicht für Suchmaschinen. Versuchen Sie nicht, Ihre Nutzer zu täuschen und bieten Sie Suchmaschinen keinen Content an, den Sie nicht für die Nutzer verwenden.“¹⁰⁾

1.2.1 Von Google als zulässig deklarierte Maßnahmen

Ausgehend von dem vorstehend wiedergegebenen Grundsatz sieht Google folgende Möglichkeiten der Optimierung als zulässig an:

- Andere relevante Webseiten enthalten Links zu betreffenden Webseiten; diese werden bei Google unter dem Link <http://www.google.com/addurl.html> eingereicht;
- Einreichung einer Sitemap im Rahmen des Googlewebmaster-Tools;
- Information an alle relevanten Websites, dass die betreffende Website online ist;
- Meldung der Website bei wichtigen Verzeichnisdiensten wie dem Open Directory Project und Yahoo!.

1.2.2 Von Google als unzulässig deklarierte Maßnahmen.

Zunächst: Google bietet die Möglichkeit an, bei Missachtung der Qualitätsrichtlinien von Google Verstöße dorthin zu melden.¹¹⁾ Tut man dies, erfolgt allerdings keine Reaktion.

Verboten ist

- das Anbieten von Inhalten gegenüber Suchmaschinen, die nicht auch für die Nutzer bestimmt sind („Cloaking“);
- die Teilnahme an Link-Programmen, die dazu dienen, das eigene Ranking oder den eigenen Seitenrangwert zu beeinflussen¹²⁾;
- Überfrachtung von Seiten mit irrelevanten Wörtern;
- Erstellung doppelter Seiten, Subdomains oder Domains mit dem selben Inhalt;
- „Doorway-Seiten“¹³⁾ oder andere „Cookie-Cutter-Techniken“ wie z. B. Partnerprogramme mit keinem oder nur wenig eigenen Inhalt.

1.2.3 Konsequenzen

Beim Verstoß gegen die „Qualitätsrichtlinien“ von Google droht die Aussperrung aus dem Index. Die Wiederaufnahme kann beantragt werden. Eingedenk der Tatsache, dass nach Schätzung von Fachleuten etwa 1/3 aller Internetseiten gegen die „Richtlinien“ von Google verstößt, dürfte jede Aussperrung § 15 GWB (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung) und § 20

4) OLG Braunschweig WRP 2007, 435 = GRUR-RR 2007,71; bestätigend in MarkenR 2007, 449; die Revision ist beim BGH anhängig unter I ZR 125/07; zu weiteren Rechtsprechungsnachweisen s. u. Fn. 45.

5) Ähnlich die Definition von Schultz/Störing, WRP 2008, 741, 742. Zur allgemeinen rechtlichen Einordnung des Keyword-Advertising gilt: Der BGH hat in Entsprechung zu Meta-Tags (WRP 2006, 1513 = GRUR 2007,65 – Impuls) im Hinblick auf die ohne Hinzutreten zusätzlicher Maßnahmen für das Auge nicht lesbare Schrift beim zusätzlichen Vorhandensein von Marken eine markenmäßige Benutzung bejaht, BGH WRP 2007, 1095 = GRUR 2007, 784 – AIDOL. Im Rahmen des gegenständlichen Beitrags geht es aber nicht um den Einsatz von Keywords als solchen, sondern um deren Steuerungsfunktion im Hinblick auf Adwords.

6) Haberstumpf, in: Erdmann/Rojahn/Sosnitza, Handbuch des Fachwalts Gewerblicher Rechtsschutz, 1. Auflage 2008, Kap. 7, Rn. 69.

7) „Die Online-Bruttowerbeaufwendungen summieren sich 2007 in Deutschland auf 1,1 Milliarden Euro“, www.heise.de/newsticker/meldung/101779 (15.01.2008). „Werbung funktioniert online besser als im Fernsehen“, www.heise.de/newsticker/meldung/101080 (07.12.2007).

8) BVerfG WRP 2003, 1099 = NJW 2003, 2818 – Klinikwerbung im Internet; BGH WRP 2004, 221 = GRUR 2004, 164 – Arztwerbung im Internet, vgl. hierzu auch www.arztwerbung-bernreuther.de, Fassung D Rn. 2.4.

9) Süddeutsche Zeitung vom 05./06.04.2008: „Nur die ersten zehn Treffer“.

10) <http://www.google.com/support/webmasters/bin/answer.py?answer=35769>.

11) <http://www.google.com/contact/spamreport.html>.

12) „Google geht jetzt gegen Link-Handel vor“, www.heise.de/newsticker/meldung/98042 (26.10.2007).

13) Doorway Pages sind Webseiten, die nicht für Besucher, sondern für Suchmaschinen gedacht sind, weil sie in dem für das Auge nicht sichtbaren Bereich bestimmte Schlüsselwörter sinnlos wiederholen oder durch Fettschrift oder Größe hervorheben, vgl. www.linksandlaw.de/suchmaschinen-leitfaden-zur-manipulation-von-suchergebnissen-doorway-pages1.htm

GWB (Diskriminierungsverbot; Verbot unbilliger Behinderung) verletzen.¹⁴⁾

1.3 Von Google selbst beworbene Seitenoptimierung

Google erwirtschaftet Umsatz und Gewinn vor allem durch den Verkauf von Adwords. Der Anzeigenkunde zahlt an Google umso mehr, je häufiger sein eingeblendeter Werbelink angeklickt wird.¹⁵⁾ So gesehen liegt es auf der Hand, dass Google ein wirtschaftliches Interesse daran hat, dass die Adwords möglichst häufig angeklickt, aktiviert werden. Daher ist es zusätzlich nur folgerichtig, dass Google dazu anleitet, wie der Werbende das Erscheinen seiner Adwords verbessern, also optimieren kann. Solches geschieht unter der Rubrik „Keywords und CPC bearbeiten“. Dort heißt es: „Möchten Sie eine bessere Klickrate? Verwenden Sie Keyword-Optionen für eine effizientere Ausrichtung Ihrer Anzeige auf Ihre Zielgruppe.“

Weitere Informationen

Keyword = weitgehend passende Keywords
 „Keyword“ = genaue Wortgruppe abgleichen
 [Keyword] = nur genau passender Begriff
 – Keyword = diesen Begriff nicht abgleichen“

Die Standardoption ist die erstgenannte. Diese Option kann beispielsweise dazu führen, dass bei gezielter Eingabe von 40 Keywords durch den Seiteninhaber sodann Google zusätzlich 300 Keywords unterlegt. Man sieht: wer nicht zu den sehr geübten Nutzern des Internets zählt, kann leicht Adressat von auf Verletzungen des Markenrechts gestützten Verbotsverfügungen werden.

2. Die suchmaschinenoptimierte Webseite und das UWG

2.1 Der Standpunkt des OLG Hamm¹⁶⁾

Was den der Entscheidung des OLG Hamm zugrunde liegenden Sachverhalt anbelangt, so erfolgt die Kennzeichnung von Internetseiten als „Spam“ auf Grund der vom Kläger vertriebenen Filtersoftware für Google-Recherchen, wenn eine Mindestzahl von in der Regel fünf Nutzern diese Seite als Spam bewertet hatte und eine weitere Prüfung durch den Kläger Hinweise darauf ergibt, dass z. B. der Quelltext der Seite speziell zur Optimierung des Suchmaschinenrankings „optimiert“ wurde. Im konkreten Fall hatte der Beklagte die „Cloaking-Technik“, die „Dorway-Technik“ und Keywordlisten, vom OLG Hamm als Manipulation und als Verstoß gegen die Richtlinien von Google bewertet, benutzt.

In rechtlicher Hinsicht gilt, dass sich zur Lauterkeit oder Unlauterkeit von optimierten Seiten das OLG Hamm nicht ausdrücklich äußert. Dies folgt aus dem Streitgegenstand, nämlich der Feststellungsklage des Klägers, dieser sei nicht verpflichtet, es zu unterlassen, eigene Filtersoftware zu vertreiben, deren Einsatz zur Kennzeichnung von optimierten Seiten als Spam führt.

Die vorhandenen Entscheidungsgründe befassen sich u. a. mit der Einordnung von Spam im konkreten Fall als Tatsachenbehauptung und der Feststellung, wonach die Optimierung des Beklagten bei den Suchlistentreffern gegen das Google-Regelwerk verstößt. Diesbezüglich seien Maßstab für die Begriffsdefinition und für die Beurteilung als Spam die Regeln des Suchmaschinenanbieters. Auf die Wikipedia-Definition, wonach Suchmaschinen-Spaming oder Index-Spaming vorliegt, wenn der Rangzuweisung auf den vorderen Plätzen keine für den Server relevanten oder den Suchbegriff entsprechenden Informationen enthalten sind, komme es nicht maßgebend an (dieser Gesichtspunkt wurde demgegenüber als maßgebend im Rahmen des – redaktionell – erstellten Leitsatzes angesehen, ohne dass klar ist, ob ein entsprechender Sachverhalt vorlag).

2.2 Eigene Bewertung

2.2.1 Bewertung des Standpunkts des OLG Hamm

Unklar ist, ob die Optimierungsmaßnahme dazu führte, dass die Trefferanzeige nach Suchworteingabe zu einem Ergebnis bei Google führte, das relevante Angaben für den Server enthält. Problematisch ist die Einordnung der Feststellung „Spam“ als Tatsachenangabe. Problematisch ist ferner die Behauptung, die Regeln des Suchmaschinenanbieters seien für Definitionen maßgebend.

2.2.2 Eigene Bewertung ungeachtet des besprochenen Standpunktes

Ob eine Optimierung der eigenen Website wettbewerbswidrig ist, hängt vor allem davon ab, ob irreführende Geschäftspraktiken aufgrund Anhangs I, aufgrund der Art. 8 und 9 oder aufgrund von Art. 5 der RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken¹⁷⁾ (im Folgenden: UGP-RL) beim Handeln gegenüber Verbraucher vorliegen bzw., ob das Irreführungsverbot gem. den §§ 3,5 UWG beim Handeln gegenüber Gewerbetreibenden verletzt ist. Verlässt man die Ebene der Irreführung, kommt zusätzlich das Verbot der gezielten Behinderung von Mitbewerbern gem. den §§ 3, 4 Nr. 10 UWG als Prüfungsmaßstab in Betracht.

2.2.2.1 Irreführung

Solange und soweit die UGP-RL nicht oder nicht ausreichend umgesetzt ist, bestimmen sich die Voraussetzungen der „irreführenden Geschäftspraktiken“ nach der UGP-RL. Die Voraussetzungen der „irreführenden Werbung“ gegenüber Gewerbetreibenden (zur Definition insoweit: Art. 2 lit b UGP-RL) werden demgegenüber durch § 5 UWG geregelt. Die zuletzt getroffene Aussage (bei der Bestimmung der irreführenden Werbung gegenüber Gewerbetreibenden ist das UWG maßgeblich) widerspricht deshalb nicht Art. 1 der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung¹⁸⁾ (Art. 1: „Zweck dieser Richtlinie ist der

14) Ott, MMR 2006, 195; Ott, WRP 2008, 393, 407 IV 2 b.

15) „Google verstärkt Engagement gegen Klickbetrug“, www.heise.de/newsticker/meldung/94554 (19.08.2007); Ott, WRP 2008, 393,403.

16) OLG Hamm GRUR-RR 2007, 282.

17) Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im Binnenmarkt, ABl. L 149 vom 11.6.2005.

18) Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung, ABl. L 250 vom 18.09.1984, geändert durch die Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates ABl. L 290 vom 23.10.1997.

Schutz von Gewerbetreibenden vor irreführender Werbung“) und damit der Geltungsvorrang von Art. 3 dieser Richtlinie (Art. 3: „Beurteilung irreführender Werbung“), weil gem. Art. 7 Abs. 1 „die Mitgliedstaaten nicht daran (gehindert sind), Bestimmungen aufrecht zu erhalten oder zu erlassen, die bei irreführender Werbung einen hinreichenden Schutz der Gewerbetreibenden und Mitbewerber vorsehen“.

Die Folge von Art. 7 der Richtlinie über irreführende Werbung ist, dass die gemeinschaftsrechtliche Bedeutung dieses Regelungsinstruments in erster Linie auf die Frage bezogen ist, ob der „weiterreichende Schutz“ gem. Art. 7 gegen Art. 28 EG (vormals: Art. 30 EGV) verstieß¹⁹⁾.

Das Gegenteil, nämlich eine überragende Bedeutung, trifft auf die UGP-RL wegen ihrer Aufgabe der Vollharmonisierung zu.

2.2.2.1.1 Irreführende Geschäftspraktiken nach der UGP-RL

(1) Sachlicher Anwendungsbereich der URP-RL

Was den sachlichen Anwendungsbereich der UGP-RL angeht, so regelt diese im Rahmen ihres Anwendungsbereichs, also im Hinblick auf die Mehrzahl der Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern, die Voraussetzungen insoweit abschließend, die UGP-RL bewirkt eine vollständige Harmonisierung²⁰⁾. Was den zeitlichen Anwendungsbereich oder besser, den Anwendungsbeginn der UGP-RL angeht, so ist wegen Art. 3 Abs. 5 S. 1 maßgeblicher Stichtag der 12. Juni 2007. Was die methodische Möglichkeit der Geltungserlangung der UGP-RL als nationales Recht schließlich betrifft, so erfolgt diese mittels richtlinienkonformer Auslegung von § 3 UWG, wie dies bereits hinsichtlich der Richtlinie 97/55/EG über vergleichende Werbung²¹⁾ unter Anwendung von § 1 UWG af geschehen war²²⁾.

(2) Die Anwendungsvoraussetzungen der UGP-RL im Einzelnen

(2.1) Anhang I. der UGP-RL

Als erstes sind die im Anhang I der UGP-RL aufgelisteten unlauteren Geschäftspraktiken, die unter allen Umständen als unlauter gelten, zu prüfen. Maßgeblich ist hier Nr. 18. Nach Nr. 18 gilt unter allen Umständen als unlauter die „Erteilung sachlich falscher Informationen über die Marktbedingungen (mit dem Ziel, eine für den Verbraucher ungünstige Entscheidung herbeizuführen)“. Diesbezüglich dürften vor allem Angaben über Umsatz, Größe des Angebots, Ladenfläche, Anzahl der beratenden Personen, Preiswürdigkeit im Allgemeinen, den guten Ruf, Marktkenntnis etc. in Betracht kommen. Ausgehend von diesen Merkmalen wird man das Bewirken einer durch Optimierung bedingten vorderen Rangstelle kaum per se als „Information über Marktbedingungen“ auffassen können. Denn eine vordere Rangstelle sagt noch nichts über die erwähnten Kriterien aus.

19) EuGH WRP 1993, 233 – Nissan; EuGH WRP 1995, 677 = GRUR Int 1995, 804 – Mars.

20) Art. 1 UGP-RL: „Zweck der Richtlinie ist ein reibungsloses Funktionieren des Binnenmarktes und ein hohes Verbraucherschutzniveau“. Voraussetzung hierfür ist die „Angleichung der (Regelungen) über unlautere Geschäftspraktiken“. Ferner z.B. Erwägungsgrund (5). In der Literatur beispielsweise Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Auflage 2008, Einleitung Rn. 3.56 und 3.63.

21) ABl. L 290 vom 23.10.1997.

22) BGH WRP 1998, 718 = GRUR 1998, 824 – Testpreisangebot.

Ob sich eine andere Beurteilung dadurch ergibt, dass die den Suchbegriff ausmachenden Bestandteile zugleich solche Merkmale sind, welche die soeben konkretisierten Marktbedingungen wiederholen, hängt wohl davon ab, ob der Nutzer aufgrund des maßgeblichen Gesamteindrucks darauf vertrauen durfte, dass gerade diese Wörter als Bestandteil der Suchworteingabe zu der vorderen Rangstelle führten. Marktbedingungen als Bestandteil des einheitlichen Suchbegriffs wirken sich aber – wohl – bereits bei der Trefferanzeige nicht aus, so dass ein gegenläufiges Vertrauen nicht schutzwürdig ist. Nr. 18 ist mangels „Information über Marktbedingungen“ nicht einschlägig.

(2.2) Art. 6 – 9 UGP-RL

An zweiter Stelle sind die Art. 6 – 9 UGP-RL, im Rahmen der hier relevanten Irreführung mithin die Art. 6 und 7 UGP-RL zu prüfen.

(2.2.1) Art. 6 UGP-RL

Was Art. 6 UGP-RL (irreführende Handlungen) angeht, so ist die Voraussetzung einer unwahren oder zur Täuschung geeigneten wahren Angabe betreffend Eigenschaften des Gewerbetreibenden wie z.B. seine Befähigungen (Art. 6 Abs. 1 lit f UGP-RL) nicht dadurch gegeben, dass eine vordere Rangstelle durch Optimierung bewirkt wurde. Die Rangstelle sagt nichts über die Eigenschaften des Gewerbetreibenden aus.

Und gibt der Nutzer bei der Suchworteingabe Begriffe betreffend Eigenschaften des Gewerbetreibenden ein, weiß – wie vorstehend zu Nr. 18 des Anhang I. der UGP-RL dargestellt – dieser, dass die Trefferanzeige regelmäßig unabhängig von den erwähnten Eigenschaftswörtern erfolgt.

(2.2.2) Irreführende Unterlassungen

Was irreführende Unterlassungen gem. Art. 7 UGP-RL angeht, so ist erneut in gewissem Umfang fraglich, ob das Vorenthalten des Hinweis, wonach die Algorithmen der Suchmaschinenbetreiber kaum Wörter betreffend Eigenschaften des Gewerbetreibenden berücksichtigen, bereits zum möglichen Ausbleiben einer informierten Entscheidung führt. Jedenfalls dürfte das Vorenthalten der Information, wonach die vordere Rangstelle keinen oder nur einen geringen Sachzusammenhang mit dem Suchbegriff oder den umgebenden Treffern aufweist, nicht geeignet sein, zu einer geschäftlich relevanten Entscheidung gem. Art. 7 Abs. 1 UGP-RL zu führen.

(2.3) Art. 5 UGP-RL

An dritter Stelle ist die Generalklausel und damit Art. 5 UGP-RL zu prüfen. Wie soeben dargestellt, ist die – auch – in Art. 5 UGP-RL vorausgesetzte Relevanz hier höchst zweifelhaft. Beeinflusst wird nämlich das zeitliche, nicht aber das geschäftliche Verhalten des Nutzers. Das geschäftliche Verhalten des Nutzers wird in aller Regel erst nach Öffnen der betreffenden Website bedeutsam. Dann spielt aber die Frage der Optimierung keine Rolle mehr.

2.2.2.1.2 Irreführung gem. den §§ 3, 5 UWG gegenüber Gewerbetreibenden

- (1) Irreführung gem. §§ 3, 5 UWG nach dem UWG vom 03.07.2004

Irreführung gegenüber Gewerbetreibenden bestimmt sich – wie zu Ziffer 2.2.2.1 ausgeführt – im Binnenmarkt inhaltlich nach der RL 84/450/EG. Wegen der dort eingeräumten Möglichkeit strengerer Voraussetzungen (Art. 7) ist tatsächlich immer das UWG maßgebend.

In § 5 UWG wird nicht mittels gesonderter Tatbestände – wie in Art. 6 UGP-RL einerseits und in Art. 7 UGP-RL andererseits – zwischen irreführenden Handlungen und irreführenden Unterlassungen unterschieden. Zwar ist in § 5 Abs. 2 S. 2 UWG die Irreführung mittels Verschweigens einer Tatsache gesondert erwähnt. Der Hinweis auf die Relevanz (Eignung des Verschweigens zur Beeinflussung der Entscheidung) besitzt aber insofern keine gesonderte Bedeutung, weil dieses Merkmal (Relevanz) auch im Rahmen der irreführenden Handlungen von Bedeutung ist²³. Maßgebend sind somit einheitliche Maßstäbe.

§ 5 Abs. 2 UWG nennt Regelbeispiele („insbesondere“), § 5 Abs. 1 UWG enthält die Generalklausel des Irreführungsverbots („Unlauter im Sinne von § 3 handelt, wer irreführend wirbt“). Gerade aufgrund der hohen Beweglichkeit der Generalklausel zur Irreführung (§ 5 Abs. 1 UWG) wird es kaum zu unterschiedlichen Ergebnissen gegenüber den Irreführungstatbeständen der UGP-RL kommen, es sei denn, das Unternehmerleitbild²⁴ und das Verbraucherleitbild²⁵ führen zu unterschiedlichen Ergebnissen betreffend die erforderliche Aufmerksamkeit.

- (2) Irreführung gem. §§ 5, 5a UWG-E vom 21. Mai 2008

Die Frist zur Anwendung der die UGP-RL umsetzenden, nationalen Vorschriften ist gem. Art. 19 S. 3 UGP-RL am 12. Dezember 2007 verstrichen. Nachfolgend wird als die die UGP-RL umsetzende, nationale Vorschrift der Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 21. Mai 2008 zugrunde gelegt. § 5 Abs. 1 S. 2 UWG-E enthält eine abschließende Aufzählung irreführender geschäftlicher Handlungen, einschlägig ist hier § 5 Abs. 1 S. 2 Ziffer 3, wo auf die Person, Eigenschaften oder Rechte des Unternehmers abgestellt wird. Dieserhalb und wegen § 3 UWG-E (Voraussetzungen der Relevanz und der Spürbarkeit) bleibt es – auch im Hinblick auf § 5 a UWG-E (Irreführung durch Unterlassen) – bei dem bisher gefundenen Ergebnis: Das Bewirken einer vorderen Rangstelle im Rahmen einer Trefferanzeige aufgrund von Optimierungsmaßnahmen verletzt – auch künftig – nicht das Irreführungsverbot.

2.2.2.2 Gezielte Mitbewerberbehinderung gem. den §§ 3, 4 Nr. 10 UWG

„§ 4 Nr. 10 UWG bezweckt den Schutz der Mitbewerber davor, gezielt Objekt von Bekämpfungsmaßnahmen zu werden. Zwar wirkt

jede Vermarktungsmaßnahme mittelbar zugleich als Bekämpfung des Mitbewerbers. Die Bewertung dieses Tuns als zulässig ändert sich aber mit der Änderung der Zielrichtung eines Tuns, dem es in erster Linie nicht um die Herausstellung der eigenen Waren oder Leistungen, sondern um das Verhindern ... (fremder) Waren oder Dienstleistungen geht ... Objektiv ist die Kundenumwerbungsmaßnahme tatsächlich eine gezielte Mitbewerberbekämpfungsmaßnahme, wenn der Mitbewerber „seine Leistung am Markt durch eigene Anstrengung nicht mehr in angemessener Weise zur Geltung bringen kann“²⁶. Überträgt man diese Ausführungen auf optimierte Webseiten, so gilt: Die Kundengewinnungsmaßnahme ist zum einen in erster Linie als Mitbewerberbekämpfungsmaßnahme anzusehen, wenn dies der Seiteninhaber in Bezug auf einen bestimmten Mitbewerber geäußert hat. Die Kundengewinnungsmaßnahme ist zum zweiten in erster Linie als Mitbewerberbekämpfungsmaßnahme anzusehen, wenn der Seiteninhaber so viele vorausgehende Treffer erzeugt hat oder erzeugen lässt, dass der betreffende Mitbewerber „sein Leistung am Markt durch eigene Anstrengung nicht mehr in angemessener Weise zur Geltung bringen kann“. Das wird allerdings selten der Fall sein.²⁷ Mit diesen Ausführungen steht in Übereinstimmung, dass das OLG Frankfurt²⁸ in der Wahl eines mit einer Marke eines anderen Berechtigten identischen oder verwechslungsfähigen Adwords keine behindernde Rufausbeutung und keine behindernden Imagetransfer gesehen hat.

2.3 Zusammenfassung zu Ziffer 2

Die Zulässigkeit der Kennzeichnung einer suchmaschinenoptimierten Webseite als „Spam“ und damit die Verneinung einer Verletzung von § 4 Nr. 8 UWG durch das OLG Hamm bedeutet nicht, das Gericht bewerte suchmaschinenoptimierte Webseiten allgemein als wettbewerbswidrig. Den Aussagen, die Bewertung als Spam stelle eine Tatsachenäußerung dar ferner, maßgeblich für die Verwirklichung des Begriffs „Spam“ seien die Regeln von Google, möchte ich mich allerdings nicht anschließen. Rechtlich maßgebend – und vom OLG Hamm nicht zu entscheiden – im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Bewertung von suchmaschinenoptimierten Webseiten sind die Fragen der Irreführung gem. den §§ 3, 5 UWG und der gezielten Mitbewerberbehinderung gem. den §§ 3, 4 Nr. 10 UWG. Irreführung liegt nach meiner Auffassung vor, wenn die Einreichung an vorderer Stelle in einem Zusammenhang erfolgt, der die Erwartungen des verständigen Durchschnittsnutzers des Internets enttäuscht. Gezielte Mitbewerberbehinderung liegt vor, wenn die Optimierungsmaßnahme in erster Linie Mitbewerberbekämpfungsmaßnahme ist, was sich nur selten ereignen dürfte.

23) Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 5 Rn. -2.170.

24) BGH GRUR 2007, 605 = WRP 2007, 772 – Umsatzzuwachs.

25) BGH WRP 2000, 517 = GRUR 2000, 619 – Orient-Teppichmuster; BGH GRUR 2007, 251 = WRP 2007, 308 – Regenwaldprojekt II.

26) Bernreuther, in: Handbuch des Fachanwalts Gewerblicher Rechtsschutz, 1. Auflage 2008, Kapitel 6, Rn. 327 u. 328 unter Bezugnahme auf BGH WRP 2007, 951 = GRUR 2007, 800 – Außendienstmitarbeiter.

27) Ebenso Schultz/Störing, WRP 2008, 741, 742 f., unter ausführlicher Erörterung der „Rechtsprechung des BGH zum Abwerben/Abfangen von Kunden“ und zur Rufausbeutung.

28) OLG Frankfurt WRP 2008, 830.

3. Die suchmaschinenoptimierte Webseite und das UrhG

3.1 Die Entscheidung des OLG Rostock als Ausgangspunkt

3.1.1 Der Standpunkt des OLG Rostock²⁹⁾

Das OLG Rostock lässt es zunächst dahingestellt sein, ob „die Gestaltung von Webseiten Urheberrechtsschutz als Computerprogramm gem. den §§ 2 I Nr. 1, 69 a UrhG genießt“. Computerprogramme – so das OLG Rostock – werden zwar über § 69 a UrhG geschützt, dies gelte jedoch nicht für jede Software, insbesondere nicht für reine Dateien. „Computerprogramme liegen nur vor, wenn sie eine Folge von Befehlen enthalten, die zur Kontrolle bzw. Steuerung des Programmablaufs benutzt werden (m.w.N.)“. Seiten wie die HTML-Datei, die nur dazu dienen, dass die vorgegebene Bildschirmgestaltung im Internet sichtbar und kommuniziert werden kann, sind keine nach § 69 a UrhG geschützten Computerprogramme. Allgemein anerkannt ist allerdings – so das OLG Rostock weiter – „dass der Gestaltung von Webseiten unabhängig von der Digitalisierung ihres Inhalts ein Urheberrechtsschutz zukommen kann, sofern die Gestaltung die gem. § 2 II UrhG erforderliche Schöpfungshöhe erreicht (m.w.N.)“. Die Gestaltungshöhe im konkreten Fall ergibt sich aus der sprachlichen Gestaltung, die dazu führt, dass über einen Zeitraum von mehr als vier Monaten Platz 1 bzw. 3 im Rahmen von mehr als 10.000 Ergebnissen erzielt wurde. „Weil die Suchmaschinen im Internet ihre Ergebnisse auf der Grundlage der in den Quelltexten enthaltenen sog. Meta-Tags sowie dem Auftreten der Suchbegriffe im Dokumententitel oder in Überschriften sortieren, kommt der zielführenden Verwendung der Sprache bei der Suchmaschinen-Optimierung erhebliche Bedeutung zu“.

3.1.2 Eigene Bewertung

3.1.2.1 Bewertung des Standpunktes des OLG Rostock

Was den Sachverhalt der hier gegenständlichen Entscheidung anbelangt, so ist nach diesseitiger Bewertung zunächst nicht ganz klar, weshalb im Zuge des Internetauftritts nur Dateien vorhanden gewesen sein sollen, die lediglich die Aufgabe haben bzw. hatten, die betreffenden Texte sicht- und kommunizierbar zu machen. Will heißen, das Gericht trifft diese Feststellung, ohne dass nach außen hin die Prüfung sichtbar wurde, ob die Suchprogramme der Suchmaschinenbetreiber lediglich Dateien lesen oder sich auch von externen Befehlen beeinflussen lassen. Die Frage des Vorhandenseins eines Computer(-teil)-Programms wurde nicht – zumindest für den Leser nicht erkennbar – ausreichend geprüft. Was den Sachverhalt weiter anbelangt, ist zusätzlich nicht klar, welche sprachliche Bestandteile konkret als Sprachwerk i.S.d. § 2 I Nr. 1 UrhG anzusehen sind. Sind es die Meta-Tags, sind es die Begriffe (welche?) in Dokumententitel?

Was die rechtliche Bewertung des OLG Rostock betrifft, so legt jene, ergänzt durch den offenen Sachverhalt, die Vermutung nahe, dass deren Ergebnis dem gewünschten Ergebnis, nicht aber herkömmlicher Begründungsweise zu § 2 II UrhG folgt.

Weil hervorragende Treffer erzielt wurden, erreicht das vorhandene Sprachwerk (welches?) die Schöpfungshöhe gem. § 2 II UrhG.

3.1.2.2 Eigene Bewertung ungeachtet des besprochenen Standpunkts

3.1.2.2.1 Der Schutz von Optimierungsmaßnahmen, die der Verbesserung von Trefferplatzierungen zugrunde liegen, nach § 69 a UrhG

„Computerprogramme werden geschützt, wenn sie individuelle Werke in dem Sinne darstellen, dass sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind“, § 69 a III S. 1 UrhG.

Somit stellt sich die Frage, ob und ggf. in welchem Umfang Optimierungsmaßnahmen den Schutz nach § 69 a UrhG genießen. „Ebenso wie die ComputerprogrammRL enthält § 69 a keine Definition des Begriffs Computerprogramm ... Im Schrifttum wird vielfach auf § 1 (i) der Mustervorschriften der WIPO und der DIN-Norm 44300 ... zurückgegriffen ... Nach § 1 (i) der Mustervorschriften der WIPO ist ein Computerprogramm eine Folge von Befehlen, die nach Aufnahme in einen maschinenlesbaren Träger fähig sind zu bewirken, dass eine Maschine mit informationsverarbeitendem Träger eine bestimmte Funktion oder Aufgabe oder ein bestimmtes Ergebnis anzeigt, ausführt oder erzielt“³⁰⁾. Was die DIN-Norm 44300 anbelangt, so ist diese mittlerweile ersetzt durch die Norm ISO/IEC 2382. Inhaltlich geht es nach wie vor um die zur Lösung einer Aufgabe vollständigen Anweisungen.

„Die umfassende Formulierung in § 69 a I UrhG und im 7. Erwägungsgrund der RL spricht jedenfalls für eine weite Auslegung des Begriffs des Computerprogramms“³¹⁾.

Ausgehend hiervon sowie ausgehend von der unter Ziffer 0.4 ausgeführten Definition von „Computerprogramm“ können Optimierungsmaßnahmen die Voraussetzungen von § 69 a UrhG erfüllen.

3.1.2.2.1.1 Drei konkrete Bedingungen als Beispiel einer Optimierungsmaßnahme und der Werkcharakter nach dem UrhG

Weißer Schrift auf weißem Hintergrund³²⁾, Keyword-Advertising, Verlinkungen zu Seiten mit hoher Rangstelle – um einige Beispiele zu nennen – können dazu führen, dass der Einsatz der Programme von Suchmaschinenbetreiber zur einer signifikanten höheren Rangstelle der betreffenden Webseite führt, als dies ohne die erwähnten konkreten Bedingungen der Fall wäre. Die Ursache für die signifikante Rangstellenerhöhung ist die Tatsache, dass das zur Ermittlung der Rangstelle eingesetzte Computerprogramm des Suchmaschinenbetreibers weitere Befehle aufnimmt, welche im Datenbereich der gesuchten Webseite enthalten sind.

Diese Befehle, hier beispielhaft bestehend aus den am Anfang dieses Gliederungspunkts genannten Merkmalen, führen – auch – zur Lösung der gemeinsamen Aufgabe, nämlich der maßgeblichen Trefferanzeige. Maßgeblich bedeutet dabei, die-

30) Loewenheim, in: Schricker, UrheberR, 3. Auflage 2006, § 61 a, Rn. 2.

31) Loewenheim, in: Schricker, § 61 a, Rn. 2.

32) BGH WRP 2007, 1095 = GRUR 2007, 784 – AIDOL (s.o. Fn. 5).

jenigen Merkmale zur Rangstellenausweisung zu berücksichtigen, die das Suchprogramm des Suchmaschinenbetreibers akzeptieren. Maßgeblich bedeutet also, dass das selbstständige Programm des Suchmaschinenanbieters deshalb anders abläuft, weil das ergänzende Programm, welches nicht selbstständig lauffähig ist, diesen Ablauf beeinflusst. Damit – Bewirkung der Anzeige eines bestimmten, weil veränderten Ergebnisses auf Grund der Ausführung von Anweisungen – stellen die Optimierungsmaßnahmen ein Teilprogramm i.S.d. § 69 a UrhG dar.³³⁾

3.1.2.2.1.2 Schöpfungshöhe

Schutzfähig sind Computerprogramme nur, wenn sie individuelle Werke darstellen und das Ergebnis einer eigenen geistigen Schöpfung sind, § 69 a III S. 1 UrhG. Die Voraussetzungen der Entscheidung des BGH zu dem Stichwort „*Inkassoprogramm*“³⁴⁾ gelten allerdings nicht mehr.³⁵⁾ Kommt es zur Problemlösung durch das Computerprogramm oder wird hierzu beigetragen, ist das Computerprogramm regelmäßig schutzfähig. Der geistige Gehalt liegt in der Problemlösung, hier in der signifikanten Verbesserung der Rangstelle.

3.1.2.2.1.3 Bedingtheit des Schutzes nach § 69 a ff UrhG

Die Abhängigkeit des durch die Optimierungsmaßnahme gebildeten ergänzenden Programms vom selbstständigen Programm des Suchmaschinenbetreibers und der signifikanten Verbesserung des Trefferergebnisses hat zur Folge, dass das Vorhandensein von Optimierungsmaßnahmen nur notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung für das Vorhandensein eines schutzfähigen Computerprogramms ist. Erkennt das Hauptprogramm die Programmfunktion des ergänzenden Programms nicht an, weil jede signifikante Veränderung im Sinne einer Verbesserung der Trefferanzeigen ohne Einfluss bleibt, noch nicht vorhanden ist oder nachträglich entfällt, fehlt oder entfällt der Schutz nach dem § 69 a ff UrhG. Dasselbe gilt für den Fall, dass zwar das Hauptprogramm die Programmfunktion des ergänzenden Programms anerkennt, zwischenzeitlich oder zunächst eine signifikante Verbesserung der Trefferanzeige ausbleibt, weil dies die Bedingungen der möglicherweise gleichermaßen optimierten, umgebenden Treffer ergeben.

3.1.2.2.2 Der Schutz von Optimierungsmaßnahmen, die der Verbesserung von Trefferplatzierungen zugrunde liegen, nach § 2 UrhG

3.1.2.2.2.1 Der geschützte Bereich

Das UrhG schützt Werke aus den Bereichen der Literatur, Wissenschaft und Kunst, §§ 1, 2 I UrhG. Zu den Werken der Literatur zählen alle Sprachschöpfungen außerhalb der Wissenschaften. Bezieht man diese Vorgaben auf die oben (3.1.2.2.1.1) beispielhaft eingeführten, drei Bedingungen einer Optimierungsmaßnahme, gilt:

– Weiße Schrift auf weißem Grund stellen „*Sprachschöpfungen*“ dar, sie sind als für den Betrachter nicht, wohl aber für die Suchmaschine lesbare Wörter als „*Werk der Literatur*“ anzusehen.

– Beim Keyword-Advertising geht es nicht um den Erhalt des zeitlich befristeten Werbeplatzes bei Google überhaupt (der als solcher kein Werk der Literatur, Wissenschaft oder – regelmäßig – Kunst ist), sondern um das Platzieren diese Werbeplatzes in der Nähe solcher auf Suchworteingabe von Dritten folgenden Trefferanzeigen, die für den Inhaber des Werbeplatzes (Adword) von Belang sind. Dieser Erfolg – die beschriebene Nähe zwischen Trefferliste und Adword – beruht auf den zur Naheherstellung eingesetzten Keywords, die also die sprachlichen Orientierungsmittel zum Aufruf von Adwords und damit Werke der Literatur gem. den §§ 1, 2 I UrhG sind.

– Verlinkungen mit Seiten, die eine hohe Rangstelle aufweisen (Pageranking) sind keine Werke aus den Bereichen der Literatur, Wissenschaft und Kunst.

3.1.2.2.2.2 Schutzvoraussetzungen gem. § 2 II UrhG

– Persönliche Schöpfung: Die Zusammenstellung von Wörtern als Text im Zuge einer für die Suchmaschine lesbaren „weißen Schrift auf weißem Hintergrund“ ist Folge eigener Gestaltungs- und Vorstellungskraft und daher „*persönliche Schöpfung*“ die Zusammenstellung von Keywords ist ebenfalls Folge eigener Gestaltungs- und Vorstellungskraft und daher – auch – „*persönliche Schöpfung*“.

– Wahrnehmbare Formgestaltung: Sowohl der in „weißer Schrift auf weißem Hintergrund“ verlautebarte Text als auch Keywords sind – nach Sichtbarmachung – für die menschlichen Sinne (das Auge) wahrnehmbar. Nicht schutzfähig sind Ideen, Motive, der bestimmte Stil, die Technik oder die Methode, ferner die allgemeine wissenschaftliche oder technische Lehre, schließlich das Ergebnis. Konkret zum letztgenannten Punkt: Die Zuordnung einer bestimmten Rangstelle durch den Suchmaschinenanbieter ist also nicht schutzfähig.

– Geistiger Gehalt: Der Geistige Gehalt liegt in der konkreten Zusammenstellung der Wörter, die den mittels „weißer Schrift auf weißem Hintergrund“ erstellten Text ergeben. Der geistige Gehalt liegt ferner in der konkreten Zusammenstellung der betreffenden Keywords.

– Schöpferische Eigentümlichkeit: Methodisch ist in zwei Schritten vorzugehen. Zunächst sind durch Vergleich mit dem vorbekannten Formengut die eigenschöpferischen Züge zu ermitteln; sodann ist zu prüfen, ob deren Gestaltungshöhe für die Urheberrechtsschutzfähigkeit ausreicht.

Gesamtvergleich mit den vorbestehenden Gestaltungen: Was den in „*weißer Schrift auf weißem Hintergrund*“ bestehenden Text anbelangt, so ist dieser Text regelmäßig für die betreffende Webseite erstellt. Dieser Text, der nach Sichtbarmachung für den Leser regelmäßig keine Informationen enthält, sondern den Aussagegehalt des bestimmten Internetauftritts durch eine Wortaneinanderreihung ohne tieferen Sinn verstärkt, hat gegenüber anderen vergleichbaren Texten individuelle Eigen-

33) Loewenheim, in: Schrickler, § 69 a, Rn. 11: „Schutzfähig sind auch Teile von Computerprogrammen“.

34) BGH GRUR 1985, 1041 – Inkassoprogramm.

35) Loewenheim, in: Schrickler, UrhG, § 69 a, Rn. 14.

art³⁶⁾, da die anderen Texte in der Ansammlung der Begriffe gleichfalls auf den betreffenden Internetauftritt – und nur auf diesen – zugeschnitten sind. Dieselben Argumente gelten für die gesondert für den betreffenden Internetauftritt zusammengestellten Keywords.

Was die Gestaltungshöhe anbelangt, so muss die konkrete Gestaltung des Textes und der Keywords die nötige Gestaltungshöhe besitzen. Dabei gilt: Bei einer rein künstlerischen Zweckbestimmung wird die erforderliche Eigentümlichkeit eher zu bejahen sein als bei der überwiegend zu Gebrauchszwecken vorgezeichneten Gestaltung.³⁷⁾

Bei der Ermittlung der notwendigen Gestaltungshöhe ist von folgender graduellen Abstufung auszugehen:

- Die Durchschnittsgestaltung liegt außerhalb jeder Schutzfähigkeit.
- Eine neue Gestaltung im Bereich individueller Formgebung begründet die Schutzfähigkeit nach dem GeschmMG.
- Bei einem deutlichen Übertreffen in der Gestaltungstätigkeit (also in der Gedankenformung und -führung des dargestellten Inhalts und/oder der Form und Art der Sammlung, Einteilung und Anordnung) gegenüber der Durchschnittsgestaltung ist von Schöpfungshöhe auszugehen.³⁸⁾

Ob im Hinblick auf die konkrete Gestaltung des lediglich von der Suchmaschine zu lesenden Textes sowie der Keywords von einer „deutlich überragenden Gestaltungshöhe“ auszugehen ist, ist Tatfrage. In Kenntnis diverser Beispiele insoweit dürfte aber vertretbar sein zu sagen, dass die erwähnte Gestaltungshöhe nur in besonderen Fällen vorliegen dürfte.

3.1.3 Zusammenfassung zu Ziffer 3.1

Das OLG Rostock, welches die Urheberrechtsschutzfähigkeit einer suchmaschinenoptimierten Webseite im Fall der Rangstellen 1 bzw. 3 nach einem Zeitraum von vier Monaten bejaht, klärt den zugrunde liegenden Sachverhalt – zumindest erkennbar für den Leser – nicht weiter auf. Deshalb bleibt unklar, welche der zur Optimierung führenden Maßnahme(n) Urheberrechtsschutzfähigkeit gem. § 2 I UrhG besitzt. Der pauschale Hinweis, Webseiten können Schutz nach dem UrhG genießen, dürfte schon deshalb nicht weiterführen, weil es nicht um die Webseite als solche (gemeint war wohl die sichtbare Webseite), sondern um die Schutzfähigkeit von hinter dem Internetauftritt stehende Optimierungsmaßnahmen geht. Nach diesseitiger Auffassung werden Optimierungsmaßnahmen nicht selten Schutz nach den §§ 69 a ff UrhG genießen. Das Vorhandensein dieses Schutzes hängt davon ab, ob die Optimierungsmaßnahme von der Suchmaschine in den eigenen Programmablauf einbezogen wird und hierdurch eine Befehlsanordnung nebst

signifikanter Verbesserung der Rangstelle folgt. Ein Schutz nach § 2 I, II UrhG hängt von den tatsächlichen Voraussetzungen ab, dürfte aber nur selten in Betracht kommen.

3.2 Die Entscheidung des OLG Jena

3.2.1 Der Standpunkt des OLG Jena³⁹⁾

Nach Auffassung des OLG Jena stellen sog. Thumbnails, also die Reduzierung von Bildern auf die Größe eines Daumennagels durch Suchmaschinenanbieter im Rahmen der angebotenen Funktion der Bildersuche, eine Verletzung des Urheberrechts des bildenden Künstlers gem. §§ 2 I Nr. 4, II UrhG dar. Hinzu kam, dass die daumengroßen Bilder auch nach Entfernung der in der Homepage enthaltenen Vorlagen nicht entfernt worden waren. Das zusätzliche Vorhandensein war allerdings nur von beschränkter Dauer, da die kurzen Intervalle der effektiv eingesetzten Suchtechnik zu einem baldigen Ausbleiben der Thumbnails im Rahmen der angezeigten Trefferlisten führten.

Eine Berufung auf das eigene Urheberrecht ließ allerdings das OLG Jena unter Hinweis auf § 242 BGB nicht zu, da zum Zweck der Suchmaschinenoptimierung zahlreiche Meta-Elemente in den Internetauftritt aufgenommen worden waren, welche ständig aktualisiert und verändert wurden.

3.2.2 Eigene Bewertung

3.2.2.1 Bewertung des Standpunktes des OLG Jena

In tatsächlicher Hinsicht ist nicht ganz klar, welcher Sachverhalt konkret mit dem Vorhandensein zahlreicher META-Elemente, welche ständig aktualisiert und verändert wurden, gemeint ist. Möglicherweise geht es um das Vorhandensein von Keywords.

In rechtlicher Hinsicht ist nicht ganz klar, ob die zur Treuwidrigkeit führende, dem Urheberrechtsverstoß gegenüberstehende eigene Rechtsverletzung des Webseiteninhabers erstens in der Verletzung eines absoluten Schutzrechts des Suchmaschinenanbieters oder zweitens in einem Wettbewerbsverstoß, bei welchem der Suchmaschinenanbieter Unterlassungsgläubiger, also konkreter Mitbewerber gem. § 2 II Nr. 3 UWG ist, oder drittens in einem Vertragsverstoß gegenüber dem Suchmaschinenanbieter oder viertens in mehreren Rechtsverstöße der geschilderten Arten gegenüber dem Suchmaschinenanbieter oder sogar gegenüber Dritten zu sehen ist bzw. sind.

3.2.2.2 Eigene Bewertung ungeachtet des besprochenen Standpunktes

Geht man – wie der Verfasser – davon aus, dass Optimierungsmaßnahmen als Vermarktungsmaßnahmen anzusehen sind, die im Verhältnis zum Schutzrechtsinhaber nach einer Verletzung der dieser Person zustehenden Schutzrechte, im konkreten Wettbewerbsverhältnis nach der berechtigten Geltendmachung von Lauterkeitsansprüchen durch die in § 8 III UWG genannten Personen und im Verhältnis zum Suchmaschinen-

36) BGH GRUR 1985, 1041 – Inkasso-Programm zur individuellen Eigenart; diese Entscheidung ist außerhalb des Bereichs von Computerprogrammen nach wie vor maßgebend für die Feststellung der schöpferischen Eigentümlichkeit sonst, s.o. Fn. 35.

37) BGH GRUR 1987, 704 – Warenzeichenlexika.

38) BGH GRUR 1986, 739 – Anwaltsschriftsatz.

39) OLG Jena MMR 2008, 408.

anbieter – zusätzlich – auf Vertragsverletzungen hin erst überprüft werden müssen, folgt aus dem Vorhandensein einer Optimierungsmaßnahme weder deren rechtliche Zulässigkeit noch deren rechtliche Unzulässigkeit. Solange – wie hier – die konkrete Rechtsverletzung des Urheberrechtsinhabers unklar ist, so lange kann ein die Anwendung von § 242 BGB begründender Selbstwiderspruch nicht auf eine Rechtsverletzung zurückgeführt werden.

Im Ergebnis dürfte allerdings der Entscheidung des OLG Jena zuzustimmen sein: Wer – wie im Ausgangsfall – eigene Bilder in seine Webseite ohne technische Schutzmaßnahmen einstellt, stimmt deren Aufnahme durch Suchmaschinen und damit auch der Wiedergabe der Bilder im Zuge von Trefferanzeigen in der Größe von Daumennägeln so lange durch schlüssiges Verhalten zu, als er seinen – wegen Nichtergreifens technischer Schutzmaßnahmen – notwendigen ausdrücklichen Widerspruch gegenüber dem Suchmaschinenbetreiber nicht verlautbart hat. Diese Überlegung hat das OLG Jena – in seiner im Übrigen ausgezeichneten Begründung – ausdrücklich aufgegriffen und verworfen. Diese Überlegung wird deshalb für tragfähig gehalten, weil der BGH in seiner Entscheidung mit dem Stichwort „*Drucker und Plotter*“⁴⁰⁾ im Hinblick auf die fehlende Erforderlichkeit von Abgaben zugunsten der Verwertungsgesellschaft gleichfalls auf das konkludente Einverständnis⁴¹⁾ abgestellt hatte.

3.2.3 Zusammenfassung zu Ziffer 3.2

Das OLG Jena verneint die Möglichkeit des Urhebers, sich auf den eigenen Urheberrechtsverstoß zu berufen, dann, wenn die Verletzungshandlung durch den suchmaschinenoptimierer vorgenommen worden war, der Webseiteninhaber allerdings in seinem Internetauftritt zahlreiche META-Elemente hatte. Nach diesseitiger Auffassung scheidet die Berufung des Urhebers auf sein Schutzrecht im konkreten Fall solange aus, als der Urheber der Verkleinerung seiner Bilder zu sog. Thumbnails nicht ausdrücklich widersprochen hatte.

4. Die suchmaschinenoptimierte Webseite und das MarkenG

4.1 Der Standpunkt des OLG Braunschweig⁴²⁾

„Die Verfügungsbeklagte hat in der Suchmaschine Google ein Adword, d.h. eine als solche gekennzeichnete neben der Trefferliste erscheinende Anzeige geschaltet, die u.a. auch bei Eingabe des Suchbegriffs 'Jette Schmuck' erschien. Die Anzeige hatte folgenden Inhalt: 'Joop Uhren und Schmuck ... www.uhren...de'. Bei Anklicken des dort angezeigten Links gelangte man auf die Homepage der Verfügungsbeklagten. Auf Abmahnung der Verfügungsklägerin sperrte die Verfügungsbeklagte zwar das Keyword 'Jette' ... erließ das LG Braunschweig eine einstweilige Verfügung, mit

der es ... untersagt wurde ... die Bezeichnung 'JETTE' als Adword für Schmuck ... zu verwenden (Ziffer I, 2. bis 5. Absatz). Die sofortige Beschwerde der Verfügungsbeklagten ist zulässig, ... jedoch nicht begründet... Die Verwendung des Kennzeichens 'JETTE' als Adword ...“ (Ziffer II 2. Absatz) ... Das OLG Braunschweig stellt weiter fest, dass die Verwendung des Begriffs „Jette“ als Adword eine kennzeichenmäßige Benutzung darstellt, insoweit gelte das gleich wie für Meta-Tags, denn das Suchwort diene dazu, den Nutzer auf das werbende Unternehmen hinzuweisen. Dabei mache sich der Verfügungsbeklagte die von der Verfügungsklägerin aufgebaute Kraft der Marke zu Nutze.

4.2 Eigene Bewertung

4.2.1 Bewertung des Standpunktes des OLG Braunschweig

Was den Sachverhalt anbelangt, so ist erstaunlich, wie beantragt und vom Gericht bestätigt werden kann, der Antragsgegner habe die Bezeichnung „JETTE“ als Adword verwendet, wo doch im Zuge der Darstellung des Sachverhalts als Bestandteil der gerichtlichen Entscheidung offenbar ist, dass die Bezeichnung „JETTE“ nicht Bestandteil des Adwords, also der Anzeige, sondern eines der Keywords war. Was die Bewertung des Sachverhalts anbelangt, so bestehen Bedenken, wonach die Entscheidung des BGH mit dem Stichwort „*Impuls*“⁴³⁾ übertragbar sein soll. Zwar trifft es zu, dass sowohl Meta-Tags als auch Keywords für den Nutzer zunächst unsichtbar sind. Es trifft weiter zu, dass sowohl Meta-Tags als auch Keywords das Ergebnis des Auswahlverfahrens beeinflussen können. Allerdings wird in der Entscheidung des OLG Braunschweig nicht erläutert, weshalb die Trefferanzeige im Rahmen der Ranglistenanzeige mit der verbesserten Anzeige der Werbung außerhalb der Ranglisten vergleichbar sein soll.

4.2.2 Eigene Bewertung ungeachtet des besprochenen Standpunktes

Werden Keywords zum Zweck des Erscheinen von Adwords in einer bestimmten Umgebung eingesetzt, was zur Folge hat, dass der informierte, angemessen aufmerksame und verständige Durchschnittsbetrachter⁴⁴⁾ die Aussage über den Zusammenhang zwischen dem Adword und der Umgebung herstellen muss – bei Meta-Tags zur Optimierung der Trefferanzeige trifft das Suchmaschinenergebnis zugleich eine Aussage über den Zusammenhang zwischen Platz und Rangstelle –, ergibt sich aus dem so hergestellten Zusammenhang zwischen dem Adword (Werbeplatz rechts) und der Umgebung (Rangliste links) kein Hinweis auf die Produktverantwortung eines bestimmten, namentlich nicht unbedingt bekannten Herstellers betreffend den räumlichen Zusammenhang des Adwords. Demgegenüber sieht der BGH die Beeinflussung des Ranglistenplatzes durch einen mit einer fremden Marke identischen Meta-Tag als markenmäßige Benutzung an. Ein Unterschied zwischen

40) BGH WRP 2008, 367 = GRUR 2008, 245 – Drucker und Plotter.

41) Anm. v. Ungern-Sternberg, GRUR 2008, 247 – 249.

42) OLG Braunschweig WRP 2007, 435 = GRUR-RR 2007, 71, s.o. Fn. 4.

43) BGH GRUR 2007, 65 = WRP 2006, 1513 – Impuls.

44) BGH GRUR 2007, 603 = WRP 2007, 769 – UVP.

beiden Fällen, der mit guten Gründen zu einer unterschiedlichen rechtlichen Bewertung führt, besteht.

Ob die Lösung unbedingt und ausschließlich im Markenrecht liegt, darf offen bleiben. Es lassen sich beide Sachverhalte auch lauterkeitsrechtlich betrachten. Möglicherweise ist die vom BGH gewählte markenrechtliche Lösung die Ursache dafür, dass die rechtliche Bewertung des Einsatzes von Keywords zur Optimierung von Adwords derart unterschiedliche Auffassung in der Rechtsprechung⁴⁵⁾ und erhebliches Interesse in der Literatur⁴⁶⁾ hervorbringt.

Die lauterkeitsrechtliche Bedeutung beider Sachverhalte wird auch aus folgender Überlegung deutlich: gelingt es einem Gewerbetreibenden, auf sich aufmerksam zu machen, in dem er sich durch unrichtige Angaben in einer Rangliste platziert, liegt der Vorwurf der Irreführung gem. den §§ 3, 5 UWG und die Vergleichbarkeit des Falles mit dem der Entscheidung „Impuls“ zugrunde liegenden Sachverhalt nahe.

Gelingt es einem Gewerbetreibenden, auf sich aufmerksam zu machen, indem er seine Werbung in der Nähe einer weiteren, eine Rangliste ausweisenden Werbung platziert, liegt weder Irreführung gem. den §§ 3, 5 UWG noch eine wettbewerbsrechtliche Behinderung gem. den §§ 3, 4 Nr. 10 UWG und damit die Vergleichbarkeit des Falles mit dem Sachverhalt der hier besprochenen Entscheidung des OLG Braunschweig nahe.

4.3 Zusammenfassung zu Ziffer 4

Das OLG Braunschweig trennt beim Keyword-Advertising nicht zwischen dem Werbeplatz (Advertising) und dem den Ort des Werbeplatzes betreffenden Keyword. Würde der Werbeplatz selbst ein Zeichen enthalten, welches fremde Markenrechte verletzt, läge der Markenverstoß auf der Hand.⁴⁷⁾ Führt allerdings das Keyword zu einem Markenverstoß, kann hierauf nicht abgestellt werden, wenn der Verbotsantrag auf das Adword, also das Erscheinen des Werbeplatzes auf der Bildschirmseite rechts neben einer aus der Sicht des Werbenden relevanten Trefferanzeige links bezogen ist.

45) Die Oberlandesgerichte Dresden, K & R 2007, 269, München MMR 2008, 334 und Stuttgart, WRP 2007, 1265 (Revision unter I ZR 139/07) gehen ebenso wie das OLG Braunschweig (s.o. Fn. 4) von einer markenmäßigen Benutzung von Keywords im beschriebenen Zusammenhang aus; die Oberlandesgerichte Frankfurt WRP 208, 830 und Köln MMR 2008, 50 (Revision unter I ZR 162/07) – das zuletzt genannte Gericht bestätigte seine Auffassung in dem Urteil vom 12.10.2007, 6 U 76/07 – verneinen eine markenmäßige Benutzung. Das OLG Düsseldorf WRP 2007, 440 = MMR 2007, 247 (Revision unter I ZR 30/07) lässt es dahinstehen, ob ein kennzeichenmäßiger Gebrauch gegeben ist; es fehlt jedenfalls eine Benutzung die geeignet ist, Verwechslungsgefahr hervorzurufen.

46) *Baiocchi et. al.*, GRUR Int. 2008, 122, 131 (der Bericht stellt dar, dass das Keyword-advertising in der Diskussion als problematischer Fall der Markenbenutzung angesehen wird); *Hüsch*, Anmerkung zu OLG Dresden, MMR 2006, 326; KUR GRUR Int. 2008, 1, 10 (schwierig, worin die relevante Benutzungshandlung i.S.d. EuGH-Rechtsprechung liegen soll); *Ott*, WRP 2008, 393, 401 (Bericht über die Entwicklung des Suchmaschinen- und Hyperlink-Rechts im Jahr 2007); *Schaefer* MMR 2005, 807, 708; *Ullmann*, GRUR 2007, 633, 638 („Mit der Wahl des geschützten Zeichens als Adword zur Schaltung einer Werbeanzeige auf der von der Suchmaschine [auch] zur Marke ermittelten Seite wird das Zeichen benannt, aber nicht als Unterscheidungszeichen eingesetzt“); weitere Literaturnachweise bei *Schultz/Störing*, WRP 2008, 741, Fn. 3.

47) OLG Köln vom 12.10.2007, 6 U 76/07: „... hier ergibt sich ... die tatbestandliche Zeichenrechtsverletzung ... bereits daraus, dass der Begriff 'd' für jeden deutlich sichtbar in der Überschrift der beiden Anzeigen ... erschien“.

5. Zusammenhänge zwischen UWG einerseits und UrhG bzw. MarkenG andererseits

5.1 Zusammenhänge zwischen dem UWG und dem UrhG

5.1.1 Der Schutz von Computerprogrammen und die urheberrechtlich geregelten Leistungsschutzrechte einerseits sowie der wettbewerbsrechtliche Nachahmungsschutz andererseits

Der Schutz von Computerprogrammen gem. den §§ 69 a UrhG ff ist dem Schutz von Nachahmungen gem. § 4 Nr. 9 UWG nicht unähnlich, dasselbe dürfte – Differenzierungen außer Acht lassend – für die wirtschaftlich, industriell geprägten Leistungsschutzrechte gem. den §§ 85, 87, 87 a ff, 94 UrhG und die persönlichkeitsgeprägten Leistungsschutzrechte gem. den §§ 70 72, 73 UrhG gelten. Zwar stellt sich die Frage der Verhältnisbestimmung zwischen § 4 Nr. 9 UWG und der eine Nachahmung schützenden speziellen Regelung häufig im Hinblick auf das GeschmMG.⁴⁸⁾ Zumindest die §§ 85, 87, 87 a ff und 94 UrhG weisen aber gleichfalls eine gewisse Nähe zu § 4 Nr. 9 UWG auf, will man das in § 4 Nr. 9 UWG nicht erwähnte Merkmal der wettbewerbliehen Eigenart in seiner Bedeutungsvariante des Hinweises auf Besonderheiten⁴⁹⁾ (die andere Bedeutungsvariante ist der Hinweis auf die betriebliche Herkunft) der durch die §§ 85, 87, 87 a ff und 94 UrhG festgelegten Grenze einer persönlich geistigen Schöpfung gleichstellen.

Auch Computerprogramme unterliegen auf Grund der Tatsache, dass die §§ 69 a ff UrhG die Richtlinie 91/250/EWG⁵⁰⁾ über den Rechtsschutz von Computerprogrammen umsetzen, nicht den hohen Anforderungen an das Vorhandensein einer „persönlich geistigen Schöpfung“ i.S.d. § 2 II UrhG, wie dies noch in der Entscheidung des BGH mit dem Stichwort „Inkassoprogramm“⁵¹⁾ vorausgesetzt worden war.

5.1.2 Das Verhältnis des Sonderrechtsschutzes im Allgemeinen zu § 4 Nr. 9 UWG

Die Ähnlichkeit der Regelungen oder besser die Ähnlichkeit der Schutzergebnisse führt allerdings nicht an der Tatsache vorbei, dass für die Anwendbarkeit von § 4 Nr. 9 UWG besondere Umstände vorhanden sein müssen, die außerhalb der sondergesetzlichen Tatbestände liegen. Neben dem Angebot von Waren oder Dienstleistungen im geschäftlichen Verkehr, der wettbewerbliehen Eigenart, der Nachahmung, müssen besondere, die Unlauterkeit der Nachahmung begründende Umstände vorliegen. Dies betrifft die vermeidbare Herkunftstäuschung nach § 4 Nr. 9 lit. a UWG, die unangemessene Ausnutzung oder Beeinträchtigung der Produktwertschätzung gem. § 4 Nr. 9 lit. b UWG und das unredliche Erlangen der für die Nachahmung erforderlichen Kenntnisse und Unterlagen gem. § 4 Nr. 9 lit. c UWG. Liegen diese Voraussetzungen, aber auch die Voraussetzungen des Sonderrechtsschutzes vor, und regeln letztere auch das Wie der Vermarktung, gehen jene als *leges speciales* dem

48) Z. B. BGH WRP 2002, 1058 = GRUR 2002, 629 – Blendsege; BGH WRP 1994, 519 = GRUR 1994, 630 – Cartier-Armreif.

49) BGH WRP 2007, 1076 = GRUR 2007, 795 – Handtaschen.

50) ABI L 122/42 vom 17.05.1991.

51) BGH GRUR 1985, 1041 – Inkassoprogramm.

wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutz vor.⁵²⁾ Ist der wettbewerbsrechtliche Nachahmungsschutz gegeben, reicht er jedoch nicht weiter, als der Sonderschutz selbst.⁵³⁾ Dies bedeutet erneut: ist jedenfalls wettbewerbsrechtlicher Nachahmungsschutz gegeben und werden keine weitergehenden Ansprüche als beim unterstellten Eingreifen von Sonderschutz geltend gemacht, muss das Gericht die Voraussetzungen des Sonderrechtsschutzes nicht prüfen.⁵⁴⁾

5.1.3 Der geänderte Anwendungsbereich von § 4 Nr. 9 lit. a UWG auf Grund der RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken vom 11.05.2005⁵⁵⁾

Der Entwurf eines Änderungsgesetzes zum UWG vom 27.07.2007 sieht zwar keine Änderung von § 4 Nr. 9 UWG vor. Dies bedeutet aber nicht, dass § 4 Nr. 9 UWG insgesamt unverändert anzuwenden ist. Einschlägig ist Art. 6 II lit. a der RL über unlautere Geschäftspraktiken. Danach gilt eine Geschäftspraxis zusätzlich als irreführend, wenn sie den Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst oder zu veranlassen geeignet ist, die er ansonsten nicht getroffen hätte, wobei dies jegliche Art der Vermarktung des Produkts betrifft, die eine Verwechslungsgefahr begründet.

Dies ergibt folgende Änderungen auf der Tatbestandsebene:

- Art. 6 II lit. a der RL betrifft deshalb den Anwendungsbereich von § 4 Nr. 9 UWG, da diese Regelung „jegliche Art der Vermarktung eines Produkts“ und damit auch eine Vermarktung durch Nachahmung betrifft;
- das Hervorrufen einer Verwechslungsgefahr wird als irreführend fingiert; folglich dürfte der Einfluss von Art. 6 II lit. a der RL auf § 4 Nr. 9 UWG nur dann gegeben sein, wenn eine zeichenmäßige Benutzung – als Voraussetzung der Verwechslungsgefahr – vorliegt;
- auf die wettbewerbliche Eigenart im Rahmen des Nachahmungsschutzes kommt es dann nicht an, wenn die Nachahmung auch ohne Eigenart des Produkts zu einer Verwechslungsgefahr führt;
- die Herbeiführung einer vermeidbaren betrieblichen Herkunftstäuschung gem. § 4 Nr. 9 lit. a UWG ist nunmehr wie folgt zu lesen: „Unlauter ... handelt insbesondere, wer Waren oder Dienstleistungen anbietet, die eine Nachahmung ... sind, insbesondere, wenn die Nachahmungshandlung einschließlich der vergleichenden Werbung zu einer Verwechslungsgefahr mit einem anderen Produkt, Warenzeichen, Warennamen oder anderen Kennzeichen eines Mitbewerbers führt“.

Was die Änderungen auf der Rechtsfolgesseite angeht, so gilt folgendes:

- Soweit die Nachahmungshandlung zu einer Verwechslungsgefahr des Verbrauchers führt, ist die Geltendmachung von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen (§ 8 I UWG)

auch den in § 8 III Ziffer 2 – 4 genannten Anspruchsberechtigten möglich.⁵⁶⁾

5.1.4 Zusammenfassung zu Ziffer 5.1

Was die Regelungsbereiche des UWG und des UrhG angeht, so kommt es für die Anwendbarkeit des UrhG weder auf ein Handeln im geschäftlichen Verkehr noch auf ein konkretes Wettbewerbsverhältnis noch auf die Irreführung noch auf aggressive Geschäftspraktiken an. Es genügt der Verstoß gegen das Urheberrecht an sich. Gerade dasjenige aber, was als urheberrechtsschutzfähig anzuerkennen ist, wird durch das UrhG nicht einheitlich beantwortet. Und dies ist der Bereich, wo die Grenzen des UWG und des UrhG einander zumindest näher kommen können.

5.2 Zusammenhänge zwischen dem UWG und dem MarkenG

5.2.1 Zusammenhang von UWG und MarkenG auf der Grundlage eines Vergleichs der besprochenen Entscheidungen

Geht man von den hier besprochenen Entscheidungen aus, lässt sich – mit der jeder Relation dieser Art innewohnenden Präzision – sagen: Der durch das Keywordadvertising erzielbare Erfolg ist dem Parken eines Anhängers mit Werbeschild in der Nähe eines oder mehrerer werbender Mitbewerber vergleichbar. Der durch das Meta-Tagging erzielbare Erfolg ist dem gegenüber einem unerwünschten Hineindrängen in eine Werbegemeinschaft bei bislang gegenseitig akzeptierter Reihenfolge vergleichbar. Die hier besprochenen Entscheidungen machen – als gewählte Ausgangspunkte allgemeine Überlegungen – mithin auch deutlich, dass das MarkenG und das UWG nicht als völlig verschiedene Bereiche gegenüberstehen müssen.

5.2.2 Zusammenhänge zwischen Irreführungs- und Verwechslungsgefahr

Natürlich ist das MarkenR längst nicht mehr Teil des lauterkeitsrechtlichen Wettbewerbsrechts.⁵⁷⁾ Und die Verwechslungsgefahr unterscheidet sich von der Irreführungsgefahr zum einen über die zeichenmäßige Benutzung. Zum anderen sind einmal zwei (Unternehmer; Adressat der Werbung), bei der Verwechslungsgefahr drei Teilnehmer (zusätzlicher Kennzeichenbenutzer) notwendig. Zum Dritten setzt die Verwechslungsgefahr ein zeitliches Nacheinander der Zeichen (prioritätsälter; prioritätsjünger) voraus. Und viertens kann die Verwechslungsgefahr durch die Vorstellung vom Vorhandensein einer Berechtigung oder Verbindung⁵⁸⁾ begründet werden, weil die Zeichen sich zwar erkennbar unterscheiden, gerade ihre Nähe aber den Eindruck erwecken, das prioritätsjüngere Zeichen existiere nur kraft Verbindung oder Rechtseinräumung mit dem jüngeren Zeichen bzw. durch den Inhaber des prioritätsälteren Zeichens.

52) BGH WRP 1994, 519 = GRUR 1994, 630 – Cartier-Armreif.

53) BGH GRUR 1997, 116 – Prospektalter.

54) BGH WRP 1994, 519 = GRUR 1994, 630 – Cartier-Armreif.

55) ABl L 149/22, 11.06.2005, s. o. Fn. 17.

56) Vgl. hierzu *Bernreuther*, in: Erdmann/Rojahn/Sosniza, Handbuch des Fachanwalts Gewerblicher Rechtsschutz, 1. Auflage 2008, Kapitel 6, Rn. 308 und 309.

57) So bereits *Bornkamm*, GRUR 2005, 97 ff.

58) A. A. *Knaak*, GRUR Int. 2008, 91, 93, 95 mit Kritik an der – wohl – im Fließtext gespiegelten Rechtsprechung des EuGH.

Auf der anderen Seite gilt: Sind die Unterschiede zwischen dem Zeichen gering, ist es durchaus berechtigt, die Verwechslungsgefahr als Unterfall der Irreführungsgefahr anzusehen.⁵⁹⁾ Dieser erste Gesichtspunkt macht deutlich, dass trotz verschiedener Gesetze eine nicht unerhebliche Nähe zwischen beiden in wichtigen Bereichen besteht.

5.2.3 Lauterkeitsrechtliche Voraussetzungen als Bestandteile des MarkenG

Die Regelungen zum Schutz der bekannten Marke (z. B. § 14 II Nr. 3 MarkenG) zum Schutz der bekannten geschäftlichen Bezeichnung (z. B. § 15 III MarkenG) zum Schutz der geographischen Herkunftsangabe mit besonderem Ruf gem. § 127 III MarkenG⁶⁰⁾ weisen starke lauterkeitsrechtliche Voraussetzungen („in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt“) auf. Und schließlich ist der Einwand des sittenwidrigen oder jetzt des unlauteren Markenerwerbs gem. § 3 UWG und damit ein auf Verletzung der genannten Norm gestützter Löschungsantrag neben § 54 I MarkenG möglich.⁶¹⁾

6. Zusammenfassung

Die Bedeutung von suchmaschinenoptimierten Webseiten wächst in dem Umfang, in welchem die Bedeutung der Wahrnehmbarkeit von Webseiten wächst. Die verbesserte Wahrnehmbarkeit ist weder im Bereich des Internets noch sonst für sich betrachtet wettbewerbs-, urheberrechts- noch markenrechtswidrig. Was konkret die wettbewerbsrechtliche Bewertung einer optimierten Webseite anbelangt, so ist vor allem das Irreführungsverbot gem. den §§ 3, 5 UWG von Bedeutung. Die Begründetheit eines derartigen Vorwurfs dürfte davon abhängen, ob die Einreihung an vorderer Stelle durch den Suchma-

schinenbetreiber einen Zusammenhang zur Folge hat, der den Erwägungen des informierten Durchschnittsbetrachters widerspricht. Was konkret die urheberrechtliche Bewertung einer optimierten Webseite anbelangt, so lässt sich nach meiner Auffassung auf der Tatsache einer höchst erfolgreichen Optimierung noch nicht auf die hinreichend Gestaltungs- oder Schöpfungshöhe i.S.d. § 2 II UrhG und damit einen hieraus zu folgernden urheberrechtlichen Schutz schließen. Optimierungsmaßnahmen dürften häufig als Computerprogramm i.S.d. § 69 a I UrhG schutzfähig sein, sofern die Optimierungsmaßnahme in den Programmablauf des Suchmaschinenbetreibers einbezogen wird und hieraus eine Befehlsänderung nebst signifikanter Verbesserung der Rangstelle folgt. Was konkret schließlich die markenmäßige Bewertung einer optimierten Webseite anbelangt, so fehlt es an einer markenmäßigen Benutzung im Sinne der Nutzung der Marke als Hinweisgeber auf einen bestimmten, namentlich nicht unbedingt bekannten Produktverantwortlichen, wenn die betreffende Marke nicht als entsprechendes Hinweismittel, sondern als technisches Hilfsmittel zum Erreichen einer örtlichen Nähe zu einer aus Treffern bestehenden Rangliste eingesetzt wird. Anders als bei Meta-Tags, die das Ranglistenergebnis selbst beeinflussen, führt das Keyword-Advertising, bedingt durch die Markenentsprechung des Keywords, zu einem außerhalb der Rangliste enthaltenen Erfolg. Dieser Erfolg kann mit einer zeichenmäßigen Verwendung des den Erfolg bedingenden Keywords nicht in Zusammenhang gebracht werden. Daher scheidet in diesem Fall eine Markenverletzung aus.

Was die Zusammenhänge zwischen UWG und UrhG anbelangt, so bestehen diese hauptsächlich zwischen § 4 Nr. 9 UWG und dem urheberrechtlich geregelten Leistungsschutzrechten. Denn im Rahmen der urheberrechtlich geregelten Leistungsschutzrechte sind die Voraussetzungen dessen, was als „*persönlich geistige Schöpfung*“ anzusehen sind, niedriger, so dass eine gewisse Sachnähe zu § 4 Nr. 9 UWG zutage tritt. Art. 6 II lit. a der UGP-RL wird nicht unerhebliche Veränderungen in der Anwendbarkeit mit § 4 Nr. 9 lit. a UWG mit sich bringen. Ob diese Veränderungen auch Auswirkungen auf das Verhältnis zum UrhG nach sich ziehen, bleibt abzuwarten.

Der Zusammenhang zwischen dem UWG und dem MarkenG besteht zum einen in der Tatsache, dass die Verwechslungsgefahr teilweise der Irreführungsgefahr ähnelt, was – wohl – die Ursache dafür ist, dass Art. 6 II lit. der UGP-RL die Irreführungs- und Verwechslungsgefahr für besonders gelagerte Fälle fiktiv gleichstellt. Darüber hinaus zeigen insbesondere die Regelungen zum Schutz der bekannten Marke, der bekannte geschäftlichen Bezeichnung und der geographischen Herkunftsangabe mit besonderem Ruf starke lauterkeitsrechtliche Züge. Somit gilt: Gesetzliche Regelungen sind auseinander zu halten, was nicht bedeutet, ihre Überschneidungen nicht zu erkennen.

59) S.o. Ziffer 5.1.3 unter Bezugnahme auf Art. 6 II lit. a der RL über unlautere Geschäftspraktiken. insgesamt dürfte gelten, dass die Feststellung einer Irreführungs- und einer Verwechslungsgefahr durch feststehende Kategorien nie vollständig definiert werden kann. Die Ursache hierfür dürfte auch darin liegen, dass – teilweise – eine „Sache des Denkens“ gegeben ist, die sich einer Definition des Gesetzgebers entzieht, vgl. meine Ausführungen in WRP 2002, 368, 370 Fn. 18.

60) Bei der geographischen Herkunftsangabe mit besonderem Ruf gem. § 127 III MarkenG ist nicht einmal eine markenmäßige Benutzung Voraussetzung, es genügt eine rein werbemäßige Verwendung, BGH WRP 2002, 542 – Champagner bekommen, Sekt bezahlen. Der Unterlassungsanspruch bei unzulässigen geographischen Herkunftsangaben erfordert allgemein des weiteren nicht, dass der Unterlassungsgläubiger behauptet, er besitze Priorität, er könne sich also auf eine ältere geographische Herkunftsangabe berufen. Der Unterlassungsanspruch verlangt weiter keine Angabenidentität bzw. keine Verwechslungsgefahr zwischen zwei geographischen Herkunftsangaben bzw. kein Beeinträchtigtsein einer bekannten geographischen Herkunftsangabe in unlauterer Weise. Entscheidend ist vielmehr gem. den §§ 127 I, 128 I MarkenG das Bestehen von Irreführungsgefahr. Ist eine Irreführungsgefahr gegeben, kommt keine Bewertung als gleichwohl rechtmäßig auf Grund erlaubter Benutzung gem. § 23 MarkenG oder auf Grund Erschöpfung gem. § 24 I MarkenG in Betracht. Eine Irreführungsgefahr ist ausnahmsweise dann nicht Voraussetzung, wenn die geographische Herkunftsangabe einen besonderen Ruf genießt, § 127 III MarkenG, zum Ganzen www.markenrecht-bernreuther.de, Ziffer 18.

61) BGH WRP 2000, 1293 = GRUR 2000, 1032 – EQUI 2000; BGH WRP 2002, 1148 = GRUR 2002, 967 – Hotel Adlon; BGH WRP 2004, 766 = GRUR 2004, 510 – S 100; hierzu *Grabrucker/Fink*, GRUR 2008, 380.