

Die Nutzung fremder Marken zur Suchmaschinenoptimierung

Mit der entscheidenden Rolle des E-Commerce bei Absatzbemühungen geht die besondere Bedeutung des Rankings von Websites innerhalb der Suchergebnisse von Suchmaschinen einher. Denn der durchschnittliche Internetnutzer – in dieser Konstellation Abnehmer – beachtet selten mehr als die ersten ihm angezeigten Treffer. Das Ranking kann durch die Betreiber mithilfe von gezielten Stichwörtern (Tags) in Titel oder Beschreibung der Suchanzeige wie auch dem sogenannten Keyword-Advertising beeinflusst werden. Dies bietet jedoch auch die Möglichkeit, sich durch gezieltes Verwenden fremder, etablierter Marken einen Vorteil zu verschaffen. Lehre und Rechtsprechung haben sich bis dato beinahe ausschliesslich mit Fällen auseinandergesetzt, in denen die Tags im Ergebnis der Suchmaschine nicht wahrnehmbar waren, zuletzt in einem Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen. In besagtem Entscheid ging es um die berufsrechtliche Beurteilung der Verwendung der Namen von Anwaltskonkurrenten mit dem Ziel, die Platzierung der eigenen Website im Suchmaschinenergebnis positiv zu beeinflussen. Praktiken der Suchmaschinenoptimierung können sich insbesondere unter marken- und lauterkeitsrechtlichen Aspekten als problematisch erweisen, weshalb sich der vorliegende Beitrag auf die Beurteilung der Verwendung fremder Marken zur Suchmaschinenoptimierung im Lichte dieser beiden Regelungskomplexe widmet.

Du fait du rôle décisif du commerce électronique pour les entreprises dans leurs efforts pour conquérir des marchés, le classement des sites web dans les résultats des moteurs de recherche revêt une importance particulière. En effet, l'utilisateur moyen d'Internet – dans ce contexte, l'acheteur – prête rarement attention à plus que les premières occurrences qui lui sont présentées. Le classement peut être influencé par les exploitants à l'aide de mots-clés ciblés (tags) dans le titre ou la description de la page suggérée en réponse à la recherche ainsi que par ce que l'on appelle la publicité par mots-clés. Mais ces outils offrent également la possibilité de se procurer un avantage en utilisant de manière ciblée des marques de tiers établies. Jusqu'à présent, la doctrine et la jurisprudence se sont presque exclusivement penchées sur des cas où les tags n'étaient pas perceptibles dans les résultats produits par le moteur de recherche, la dernière décision étant celle du tribunal cantonal de Saint-Gall. Dans cette décision, il s'agissait d'évaluer, du point de vue de la réglementation professionnelle, l'utilisation du nom d'un autre avocat dans le but d'influencer positivement le positionnement de son propre site web dans le résultat du moteur de recherche. Les pratiques d'optimisation du positionnement d'un site web à destination des moteurs de recherche peuvent s'avérer problématiques, notamment sous l'angle du droit des marques et du droit de la concurrence déloyale. C'est pourquoi le présent article se consacre à l'évaluation de l'utilisation de marques de tiers pour l'optimisation du positionnement pour les moteurs de recherche à la lumière de ces deux ensembles de règles.

I. Grundlagen

1. Suchmaschinenoptimierung als Mittel zur Absatzförderung im E-Commerce
2. Relevanz und Konfliktpotenzial

II. Erscheinungsformen der Suchmaschinenoptimierung

1. Metatags
2. Keyword-Advertising

III. Rechtliche Beurteilung des Keyword-Advertising

1. Schweizer Recht

2. Deutsches Recht

3. Zwischenergebnis

IV. Rechtliche Beurteilung von Keyword-Metatags

1. Schweizer Recht
2. Deutsches Recht
3. Zwischenergebnis

V. Rechtliche Beurteilung von Meta-Descriptions und Title Tags nach deutschem und schweizerischem Recht

STEFAN SCHRÖTER, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich.

TIMMY PIELMEIER, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich.

LARS SCHEUNER, Rechtsanwalt, jur. Mitarbeiter, Zürich.

I. Grundlagen

1. Suchmaschinenoptimierung als Mittel zur Absatzförderung im E-Commerce

Auch wenn der Onlinehandel in der Schweiz im Jahr 2022 leicht zurückgegangen ist, hat er nicht an Bedeutung verloren. Im Gegenteil ist wieder mit einem Wachstum in den kommenden Jahren zu rechnen.¹ Sowohl die Schweiz als auch Deutschland platzieren sich unter Berücksichtigung der Online-Einkäufe über dem europäischen Durchschnitt und so hat jeweils die Mehrheit der Bevölkerung zwischen 16 und 74 Jahren in den vergangenen drei Monaten mindestens einen Kauf im Internet getätigt.²

Um auf dem digitalen Marktplatz bestehen zu können – oder überhaupt berücksichtigt zu werden – spielen Suchmaschinen (z.B. Google, Bing und Yahoo), welche die indexierten Websites anhand der durch den Nutzer eingegebenen Stichworte durchsuchen, eine zentrale Rolle.³ Die Auffindbarkeit der eigenen Website durch die Suchmaschine und eine Platzierung (Ranking) in den oberen Rängen ist dabei essenziell,⁴ denn regelmässig finden nur die ersten 10–20 Treffer überhaupt Beachtung (sog. «Primacy-Effekt»)⁵. Um ein möglichst gutes Ergebnis zu gewährleisten, kann mittels diverser Faktoren Einfluss auf das Ranking genommen werden, was als Suchmaschinenoptimierung (Search Engine Optimization, kurz: SEO) bezeichnet wird.⁶ Ein wichtiger Faktor ist dabei in der Regel die Häufigkeit des gesuchten Begriffs auf der Website.⁷ Dies ist jedoch nicht nur im eigentlichen, für den Nutzenden unmittelbar sichtbaren Text der Website möglich, sondern auch in nur mittelbar oder gar nicht sichtbarer Form – insbesondere durch sog. Keyword-Metatags und dem Keyword-Advertising.⁸ Je nachdem, welches Mittel konkret zur Suchmaschinenoptimierung eingesetzt wird, stellen sich unterschiedliche Fragen sowohl in technischer, als auch juristischer Hinsicht. Das Aufzeigen dieser Unterschiede am Beispiel der marken- und lauterkeitsrechtlichen Beurteilung des Gebrauchs fremder Kennzeichen im Rahmen von Metatagging und Keyword-Advertising ist das Ziel des vorliegenden Beitrags, wobei auch ein Blick auf die zum Teil divergierende rechtliche Beurteilung in Deutschland bzw. der EU zu werfen ist.

2. Relevanz und Konfliktpotenzial

Inwiefern die Gestaltungsmöglichkeiten bei der Festlegung von Metatags und beim Keyword-Advertising zu Auseinandersetzungen führen können, zeigt exemplarisch ein jüngerer Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen.⁹ Entgegen den hier primär interessierenden Rechtsfragen ging es beim erwähnten Entscheid um die berufsrechtliche Zulässigkeit der Verwendung von Metatags und Keyword-Advertising. Der Entscheid eröffnet jedoch den technischen Hintergrund,¹⁰ der im Urteil nicht umfassend dargestellt wurde.

Streitgegenstand war die Anzeige einer Rechtsanwältin gegen einen Berufskollegen, die aufgrund von ihr durchgeführten Suchanfragen der Überzeugung war, dass dieser unter anderem die Namen von Anwaltskonkurrenten als Key-

word-Metatags und/oder Keyword im Rahmen des Keyword-Advertising benutzte und dadurch von deren guten Ruf profitierte.¹¹ Auch wenn es sich im konkreten Fall nicht um ein eingetragenes Kennzeichen handelte, kann dies bei der Verwendung eines konkurrierenden Kanzleinamens grundsätzlich ohne Weiteres der Fall sein – mit dem gewünschten Effekt «die Strahlkraft des fremden Kennzeichens für die eigenen Werbezwecke zu nutzen».¹² Bevor jedoch näher auf die marken- und lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit eines solchen Gebrauchs durch die Konkurrenz eingegangen wird, sollen die technischen Hintergründe der zu untersuchenden Mittel der Suchmaschinenoptimierung dargestellt werden.

II. Erscheinungsformen der Suchmaschinenoptimierung

1. Metatags

Eine Möglichkeit der Suchmaschinenoptimierung sind sog. Metatags. Dabei handelt es sich um Informationen im Kopfbereich (Header) des Quelltextes einer Website, die von Suchmaschinen zur Indexierung – d.h. zur Aufnahme der Website in das Verzeichnis der Suchmaschine – und für das Ranking in den Suchergebnissen ausgewertet werden.¹³ Für den Besucher einer Website sind die verwendeten Metatags nicht unmittelbar sichtbar, allerdings kann der die Metatags enthaltene Quelltext bei Bedarf – das nötige technische

1 Onlinehandel schrumpft erstmals in der Schweiz, Tagesanzeiger vom 8. März 2023, <www.tagesanzeiger.ch/onlinehandel-ist-erstmalinder-schweiz-geschrumpft-226044366654> (aufgerufen am 15. Januar 2024).

2 Basierend auf der Statistik «E-Commerce und E-Banking», Bundesamt für Statistik, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kultur-medien-informationsgesellschaft-sport/informationsgesellschaft/gesamtindikatoren/haushalte-bevoelkerung/e-commerce-e-banking.html> (aufgerufen am 15. Januar 2024).

3 G. NEVERAUSKAS, Markennutzung bei Keyword-Advertising in Vertriebsverhältnissen – Rechtsvergleichende markenschutz- und wettbewerbsrechtliche Untersuchung, Zürich 2016, Rz. 12 ff.; R. H. WEBER, E-Commerce und Recht, Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen, 2. Aufl., Zürich 2010, 233.

4 WEBER (Fn. 3), 234; ausf. zum Ranking vgl. NEVERAUSKAS (Fn. 3), Rz. 15 f.

5 A. OHLY, in: A. Ohly/O. Sosnitzer (Hg.), UWG. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 8. Aufl., München 2023, § 4 N 4/53.

6 NEVERAUSKAS (Fn. 3), Rz. 19; G. BÜHLER, Meta-Tags, Keywords und andere Mittel der Suchmaschinenoptimierung – eine Momentaufnahme aus immaterialgüter- und wettbewerbsrechtlicher Sicht, in: O. Arter/F. S. Jörg (Hg.), Internet-Recht und Electronic Commerce Law, Bern 2007, 47.

7 NEVERAUSKAS (Fn. 3), Rz. 16.

8 Zu den unterschiedlichen Erscheinungsformen, vgl. Ziff. II.

9 KGer St. Gallen vom 7. Dezember 2021, AW.2020.11.

10 Hierzu insb. Ziff. II.

11 Z. G. KGer St. Gallen vom 7. Dezember 2021, AW.2020.11, E. I. 1.

12 M. E. LOOSER, Rechtsdienstleistungen der Gegenwart, Nutzung von «AdWords» durch Anwaltskanzleien, in: F. Bohnet/B. Chappuis/K. Schiller/B. Schumacher (Hg.), Gegenwart und Zukunft des Anwaltsberufs, Bern 2023, 559; M. ISLER/F. SUTTER, Keyword Advertising, in: F. Thouvenin/R. H. Weber (Hg.), Werbung – Online, Zürich 2017, 86.

13 A. DUSTMANN/S. ENGELS, in: A. Nordemann/A. Nordemann-Schiffel (Hg.), Markengesetz, 4. Aufl., München 2023, Nach § 15 N 190; NEVERAUSKAS (Fn. 3), Rz. 18; F. THOUVENIN/L. DORIGO, in: M. G. Noth/G. Bühler/F. Thouvenin, Markenschutzgesetz (MSchG), 2. Aufl., Bern 2017, MSchG 13 N 50.

Knowhow vorausgesetzt – problemlos von Dritten eingesehen werden.¹⁴ Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass es unterschiedliche Arten von Metatags gibt.

Die Lehre befasste sich bis heute überwiegend mit der marken- und lauterkeitsrechtlichen Untersuchung von sog. Keyword-Metatags, die allerdings regelmässig pauschal nur als «Metatags» bezeichnet werden.¹⁵ Im Header des Sourcecode werden diese Tags wie folgt dargestellt:

```
<meta name="keywords" content="...">
```

Anstelle der drei Punkte können vom Websitebetreiber Keywords eingefügt werden. Dabei handelt es sich um einzelne Schlagwörter, die den Inhalt einer Website umschreiben können, um bei der Eingabe des entsprechenden Begriffs durch die Nutzer der Suchmaschine die Sichtbarkeit der eigenen Website zu erhöhen.¹⁶ Die durch den Inhaber der Website definierten Schlagwörter müssen dabei nicht zwingend auch im sichtbaren Text der Website gebraucht werden und können gar gänzlich sachfremd sein.¹⁷ Dies führte in der Vergangenheit zu einem Missbrauch der Keyword-Metatags, indem häufig gesuchte Begriffe und auch fremde Marken, die zum Teil nichts mit dem eigentlichen Inhalt der Website zu tun hatten, als Keyword-Metatags genutzt wurden, um dadurch mehr Aufrufe zu generieren.¹⁸ Aufgrund des inflationären Gebrauchs räumten die Suchmaschinenbetreibern den Keyword-Metatags zunehmend weniger Bedeutung bei ihrem Ranking ein. Heute geben die grösseren Suchmaschinen explizit an, Keyword-Metatags nicht mehr für das Ranking und die Indexierung zu berücksichtigen.¹⁹

Im Gegensatz zum Keyword-Mettag wird durch einen sog. Description-Mettag (oder auch «Meta-Description») der Inhalt der Website in einem kurzen Text – also in der Regel nicht nur durch einzelne Schlagwörter – zusammengefasst.²⁰

```
<meta name="description" content="...">
```


Der anstelle der drei Punkte eingefügte Text wird von Suchmaschinen bei Erstellung der «Snippets» (vgl. Abbildung unten) – das sind die jeweiligen Auszüge, die dem Nutzer nach der Eingabe des Suchbegriffs auf der Ergebnisseite (Search Engine Result Page, kurz: SERP) angezeigt werden – genutzt. Dadurch wird der als Meta-Description eingegebene Text für den Nutzer der Suchmaschine, auch ohne Abrufen des Quellcodes, regelmässig sichtbar.²¹ Dem Nutzer steht mit dem Description-Mettag folglich ein Werkzeug zur Verfügung, welches ihm ermöglicht, das angezeigte Suchmaschinenergebnis selbst zu gestalten. Eine gute und prägnante Meta-Description kann sodann dazu führen, dass sich Nutzer für das Abrufen der jeweiligen Website entscheiden, wodurch die Klickrate und mit ihr auch das Ranking positiv beeinflusst werden.²²

Ähnlich verhält es sich mit dem sog. Meta-Title (oder auch Title Tag)²³, welcher ebenfalls nicht Bestandteil des eigentlichen Textes der Website sein muss, jedoch für die Erstellung der Snippets – diesmal jedoch als Titel und nicht als Kurzbeschreibung – verwendet und so für den Nutzer der Suchmaschine ebenfalls visuell wahrnehmbar wird.

```
<title>...</title>
```

Der anstelle der drei Punkte eingefügte Titel wird als Link über der Description im Snippet angezeigt, wobei der Klick auf den Titel auf die jeweilige Website führt. Einfach ausgedrückt ermöglicht es der Title Tag, die Bezeichnung seiner Website im angezeigten Suchmaschinenergebnis selbst zu bestimmen.

Als Beispiel sei auf die Website der sic! verwiesen, die den Title Tag `<title>sic-online.ch:: sic-online</title>` verwendet. Die Description wurde von der Suchmaschine automatisiert aus Elementen des Bodys des Quelltextes generiert, da die sic! keine Meta-Description verwendet.

 sic! Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht
<https://www.sic-online.ch>

sic-online.ch :: sic-online

Willkommen bei «sic! online» ! Hier finden Sie einen Überblick über sämtliche redaktionellen Beiträge und Gerichtsentscheide (inkl. Abstracts), welche seit 1997 ...

Beispiel eines Snippets

2. Keyword-Advertising

Neben der Möglichkeit die Besucherzahlen durch eine Optimierung der im Quellcode enthaltenen Metatags zu erreichen, können diese auch mittels von den Suchmaschinenbetreibern angebotenen (entgeltlichen) Werbemöglichkeiten verbessert werden. Dabei handelt es sich um sog. Keyword-Advertising-Dienste wie beispielsweise Google Ads oder Microsoft Advertising. Ähnlich wie bei den Keyword-Metatags funktioniert Keyword-Advertising über den Gebrauch ausgewählter Schlagwörter, wodurch die entsprechende Anzeige im Suchmaschinenkontext bei Eingabe der

14 S. DAY, Kennzeichenrechtsverletzungen durch Metatags, AJP 1998, 1465.; DUSTMANN/ENGELS (Fn. 13), Nach § 15 N 190; NEVERAUSKAS (Fn. 3), Rz. 18; THOUVENIN/DORIGO (Fn. 13), MSchG 13 N 50.

15 Vgl. bspw. DAY (Fn. 14), 1463 ff.; M. REINLE/M. OBRECHT, Markenrechtsverletzungen durch Google AdWords, sic! 2009, 112 ff., 114; H. KÖHLER/C. ALEXANDER, in: H. Köhler/J. Bornkamm/J. Feddersen, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG, 42. Aufl., München 2024, § 4 N 4.31.

16 WEBER (Fn. 3), 308; NEVERAUSKAS (Fn. 3), Rz. 18.

17 WEBER (Fn. 3), 309; NEVERAUSKAS (Fn. 3), Rz. 19.

18 Siehe hierzu bereits DAY (Fn. 14), 1464.

19 DUSTMANN/ENGELS (Fn. 13), Nach § 15 N 190; NEVERAUSKAS (Fn. 3), Rz. 19, differenzierend betreffend die Indexierung; siehe auch bereits der Blogbeitrag von Google vom 21. September 2009, «Google verwendet das «keywords»-Meta-Tag nicht beim Ranking von Websites», <https://developers.google.com/search/blog/2009/09/google-does-not-use-keywords-meta-tag?hl=de> (aufgerufen am 15. Januar 2024); Die Suchmaschine BING führt Keyword-Metatags in seinen Webmaster Guidelines nicht mehr auf, www.bing.com/webmasters/help/webmaster-guidelines-30fba23a (aufgerufen am 15. Januar 2024).

20 NEVERAUSKAS (Fn. 3), Rz. 18.

21 Grundlagen der Google Suche vom 12. Januar 2024, <https://developers.google.com/search/docs/essentials?hl=de> (aufgerufen am 15. Januar 2024).

22 Grundlagen der Google Suche vom 12. Januar 2024, <https://developers.google.com/search/docs/appearance/snippet?hl=de> (aufgerufen am 15. Januar 2024).

23 Hierbei handelt es sich nicht um ein Metatag im eigentlichen Sinne, dennoch wird er regelmässig den Metatags zugeordnet. Vgl. <https://developers.google.com/search/docs/appearance/site-names?hl=de> (aufgerufen am 15. Januar 2024).

festgelegten Begriffe – als Werbung gekennzeichnet – angezeigt wird.²⁴ Die Anzeige selbst muss wiederum das gewählte Keyword nicht zwingend enthalten und die gewählten Keywords sind für den Internetnutzer nicht direkt einsehbar.²⁵

In diesem Beitrag liegt der Fokus auf der Darstellung der Werbung in der Suchanzeige selbst,²⁶ bei welcher die Anzeige im Snippet-Format nach Eingabe des gewählten Schlagworts meist oberhalb der nicht beworbenen Treffer (sog. «natürlichen Suchergebnisse») publiziert wird.²⁷ Ohne die Nutzung von Keyword-Advertising wird die eigene Website – selbst bei noch so guter Optimierung der restlichen Faktoren – oft nicht an erster Stelle der Suchergebnisse angezeigt werden, wenn andere Anbieter im gleichen Zusammenhang Keyword-Advertising betreiben. Aufgrund der grossen praktischen Relevanz der Platzierung im Bereich E-Commerce wird dies häufig der Fall sein. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass diese im Unterschied zu den natürlichen Suchergebnissen mit dem Zusatz «Gesponsert» oder «Anzeige» als Werbung gekennzeichnet werden.²⁸ Keyword-Advertising stellt also keine Suchmaschinenoptimierung in dem Sinne dar, dass die natürlichen Suchergebnisse unmittelbar beeinflusst werden, sondern will eine höhere Relevanz und Klickrate durch die bezahlte Platzierung der eigenen Website vor den natürlichen Suchergebnissen erreichen – es verfolgt insoweit aber das gleiche Ziel wie die Metatags.²⁹

III. Rechtliche Beurteilung des Keyword-Advertising

1. Schweizer Recht

Das soweit ersichtlich erste zivilrechtliche Urteil in Sachen Keyword-Advertising in der Schweiz stammt aus dem Jahr 2011.³⁰ In der Sache *Ifolor* gelangte das Obergericht Thurgau³¹ zu dem Ergebnis, dass die Nutzung einer fremden Marke als Keyword im Rahmen des Keyword-Advertising (hier Google AdWords als Vorgänger von Google Ads) grundsätzlich mit schweizerischem Marken- und Lauterkeitsrecht vereinbar ist.³² Dies, obwohl das Gericht dem entsprechenden Werbedienst durchaus kritisch gegenüberstand, wie sich aus Formulierungen des Gerichts ableiten lässt. So sei der Nutzer an der Verknüpfung von Werbeanzeigen und natürlichen Suchresultaten «gar nicht interessiert» und die Anzeigen würden häufig «ohnehin übersehen», weil sie «bei der Treffersuche [...] häufig genauso stören wie die öfters daher kommende Bannerwerbung.»³³ Im Umkehrschluss vermittelten die Werbeanzeigen als Störfaktoren aber auch keinerlei Herkunftsvorstellungen, da sich die Nutzer bewusst seien, dass die Anzeigen «nur am Rande mit [dem] Suchlauf zu tun haben». Dieser Unterschied zu den natürlichen Suchergebnissen werde bereits selbst für unterdurchschnittlich aufmerksame Nutzer durch den klaren Hinweis «Anzeigen» – heute «Gesponsert» – und optische Hervorhebungen unmissverständlich und hinreichend herausgestellt. Für die Vorstellung, beim Verwender des Keyword-Advertising-Dienstes handle es sich um den Marken-

inhaber oder ein mit diesem verbundenen Unternehmen, bestehe deshalb kein hinreichender Anlass. Unterstützt werde diese Argumentation nach dem Gericht dadurch, dass der Link zur Seite des AdWords-Nutzers klar erkennbar ein anderes Zeichen als der Suchbegriff enthält und dieser in der Werbeanzeige selbst auch nicht erscheint.³⁴ Im Ergebnis habe die Nutzung keinen kennzeichenmässigen, sondern lediglich kontextmässigen Charakter.³⁵

Auch in lauterkeitsrechtlicher Hinsicht hatte das Obergericht Thurgau wenig Bedenken gegenüber dem Keyword-Advertising. Eine Verwechslungsgefahr sei schon aufgrund der markenrechtlichen Überlegungen zu den Vorstellungen der angesprochenen Verkehrskreise ausgeschlossen. Weil es sich bei Keyword-Advertising um klar als solche erkennbare Werbung handle, drohten der Markttransparenz keine Schäden. Insbesondere werde das geschützte Kennzeichen in den Werbeanzeigen nicht angezeigt. Hinzu komme, dass regelmässig nicht nur ein, sondern mehrere Anzeigen verschiedener Anbieter angezeigt würden. Im Ergebnis würden Nutzer deshalb zwischen den natürlichen Treffern und den optisch klar als solchen erkennbaren Werbeanzeigen unterscheiden.³⁶ Zwar könnte grundsätzlich auch ohne Vorliegen einer Verwechslungsgefahr die Ausbeutung des guten Rufs eines Konkurrenten unlauter sein, sofern ein Image-Transfer festzustellen ist. Aufgrund der erwähnten fehlenden gedanklichen Verbindung wurde dies jedoch ebenfalls verneint, solange klar ersichtlich ist, dass die Werbeanzeige von einem unterschiedlichen Unternehmen stammt.³⁷ Schliesslich liege auch keine unlautere Behinderung, insbesondere nicht in ihrer Ausprägung als unlauteres Abwerben bzw. Umleiten von Kunden, vor. Das Abwerben von Kunden sei wettbewerbsimmanent und nicht unlauter, sondern Ausdruck funktionierender Wettbewerbs. Nutzer seien daran gewöhnt, aus einer Vielzahl von Treffern auszuwählen. Zu-

24 NEVERAUSKAS (Fn. 3), Rz. 21; REINLE/OBRECHT (Fn. 15), 113.

25 D. HÜRLIMANN, Suchmaschinenhaftung – Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Betreiber von Internetsuchmaschinen aus Urheber-, Marken-, Lauterkeits-, Kartell- und Persönlichkeitsrecht, in: M. Rehbinder/R. M. Hilty (Hg.), SMI – Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht, Band/Nr. 94, Bern 2012, 132 f.; zur Abwehr von missbräuchlichen Verwendungen (bspw. durch die Verwendung fremder Kennzeichen) wird teilweise angeboten, die Verwendung gewisser Schlagwörter durch Dritte zu blockieren, vgl. LOOSER (Fn. 12), 360 m.w.H.

26 Daneben gibt es im Rahmen des Keyword-Advertising noch weitere Anzeigemöglichkeiten wie bspw. die Video- oder Shopping-Anzeige.

27 NEVERAUSKAS (Fn. 3), Rz. 22; KGer St. Gallen vom 7. Dezember 2021, AW.2020.11, E. II.4.cc).

28 NEVERAUSKAS (Fn. 3), Rz. 22; KGer St. Gallen vom 7. Dezember 2021, AW.2020.11, E. II.4.cc).

29 DUSTMANN/ENGELS (Fn. 13), Nach § 15 N 194; NEVERAUSKAS (Fn. 3), Rz. 19.

30 OGer Thurgau, sic! 2012, 387 ff. «Ifolor»; I. RIVARA, Keyword advertising: développements récents au regard du droit des marques, AJP 2012, 1551.

31 OGer Thurgau, sic! 2012, 387 ff. «Ifolor».

32 OGer Thurgau, sic! 2012, 387 f. E. 6.d-f, «Ifolor».

33 OGer Thurgau, sic! 2012, 387 ff. E. 6.e, «Ifolor».

34 Dies im Unterschied zu den vorerwähnten Description- und Title-Tags, vgl. II.1.

35 Z.G. OGer Thurgau, sic! 2012, 387 ff. E. 6.d-f, «Ifolor».

36 Z.G. OGer Thurgau, sic! 2012, 387 ff. E. 7.b-d, «Ifolor».

37 Z.G. OGer Thurgau, sic! 2012, 387 ff. E. 7.e, «Ifolor».

dem liege zu diesem Zeitpunkt noch kein hinreichend konkreter Kaufentschluss vor. Kunden befänden sich noch «auf dem Weg in den <virtuellen Laden>». Kunden werde so lediglich eine Alternative geboten.³⁸

Auch die Lehre spricht sich – aufgrund der klareren Unterscheidung zwischen natürlichen und gesponserten Ergebnissen sowie teilweise bereits wegen der fehlenden Wahrnehmbarkeit³⁹ – überwiegend gegen einen kennzeichenmässigen Gebrauch von Marken im Rahmen des Keyword-Advertising aus.⁴⁰

Gleiches gilt grundsätzlich für die lauterkeitsrechtlichen Erwägungen, sofern die Trennung von Anzeige und natürlichen Suchergebnissen gewahrt bleibt und das fremde Kennzeichen nicht im Anzeigetext selbst erscheint.⁴¹ Lediglich dann, wenn das verwendete Keyword mit den auf der Website vertriebenen Waren und Dienstleistungen in keinem Zusammenhang steht, sehen Teile der Literatur lauterkeitsrechtliche Verbotungsrechte zugunsten der Anbieter des referenzierten Produkts als indiziert. In solchen Fällen drohten Irreführungsgefahr und auch Rufausbeutung.⁴² Die Gegenmeinung hält entsprechende Werbung in als solchen gekennzeichneten Ergebnisspalten für lauterkeitsrechtlich zulässig.⁴³

2. Deutsches Recht

In Deutschland beschäftigen sich die Gerichte nunmehr seit etwa 15 Jahren intensiv mit der Zulässigkeit von Keyword-Advertising, wobei zumeist die markenrechtliche Beurteilung im Fokus stand.

Den Auftakt gab der Europäische Gerichtshof in der Sache C-236-238/08, «Google France». Darin stellte der EuGH klar, dass eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion einer Marke nur dann vorliegt, wenn die Anzeige des Werbenden suggeriert, dass zwischen dem Werbenden und dem Markeninhaber eine wirtschaftliche Verbindung besteht.⁴⁴ Auch eine Beeinträchtigung der Werbe- und Investitionsfunktion der Marke soll nach den Entscheiden des EuGH in aller Regel ausscheiden, wobei der erstrebten Markttransparenz keine Beeinträchtigung des Markeninhabers gegenüberstehe.⁴⁵

Der BGH hat sich dieser Einschätzung für das Keyword-Advertising angeschlossen⁴⁶ und auch die Instanzrechtsprechung geht seither davon aus, dass eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion grundsätzlich auch dann ausgeschlossen ist, wenn die Anzeige oberhalb der Trefferliste der Suchergebnisse erscheint. Massgeblich sei insofern die eindeutige Erkennbarkeit der Anzeige als Werbung, etwa durch farblich Unterlegung und Betitelung als Anzeige.⁴⁷

Auch eine Irreführung (nach § 5 DE-UWG) oder eine verdeckte Werbung (nach § 5a IV UWG) werden für das Keyword-Advertising als nicht einschlägig erachtet, wenn der Werbecharakter der entsprechenden Banner für den durchschnittlichen Nutzer deutlich erkennbar ist; insofern gilt dasselbe wie für die markenrechtliche Frage einer Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion.⁴⁸ Beim Schutz vor Rufausbeutung wird überwiegend davon ausgegangen, dass

beim Keyword-Advertising kein Imagetransfer stattfindet, sondern es sich um eine durch das UWG nicht erfasste Aufmerksamkeitsausbeutung handelt.⁴⁹

3. Zwischenergebnis

Sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz herrscht überwiegend Einigkeit darüber, dass die Verwendung von eingetragenen Marken keine Markenverletzung darstellt, wenn die Marke nur als Keyword im Hintergrund verwendet wird und nicht in der geschalteten Anzeige auftaucht. Auch eine lauterkeitsrechtliche Irreführung oder Rufausbeutung wird überwiegend abgelehnt. Dabei wird insbesondere für die lauterkeitsrechtliche Beurteilung einhellig davon ausgegangen, dass der Werbecharakter durch die Kennzeichnung als Werbung vom Verkehr erkannt werde. Hinsichtlich der überwiegend nur dezenten Kennzeichnung (bei Google aktuell nur durch eine Überschrift als Fettdruck «Gesponsert») darf nach hiesiger Auffassung bezweifelt werden, dass dieser Werbecharakter ausnahmslos von allen Internetnutzern erkannt wird. Dies dürfte massgeblich auch von betreffenden Produkten und den hiervon angesprochenen Verkehrskreisen abhängen. Da im Lauterkeitsrecht bereits das Eintreten einer Irreführungsgefahr ausreicht, wäre eine tatsächlich eingetretene Irreführung nicht einmal erforderlich. Gleichwohl könnte darüber im Einzelfall auch eine Verkehrsbefragung hilfreichen Aufschluss bringen.⁵⁰

38 Z.G. OGer Thurgau, sic! 2012, 387 ff. E. 7 f., «Ifolor».

39 Ausf. zur Wahrnehmbarkeit vgl. Ziff. IV.1.

40 NEVERAUSKAS (Fn. 3), Rz. 359; T. KOHLI, Keine Markenrechtsverletzung durch Google AdWords, Eine Replik zum Diskussionsbeitrag von Michael Reinle und Matthias Obrecht, sic! 2009, 629 ff.; entg. REINLE/OBRECHT (Fn. 15), 116 f.

41 NEVERAUSKAS (Fn. 3), Rz. 523; THOUVENIN/DORIGO (Fn. 13), MSchG 13 N 57.

42 THOUVENIN/DORIGO (Fn. 13), MSchG 13 N 57 m.w.H.

43 THOUVENIN/DORIGO (Fn. 13), MSchG 13 N 57 mit Verweis auf EuGH vom 22. September 2011, C-323/09, «Interflora».

44 Vgl. hierzu auch EuGH vom 25. März 2010, C-278/08, «BergSpechte» und EuGH vom 22. September 2011, C-323/09, «Interflora».

45 EuGH vom 23. März 2012, C-236-238/08, Rn. 91 ff., «Google France».

46 BGH vom 13. Januar 2011, I ZR 125/07, Rn. 22–28, «Bananabay II»; BGH vom 13. Januar 2011, I ZR 46/08 Rn. 26, «Impuls II», m.Anm. T. HOEREN.

47 K. FEZER/R. HAUCK, in: K. Fezer (Hg.), Markenrecht, Kommentar zum Markengesetz (MarkenG) und zum Internationalen Markenrecht, der Pariser Verbandsübereinkunft (PVÜ) und des Madrider Markenabkommens (MMA), 5. Aufl., München 2023, Einl. in das deutsche, europäische und internationale Marken- und Kennzeichenrecht N 293, mit Verweis auf OLG Düsseldorf vom 23. April 2013, I-20 U 159/12.

48 BGH, GRUR 2009, 502, Rn. 23, «pcb»; BGH, GRUR 2011, 828, Rn. 27 f., «Bananabay II».

49 OHLY (Fn. 5), § 4 N 4/53b mit Verweis auf BGH vom 22. Januar 2009, I ZR 30/07, Rn. 16, «Beta Layout»; BGH vom 13. Januar 2011, I ZR 125/07, Rn. 34, «Bananabay II»; D. SCHULTZ/M. STÖRING, Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Keyword-Advertising mit fremden Marken, Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP) 2008, 748.

50 Z.G. Für das Schweizer Recht G. JOLLER, in: M. G. Noth/G. Bühler/F. Thouvenin (Hg.), Markenschutzgesetz (MSchG), MSchG 3 N 44 («Indizcharakter»); für das deutsche Recht A. NORDEMANN-SCHIFFEL, in: A. Nordemann/A. Nordemann-Schiffel (Hg.), Markengesetz, 4. Aufl., München 2023, § 14 N 399 («Indiz für Verwechslungsgefahr»).

IV. Rechtliche Beurteilung von Keyword-Metatags

Wie oben aufgezeigt umfasst der Oberbegriff «Metatags» verschiedene Arten der Suchmaschinenoptimierung.⁵¹ Während Metatags, die für die Description oder den Titel eines Snippets verwendet werden, für die Nutzer unmittelbar sichtbar sind, ist das bei den Keyword-Metatags gerade nicht der Fall. Obwohl zwischen den verschiedenen Erscheinungsformen von Metatags also beachtliche Unterschiede bestehen, unterscheiden Lehre und Rechtsprechung bisher nicht zwischen den einzelnen «Tag-Gruppen». Vielmehr ist in einschlägigen Entscheiden und Beiträgen allgemein von Metatags die Rede.

Nach hier vertretener Ansicht bezeichnet der Begriff in der bisherigen Rechtsprechung und Literatur regelmässig ausschliesslich Keyword-Metatags. Dies ergibt sich insbesondere aus den jeweils aufgeführten Definitionen. So werden Metatags wiederholt als nicht sichtbare Zeichen, die nicht von Nutzern bzw. Lesern der jeweiligen Website, sondern lediglich durch Suchmaschinen aufgefunden und erkannt werden können, definiert.⁵² Nach hiesigem Verständnis konzentrieren sich Literatur und Rechtsprechung damit auf eine Erscheinungsform des SEO, die aufgrund der seit vielen Jahren geänderten Praxis der Suchmaschinen – die Keyword-Metatags grundsätzlich unbeachtet lässt – ihre praktische Bedeutung eingebüsst hat.

Dennoch lohnt es sich, die bisher vertretenen Lehrmeinungen sowie die Rechtsprechung kurz aufzuzeigen, um im Licht der gefundenen Ergebnisse eine Beurteilung von Metatags (in ihrer Erscheinungsform als Description-Tags und Title-Tags) vornehmen zu können. Dabei stellt sich ferner die Frage nach der Beurteilung der Verwendung fremder Marken in Keyword-Metatags, welche sich – möglicherweise versehentlich – nach wie vor in den Quelltexten von Webseiten befinden (Meta-Überreste).

1. Schweizer Recht

Ähnlich wie schon beim Keyword-Advertising⁵³ wird die Verwendung geschützter Marken als Keyword-Metatags im Schweizer Recht mehrheitlich als markenrechtlich unbedenklich eingeordnet. Kern der Argumentation ist auch hier, dass mit der Benutzung von Keyword-Metatags kein kennzeichenmässiger Gebrauch einhergeht und folglich auch keine Markenrechtsverletzung angenommen werden kann.⁵⁴

Der fehlende kennzeichenmässige Gebrauch wurde dabei nach der älteren Lehre insbesondere damit begründet, dass Keyword-Metatags für Suchmaschinennutzer nicht unmittelbar sichtbar sind und somit ein kennzeichenmässiger Gebrauch bereits aufgrund dessen – abgeleitet aus der Voraussetzung der grafischen Darstellbarkeit im Sinne von Art. 10 Abs. 1 MSchV⁵⁵ – ausscheidet.⁵⁶ Dieses Argument wird jedoch berechtigterweise mit der Begründung abgelehnt, dass es sich bei Art. 10 MSchV um eine reine Eintragungsvoraussetzung handelt, die nichts über den Schutzzumfang der Marke auszusagen vermag.⁵⁷ Ausserdem können

Keyword-Metatags durch den Aufruf des Quelltextes problemlos sichtbar gemacht werden.⁵⁸ Vorausgesetzt wurde in der Folge zu Recht nicht die aus Art. 10 Abs. 1 MSchV abgeleitete Sichtbarkeit, jedoch, resultierend aus der Marke als Individualisierungs- und Unterscheidungsmerkmal, deren Wahrnehmbarkeit.⁵⁹ Lehrmeinungen, welche sich in der Folge für die Bejahung der Wahrnehmbarkeit aussprachen, da die Nutzer der Suchmaschinen den Zusammenhang zwischen Suchbegriff und den angezeigten Websites kennen würden, liessen eine Markenrechtsverletzung jedoch aufgrund einer fehlenden Beeinträchtigung der Unterscheidungsfunktion scheitern.⁶⁰ Begründet wurde dies damit, dass der Gebrauch der fremden Marke als Keyword-Metatag gerade nicht der Individualisierung dient, sondern vielmehr der Erzielung eines möglichst guten Rankings.⁶¹

Lehrmeinungen, die einen kennzeichenmässigen Gebrauch bejahen und sich somit für eine Markenrechtsverletzung aussprechen, so beispielsweise *Bühler*, argumentieren hingegen, dass durch Keyword-Metatagging das Suchmaschinenergebnis beeinflusst und der Verkehr auf die Website des Tag-Nutzers geleitet werde. Der Tag-Nutzer erlange so durch den Zugriff auf die fremde Marke einen wirtschaftlichen Vorteil. Als Massnahme im geschäftlichen Verkehr, die sich faktisch verkaufsfördernd auswirke, sei Keyword-Metatagging deshalb vom Verbotungsrecht aus Art. 13 Abs. 2 MSchG umfasst.⁶²

Auch das Handelsgericht Aargau ging in einem Entscheid aus dem Jahre 2001 noch von einer verkaufsfördernden Massnahme aus und unterzog die Nutzung fremder Marken als Keyword-Metags einer markenrechtlichen Zulässigkeitsprüfung, worin teilweise eine implizite Bejahung des kennzeichenmässigen Gebrauchs gesehen wurde.⁶³ Spätestens mit dem nicht mehr vorhandenen Einfluss von Keyword-Metatags auf das Suchergebnis, kann diese sich auf Metatags als verkaufsfördernde Massnahme stützende Argu-

51 Siehe oben Ziff. II.1.

52 Vgl. FEZER (Fn. 70), Einl. N 276; ebenso U. HILDEBRANDT, Marken und andere Kennzeichen, 6. Aufl., Hürth 2022, § 10 N 65; KGer St. Gallen vom 15. Dezember 2021, AW.2020.11, E. II.4.c.aa; REINLE/OBRECHT (Fn. 15), 114; BÜHLER (Fn. 6), 48 f.; HGer Aargau, sic! 2001, 532, 536, «Meta-Tags»; KÖHLER/ALEXANDER (Fn. 15), § 4 N 4.31.

53 Siehe oben unter Ziff. III.1.

54 Z.G. HÜRLIMANN (Fn. 25), 136; DAY (Fn. 14), 1466; KOHLI (Fn. 40), 634; THOUVENIN/DORIGO (Fn. 13), MSchG 13 N 47 f.; R. H. WEBER/S. VOLZ, Wettbewerbsrecht – Fachhandbuch, Zürich 2023, Fn. 1586 mit Verweisen auf die deutsche Lehre.

55 Vgl. DAY (Fn. 14), 1466.

56 THOUVENIN/DORIGO (Fn. 13), MSchG 13 N 53 m.w.H.

57 BÜHLER (Fn. 6); WEBER (Fn. 16), 310; NEVERAUSKAS (Fn. 3) Rz. 363; REINLE/OBRECHT (Fn. 15), 116; KOHLI (Fn. 40), 631.

58 BÜHLER (Fn. 6), 55; Siehe Ziff. II.

59 KOHLI (Fn. 40), 631; NEVERAUSKAS (Fn. 3) Rz. 363; HÜRLIMANN (Fn. 25), 136.

60 KOHLI (Fn. 40), 633; HÜRLIMANN (Fn. 25), 136.

61 KOHLI (Fn. 40), 634.

62 Z.G. BÜHLER (Fn. 6), 57 f.

63 HGer Aargau, sic! 2001, 532, E. IV.1.b); Vgl. REINLE/OBRECHT (Fn. 15), 114; KOHLI (Fn. 40), 630; Naheliegender ist jedoch, dass das Gericht die (kompliziertere) Vorfrage der kennzeichenmässigen Benutzung bewusst unbeantwortet gelassen hat und die Klage gestützt auf den offensichtlich erfüllten, nachgelagerten Rechtfertigungsgrund der Erschöpfung abgewiesen hat.

mentation jedoch nicht mehr aufrechterhalten werden. Eine Auseinandersetzung mit der für eine kennzeichenmässige Nutzung ebenfalls vorausgesetzten Beeinträchtigung der rechtlich geschützten Funktionen der Marke wurde im Übrigen auch ausser Acht gelassen.⁶⁴

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass die Wahrnehmbarkeit des Kennzeichens sowie die Beeinträchtigung der Herkunfts- oder Unterscheidungsfunktion auch für Keyword-Metatags die wesentlichen Kriterien darstellen und eine Markenrechtsverletzung durch Keyword-Advertising regelmässig an der einen oder anderen Voraussetzung scheitert, sofern die Marke nicht auch im Snippet oder auf der Website selbst verwendet wird.

Darüber hinaus wird Keyword-Metatagging in der Schweiz grundsätzlich auch nicht als lauterkeitsrechtlich unzulässig eingeordnet. *Thouvenin/Dorigo* beschreiben Keyword-Metatagging als lauterkeitsrechtlich zulässige Werbemassnahme, weil es Internetnutzer auf alternative Angebote aufmerksam macht und so dem Wettbewerb nicht etwa schadet, sondern im Gegenteil zugutekommt.⁶⁵ Auch der eingangs erwähnte Entscheid des Kantonsgericht St. Gallen – der mangels markenrechtlichen Bezugs zur Frage der kennzeichenmässigen Nutzung keine Stellung bezieht – kommt zum Ergebnis, dass Metatagging im Interesse der grundrechtlich garantierten Wirtschaftsfreiheit aus Art. 27 BV als grundsätzlich zulässige Werbemethode einzuordnen sein muss. Die Nutzung – selbst für im Werberecht eingeschränkte Rechtsanwälte – sei unbestritten und ohne Weiteres auch lauterkeitsrechtlich zulässig.⁶⁶ Dasselbe muss erst recht für die übrigen Marktteilnehmer gelten, die in ihrer Freiheit aus Art. 27 BV keinen vergleichbaren Beschränkungen unterworfen sind. Auch im Übrigen und mit Blick auf einzelne Unlauterkeitstatbestände wurden Keyword-Metatags als lauterkeitsrechtlich zulässiges Marketingverhalten beurteilt. Doch weist *Bühler* auf einige Fallkonstellationen hin, die eine lauterkeitsrechtliche Abwehr zumindest als denkbar erscheinen lassen. So könne Keyword-Metatagging als unlauterer Behinderungswettbewerb im Sinne der Generalklausel Art. 2 UWG einzuordnen sein, wenn es dazu führt, dass die Website des Markeninhabers in der Folge gar nicht, oder jedenfalls nicht mehr hinreichend prominent erscheint – wiederum eine Konstellation, die sich durch die fehlende Relevanz der Keyword-Metatags auf das Ranking erübrigt hat. Gleiches gilt für die Fallgruppe der des unlauteren Umleitens von Abnehmerströmen.⁶⁷

2. Deutsches Recht

Auf den ersten Blick überrascht die konträre Beurteilung von Keyword-Metatags nach deutschem Recht. Ganz überwiegend und soweit ersichtlich auch unwidersprochen wird die Verwendung geschützter Marken als Keyword-Metatags von Judikative und Lehre als markenrechtlich unzulässig beurteilt.⁶⁸ Die Definition von Keyword-Metatags – durchgehend zu ungenau bezeichnet als Metatags – als grundsätzlich für den Internetnutzer nicht wahrnehmbare Bestandteile des Quellcodes, entspricht aber dem Schweizer

Verständnis.⁶⁹ Die Tatsache der fehlenden Wahrnehmbarkeit von Keyword-Metatags in der Anzeige oder dem Inhalt der Website selbst spielt in Deutschland dabei aber ausdrücklich keine kennzeichenrechtlich entscheidende Rolle mehr. Fokus wurde vielmehr auf die faktische Beeinflussung des Auswahlverfahrens der Suchmaschinen gelegt.⁷⁰

Hintergrund der unterschiedlichen Anschauungen in Deutschland und der Schweiz ist der unter europäischem Markenrecht verstärkte Einfluss lauterkeitsrechtlicher Wertungen⁷¹ – wie er insbesondere auch in der Lehre der Markenfunktionen des EuGH⁷² zum Ausdruck kommt – der das deutsche und europäische Markenrecht für nach klassischem Verständnis lauterkeitsrechtliche Wertungen öffnet und dieses so flexibler und durchlässiger für die Umstände des Einzelfalls macht:

«Zunehmend wird das Markenrecht durch lauterkeitsrechtliche Wertungen beeinflusst und gewinnt damit, positiv gewendet, an Flexibilität oder verliert, negativ formuliert, seine klaren Konturen. Jedenfalls den Befürwortern eines starken Markenschutzes mag mittlerweile das EU-Markenrecht als trojanisches Pferd erscheinen. In die Stadt wird das stattliche Pferd eines vollwertigen Rechts des geistigen Eigentums an der Marke gerollt, doch im Inneren verbergen sich die flexiblen Wertungen des Lauterkeitsrechts. Sie beeinflussen nicht nur die Ränder, die schon früher lauterkeitsrechtlich und damit abwägungsoffen ausgestaltet waren, sondern auch den Kern des Markenschutzes.»⁷³

Die deutsche Rechtsprechung hat sich unter diesem europäischen Einfluss intensiv mit der Beurteilung von Keyword-Metatags beschäftigt.⁷⁴ Den entscheidenden Impuls zugunsten der Rechteinhaber setzte, nach einem Wechselspiel unterschiedlicher untergerichtlicher Judizes,⁷⁵ der Bundesgerichtshof.

Die Vorinstanz (OLG Düsseldorf) verneinte die Anwendbarkeit des Markenrechts auf Keyword-Metatags noch. Dass es dem streitgegenständlichen, nicht wahrnehmbaren Vorgang «an einer unmittelbaren Kennzeichenbenutzung

64 Vgl. auch REINLE/OBRECHT (Fn. 15), 116.

65 THOUVENIN/DORIGO (Fn. 13), MSchG 13 N 57 a.E.

66 Z.G. KGer St. Gallen vom 7. Dezember 2021, AW.2020.11, E. 4.II.c.bb.

67 Z.G. Bühler (Fn. 6), 60 ff.

68 U. MÜLLER, in: G. Spindler/F. Schuster (Hg.), *Recht der elektronischen Medien, MarkenG*, 4. Aufl., München 2019, § 14 N 143 ff.

69 Siehe oben Ziff. II.; FEZER/HAUCK (Fn. 47), Einl. N 276 und exemplarisch DUSTMANN/ENGELS (Fn. 13), Nach § 15, N 190.

70 So noch das OLG Düsseldorf vom 15. Juli 2003, 20 U 21/03, 342, «Metatag».

71 Siehe hierzu neben A. KUR/A. OHLY, *Lauterkeitsrechtliche Einflüsse auf das Markenrecht*, GRUR 2020, 457 auch K. FEZER in: K. Fezer (Hg.), *Markenrecht, Kommentar zum Markengesetz (MarkenG) und zum Internationalen Markenrecht, der Pariser Verbandsübereinkunft (PVÜ) und des Madrider Markenabkommens (MMA)*, 5. Aufl., München 2023, § 14 N 58u («wettbewerbstheoretische Fundierung des Markenschutzes»).

72 Instruktiv EuGH vom 18. Juni 2009, C-487/07, Rn. 58, «L'Oréal/BeLure».

73 KUR/OHLY (Fn. 71), 458.

74 FEZER/HAUCK (Fn. 47), Einl. N 276 mit zahlreichen Verweisen auf höchst- und instanzrichterliche Rechtsprechung.

75 Übersicht bei BÜHLER (Fn. 6), 54 und BGH vom 18. Mai 2006, I ZR 183/03, Rn. 16, «Impuls».

fehlt, ist offensichtlich». Denn es sei festzustellen, «dass sich die angesprochenen Verkehrskreise ihre Vorstellung von der Kennzeichnung der Waren oder Dienstleistungen anhand des wahrnehmbaren Inhalts der Website, die als Treffer aufgeführt wird, bilden».⁷⁶ Der Bundesgerichtshof widersprach dieser Einschätzung und erklärte in Sachen *Impuls* das von der Vorinstanz als entscheidend angesehene Kriterium der Wahrnehmbarkeit für irrelevant. Entscheidend sei demgegenüber, dass der Keyword-Metatag zum Hinweis auf eigene Waren und Dienstleistungen verwendet wird und dabei das Auswahlresultat der Suchmaschine zugunsten des Nutzers beeinflusst:

«Schliesst die Suchmaschine den normalerweise für den Nutzer nicht sichtbaren Quelltext der Internetseiten in die Suche ein, werden auch Seiten als Suchergebnis aufgelistet, die das Suchwort lediglich im Quelltext enthalten. Dabei ist nicht entscheidend, dass das Suchwort für den Nutzer auf der entsprechenden Internetseite nicht sichtbar wird. Massgeblich ist vielmehr, dass mit Hilfe des Suchworts das Ergebnis des Auswahlverfahrens beeinflusst und der Nutzer auf diese Weise zu der entsprechenden Internetseite geführt wird. Das Suchwort dient somit dazu, den Nutzer auf das dort werbende Unternehmen und sein Angebot hinzuweisen.»⁷⁷

Dieses Zwischenergebnis führte auch zur Annahme einer Verwechslungsgefahr.⁷⁸ Denn dem Internetnutzer wurde seinerzeit nach Eingabe des Markennamens aufgrund des auf Keyword-Metatags reagierenden Auswahlverfahrens neben der Seite des Markeninhabers auch die des Tagnutzers angezeigt.

«Zwar ist der Internetnutzer darauf eingerichtet, dass sich nicht alle Treffer auf das von ihm gesuchte Ziel beziehen. [...] Weist aber ein Treffer auf eine Internetseite [der Tag-Nutzer] hin, auf der diese die gleichen Leistungen anbieten wie die [Markeninhaber], besteht die Gefahr, dass der Internetnutzer dieses Angebot auf Grund der Kurzhinweise mit dem Angebot der [Markeninhaber] verwechselt und sich näher mit ihm befasst. Dies reicht für die Annahme einer Verwechslungsgefahr aus, ohne dass es darauf ankommt, ob ein Irrtum bei einer näheren Befassung mit der Internetseite der Bekl. ausgeräumt würde.»⁷⁹

Deshalb betrifft die Nutzung als Keyword-Metatag auch die geschützten Markenfunktionen. Insbesondere die Herkunftsfunktion ist immer schon dann beeinträchtigt, wenn die fragliche Nutzung dazu führt, dass die Herkunft des Angebots für den Durchschnittsverbraucher nicht klar erkennbar ist⁸⁰ und auch nur der Eindruck aufkommt, zwischen dem Angebot und dem Inhaber der Marke bestehe (irgend-)eine Verbindung.⁸¹ Der inzwischen einhelligen Rechtsprechung nach beeinträchtigt Keyword-Metatagging deshalb die kennzeichenrechtliche Hauptfunktion der Marke, namentlich deren Herkunftsfunktion.⁸² Seine Einschätzung hat der BGH von Fällen der Doppelidentität auf den Ähnlichkeitsbereich ausgedehnt.⁸³

Dass die unmittelbare Handlung, die die Verwechslungsgefahr herbeiführt, nicht vom Nutzer des Keyword-Metatags selbst vorgenommen wird, sondern in Form der Anzeige der Ergebnisliste durch die Suchmaschine (oder so-

gar durch die Eingabe des Markenbegriffs in eine interne Suchmaschine, die das Zeichen als Keyword-Metatag im Quellcode hinterlegt) verwirklicht wird, steht dieser Einschätzung nicht entgegen. In Sachen *Posterlounge* hat der Bundesgerichtshof klargestellt, dass die Nutzung des Keyword-Metatags im Quelltext eine täterschaftliche Haftung begründet.⁸⁴

Nur erwähnt sei an dieser Stelle, dass die Rechtsprechung im Anschluss an dieses Ergebnis zugunsten des Tag-Nutzers die Schranken des Markenrechts prüft. Soweit die konkrete Nutzung des Keyword-Metatags beispielsweise durch das aus dem Erschöpfungsgrundsatz abgeleitete Ankündigungsrecht⁸⁵ gedeckt ist, bestehen keine Abwehransprüche des Markeninhabers. Auch eine rein beschreibende Nutzung ist vom Verbotungsrecht nicht umfasst. Im Rahmen der Nutzung einer Marke als Keyword-Metatag im Quellcode bleibt für einen Kontext, der für eine beschreibende Nutzung sprechen könnte, aber regelmässig kein Raum. Denn Voraussetzung einer beschreibenden Benutzung ist, dass der Nutzer das Suchwort schon bei der Eingabe in die Suchmaske für einen generischen Begriff hält.⁸⁶ Schliesslich können auch grundrechtliche Wertungen für die Zulässigkeit sprechen. Beispielsweise im Bereich der Meinungs- und Pressefreiheit können grundrechtliche Freiheitsgarantien die Nutzung eines Keyword-Metatags rechtfertigen.⁸⁷

Nach hier vertretener Ansicht wurde die nach wie vor herrschende Rechtsprechung in Deutschland aber seit Langem von der technischen Entwicklung bzw. der Programmierung des Rankings durch die Suchmaschinenbetreiber überholt.⁸⁸ Wie bereits oben ausgeführt, haben Keyword-Metatags keinerlei Einfluss mehr auf die Indexierung oder das Ranking der Suchergebnisse. Dadurch entfällt das tra-

- 76 Z.G. OLG Düsseldorf vom 15. Juli 2003, 20 U 21/03, 342, «Metatag».
 77 BGH vom 18. Mai 2006, I ZR 183/03, Rn. 17, «Impuls»; ebenso BGH vom 4. Februar 2010, I ZR 51/08, Rn. 14, «Powerball»; BGH vom 7. Oktober 2009, I ZR 109/06, Rn. 14, «Partnerprogramm»; OLG Frankfurt a.M. vom 6. Oktober 2016, 6 U 17/14, Rn. 16 «scan2net».
 78 Im konkreten Fall keine Verwechslungsgefahr z.B. OLG Frankfurt a.M. vom 10. Januar 2008, 6 U 177/07, «Sandra Escort».
 79 BGH vom 18. Mai 2006, I ZR 183/03, Rn. 19, «Impuls»; (Hervorhebung durch die Bearbeiterin und die Bearbeiter).
 80 A. NORDEMANN in: A. Nordemann/A. Nordemann-Schiffel, Marken-gesetz, 4. Aufl., München 2023, § 14 N 129 unter Verweis auf EuGH vom 12. November 2002, C-206/01, Rn. 56, «Arsenal Football Club».
 81 T. BODDIEN in: A. Nordemann/A. Nordemann-Schiffel (Hg.), Marken-gesetz, 4. Aufl., München 2023, § 14 N 295.
 82 BGH vom 4. Februar 2010, I ZR 51/08, Rn. 23, «Powerball»; OLG Frankfurt a.M. vom 6. Oktober 2016, 6 U 17/14, Rn. 15, «scan2net»; FEZER/HAUCK (Fn. 47), Einl. N 276.
 83 BGH vom 4. Februar 2010, I ZR 51/08, Rn. 20 ff., «Powerball».
 84 BGH vom 30. Juli 2015, I ZR 104/14, Rn. 37 ff., «Posterlounge»; vgl. auch OLG Stuttgart vom 11. August 2023, 2 W 30/23, «Irreführende Metadaten».
 85 Stellvertretend HILDEBRANDT (Fn. 52), § 16 N 19.
 86 Vgl. z.B. BGH vom 30. Juli 2015, I ZR 104/14, Rn. 32 ff., «Posterlounge»; OLG Frankfurt a.M. vom 6. Oktober 2016, 6 U 17/14, Rn. 17, «scan2net»; allgemein G. JACOBS, Kennzeichenrechtliche Privilegierung im Internet, Zur Anwendbarkeit der §§ 23, 24 MarkenG auf MetaTags und Domain-Namen, GRUR 2011, 1070.
 87 OLG München vom 9. Februar 2012, 6 U 2488/11, «Meinungsfreiheit».
 88 Siehe oben Ziff. II.1.

gende Kriterium der Beeinflussung des Auswahlverfahrens einer Suchmaschine durch das Keyword-Tagging, das die deutsche Rechtsprechung zur Verletzung der Herkunftsfunktion und damit zur markenrechtlichen Unzulässigkeit des Keyword-Metatagging führt. Die Frage, ob es markenrechtlich problematisch ist, wenn im Sourcecode einer Website Keyword-Metatags aufgeführt werden resp. vergessen wurden, ist deshalb mangels Auswirkungen auf das Suchergebnis zu verneinen.

Die lauterkeitsrechtliche Abwehr von Keyword-Metatags spielt in Deutschland und Europa⁸⁹ eine untergeordnete Rolle, denn Rechteinhaber können sich der Praxis schon gestützt auf das Markenrecht erwehren. Insbesondere, so Köhler/Alexander, würden Kunden durch Keyword-Metatags nicht von der fremden Website abgeleitet, sondern lediglich zur eigenen Website hingeleitet.⁹⁰ Ergänzend sei nur auf Götting/Hetmank verwiesen, die zwischen lauterkeitsrechtlich zulässiger Suchmaschinenoptimierung und unlauterer Suchmaschinenmanipulation unterscheiden. Eine solche sei beispielsweise bei «Index-Spamming», also dem systematischen Überfluten der Suchmaschine mit der Folge, dass der Tag-Nutzer alle vorderen Plätze der Ergebnisliste belegt, anzunehmen.⁹¹ Aufgrund der fehlenden praktischen Auswirkung von Keyword-Metatags wurden diese zutreffenden Auswirkungen aber zwischenzeitlich von der Realität überholt.

3. Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist die Verwendung von geschützten Marken als Keyword-Metatags unter schweizerischem Markenrecht jedenfalls nach überwiegender Ansicht zulässig.⁹² Gerichtlich wurden Abwehransprüche soweit ersichtlich nur gestützt auf das Markenrecht zuerkannt, wenn die geschützte Marke im Suchmaschinenergebnis wahrnehmbar war.⁹³ Auch lauterkeitsrechtliche Abwehransprüche bestehen nicht. Beides wäre nach Schweizer Verständnis selbst dann der Fall, wenn die Keyword-Metatags von den Suchmaschinenbetreibern noch berücksichtigt würden. Die deutsche Rechtsprechung nimmt hingegen seit vielen Jahren eine diametral gegensätzliche Position ein und ordnet Keyword-Metatagging als vom Verbotungsrecht des Markeninhabers umfasste Handlung ein.⁹⁴ Doch auch diese Einschätzung fusst auf der Prämisse, dass Keyword-Metatagging faktisch Einfluss auf das Suchmaschinenergebnis nimmt. Nach hier vertretener Ansicht haben sich die deutsche Rechtsprechung und mit ihr die herrschende Literaturlauffassung zu Keyword-Metatags deshalb überholt.

V. Rechtliche Beurteilung von Meta-Descriptions und Title Tags nach deutschem und schweizerischem Recht

Im Licht der bisherigen Ausführungen bereitet die Einordnung der Nutzung fremder Marken als Bestandteil von Meta-Descriptions und Title Tags als marken- und lauterkeitsrechtlich unzulässig keine Schwierigkeiten. Denn beide Methoden der Suchmaschinenoptimierung führen zur

Wahrnehmbarkeit der Marke für Suchmaschinennutzer und können das Suchmaschinenergebnis zugunsten des Tag-Nutzers und zulasten des Markeninhabers beeinflussen.

Für die Schweiz ist diese Anschauung mit Blick auf das Markenrecht überdies bereits gerichtlich thematisiert worden. In Sachen *Ifolor* stellte das Obergericht Thurgau im Wege eines Obiter Dictum fest, dass die tragenden Erwägungen bezüglich Google-AdWords nicht gelten, wenn die geschützte Marke in der Werbeanzeige wahrnehmbar ist. In diesem Fall bestehe die hinreichende Gefahr, dass Internetnutzer die fragliche Werbeanzeige als Suchergebnis zur Marke verstehen und deshalb geschäftliche Verbindungen mit dem in Frage stehenden Unternehmen annehmen.⁹⁵ Gleiches ergibt sich aus dem Entscheid *Aquaterra Travel* des Kantonsgerichts Luzern. Das Gericht bejahte in diesem Entscheid eine Verwechslungsgefahr und somit eine Markenrechtsverletzung sogar in dem Fall, dass im Titel des Suchergebnisses neben dem geschützten Zeichen die Marke des Tag-Nutzers deutlich angegeben wird. Die Verwechslungsgefahr könne selbst dadurch nicht ausgeräumt werden, dass ein Kaufentschluss bezüglich der in Frage stehenden Waren oder Dienstleistungen – im konkreten Fall Reisedienstleistungen – regelmässig sogar erst nach einer telefonischen Kontaktaufnahme mit dem Websiteinhaber gefasst wird.⁹⁶

Diese auf Keyword-Advertising bezogenen Überlegungen müssen erst recht für Meta-Descriptions und Title Tags gelten. Denn alle Elemente der AdWords-Fallgestaltung, die gegen eine Verwechslungsgefahr und damit eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion sprechen – wie die optische Unterscheidung der Werbeanzeige von natürlichen Suchergebnissen und die Überschrift «gesponsert» – entfallen bei der Verwendung von Meta-Descriptions und Title Tags. Wird durch Metatagging eine fremde Marke in das Suchmaschinenergebnis zum Zweck der Werbung wahrnehmbar integriert, besteht die bis zur Gewissheit gesteigerte Gefahr, dass angesprochene Nutzer eine gedankliche Verbindung zwischen dem Websiteinhaber (Tag-Nutzer) und dem Markeninhaber herstellen. Die Nutzung ist nicht nur geeignet, sondern prädestiniert, Herkunftsvorstellungen beim Betrachter zu erwecken. Dies erfüllt sowohl die Voraussetzung einer Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion⁹⁷ als auch die

89 Bejahend zur Anwendbarkeit der Werbe-Richtlinie EuGH vom 11. Juli 2013, C-657/11, Rn. 60, «BEST/Visys».

90 KÖHLER/ALEXANDER (Fn. 15), § 4 N 4.31.

91 H. GÖTTING/S. HETMANK, in: K. Fezer/W. Büscher/E. I. Obergfell (Hg.), *Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Band 2, München 2016, § 4 Nr. 4 N 107; OLG Hamm vom 18. Juni 2009, 4 U 51/09, «Suchmaschinenmanipulation».

92 So insbesondere THOUVENIN/DORIGO (Fn. 13), MSchG 13 N 53.

93 KGer Luzern, sic! 2015, 392 ff. E. 8.2.3, «Aquaterra Travel».

94 Instruktiv BGH vom 13. Januar 2011, I ZR 46/08, Rn. 17, «Impuls».

95 Z.G. OGer Thurgau, sic! 2012, 387 ff. E. 6.e, «Ifolor». Siehe hierzu schon oben, unter Ziff. III.1.

96 Z.G. KGer Luzern, sic! 2015, 392 ff. E. 8.2.3, «Aquaterra Travel».

97 Vgl. EuGH vom 12. November 2002, C-206/01, «Arsenal Football Club» (Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion, wenn «Benutzung dieses Zeichens den Eindruck aufkommen [lässt], dass eine Verbindung im geschäftlichen Verkehr zwischen den betroffenen Waren und dem Markeninhaber besteht»).

einer kennzeichenmässigen Benutzung.⁹⁸ In Fällen der Doppelidentität verbietet sich die Praxis damit per se, im Ähnlichkeitsbereich wäre (ausser im Fall berühmter Marken) zudem grosszügig noch eine hinreichende Ähnlichkeit der Waren und Dienstleistungen festzustellen.

Die schon oben angesprochenen, allgemeinen Schranken des Markenrechts gelten auch mit Blick auf Meta-Descriptions und Title Tags. Hervorzuheben ist insbesondere nochmals das Ankündigungsrecht, das eine verhältnismässige Nutzung der fremden Marke durch Verkäufer von Waren rechtfertigt, die vom Inhaber oder mit dessen Zustimmung in den Verkehr gebracht wurden.⁹⁹

Titel- und Description-Metatags sind überdies auch gemessen an lauterkeitsrechtlichen Massstäben potentiell unzulässig. Das gilt insbesondere in Bezug auf den lauterkeitsrechtlichen Schutz der Markttransparenz. Der Massstab des lauterkeitsrechtlichen Schutzes vor Irreführung entspricht dem des markenrechtlichen Schutzes vor Verwechslungsgefahr.¹⁰⁰ Die täterschaftliche Haftung des Tag-Nutzers steht dabei ausser Frage. So hat beispielsweise das OLG Hamm entschieden, dass sich die täterschaftliche Haftung im Fall von Metatags nicht nur auf die tatsächlich benutzte Beschreibung der Website beschränkt. Vielmehr erstreckt sie sich sogar auf irreführende Veränderungen wie insbesondere Verkürzungen der Description durch den Algorithmus der Suchmaschine:

«Sie [Die Tag-Nutzerin] musste ohne Weiteres damit rechnen, dass eine Suchmaschine den anzuzeigenden Treffer aus diesen Metadaten generieren und – schon aus Darstellungsgründen – nur in abgekürzter – irreführender – Form wiedergeben könnte.»¹⁰¹

Zudem verletzen nach hier vertretener Ansicht Titel- und Description-Tagging – bei Vorliegen der nötigen positiven Abnehmerassoziationen – das Verbot der unangemessenen Rufausbeutung.¹⁰² Anders als im Fall der im alltäglichen Gebrauch von Suchmaschinen nicht wahrnehmbaren Keyword-Metatags stellen Nutzer aufgrund der Wahrnehmbarkeit der fremden Marke in Titel oder Description zwangsläufig eine gedankliche Verbindung zwischen dem Tag-Nutzer und dem Markeninhaber her. Dass es dabei zu einem Transfer des Images auf die eigenen Produkte kommt, dürfte nicht nur Intension der betreffenden Tag-Nutzer sein, sondern auch naheliegende Folge der Platzierung des eigenen Suchergebnisses in Zusammenhang mit der Website des Markeninhabers unter wahrnehmbarem Verweis auf dessen Kennzeichen.

Schliesslich können sich Markeninhaber bei Titel- und Description-Metatags auch auf das Verbot der unlauteren Behinderung berufen. Ziel und Folge der Optimierung des Suchmaschinenergebnisses im Sinne des Tag-Nutzers ist, dass Kunden auf dem Weg zur Website des Markeninhabers auf die eines Wettbewerbers umgeleitet werden. Dies mag zwar zusätzliche Angebote aufzeigen und deshalb grundsätzlich Ausdruck funktionierender Wettbewerbs sein.¹⁰³ Bei Interpretation der lauterkeitsrechtlichen Verbotstatbestände und insbesondere Generalklauseln sind aber alle

relevanten Umstände des Einzelfalls zu beachten.¹⁰⁴ Unabhängig von der Frage, wie konkret der Kaufentschluss potentieller Suchmaschinennutzer sein mag, sprechen jedenfalls der markenrechtlich rechtswidrige Eingriff in fremde absolute Rechtspositionen zum Zweck des Kundenfangs und die daraus resultierende Irreführungsfahrer dafür, dass die Grenze zwischen dem lautereren Hinleiten zur eigenen Website hin zum unlauteren Ablenken von der fremden Website überschritten ist.¹⁰⁵

Ein Vorteil der Anwendung lauterkeitsrechtlicher Verbotstatbestände neben dem Markenrecht ist insbesondere auch die im Lauterkeitsrecht erweiterte Aktivlegitimation, die eine Abwehr solcher Praktiken durch andere Rechtssubjekte als den Markeninhaber ermöglicht und so potenziell eine erhöhte abschreckende Wirkung entfaltet.¹⁰⁶

98 Vgl. OGer Thurgau, sic! 2012, 387, 388 E. 5. b), «Ifolor» (kennzeichenmässiger Gebrauch liegt vor, «wenn die Markenverwendung bei den angesprochenen Verkehrskreisen zu Fehlvorstellungen hinsichtlich der Identität der gekennzeichneten Produkte beziehungsweise der verantwortlichen Unternehmen führen könnte»).

99 HGer Aargau, sic! 2001, 536 f., «Meta-Tags»; HILDEBRANDT (Fn. 52), § 16 N 19.

100 Für einen erweiterten lauterkeitsrechtlichen Verwechslungsschutz S. BRAUCHBAR BIRKHÄUSER/P. JUNG, in: P. Jung/P. Spitz (Hg.), Stämpflis Handkommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Aufl., Bern 2016, UWG 3 I d N 26 mit zahlreichen Verweisen; NORDEMANN (Fn. 80), § 2 N 3 («Gleichlauf zwischen wettbewerbsrechtlicher Irreführung und markenrechtlicher Verwechslungsgefahr»).

101 OLG Stuttgart vom 11. August 2023, 2 W 30/23, «Irreführende Metadaten».

102 Diese Möglichkeit beschreiben mit Blick auf nicht visuell Wahrnehmbare Keyword-Metatags KÖHLER/ALEXANDER (Fn. 15), § 4 N 4.31. Dasselbe muss erst recht für wahrnehmbare Meta-Descriptions und Title Tags gelten; vgl. auch – ebenfalls mit Blick auf Keyword-Metatags M. VIEFHUES, Internet und Kennzeichenrecht: Meta-Tags, Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung (MMR), 1999, 339 f.

103 THOUVENIN/DORIGO (Fn. 13), MSchG 13 N 57 a.E.; OGer Thurgau, sic! 2012, 387 ff. E. 7 f., «Ifolor».

104 THOUVENIN/DORIGO (Fn. 13), MSchG 13 N 57; OHLY (Fn. 5), UWG, § 4 N 4/9.

105 Vgl. zu dieser Unterscheidung nochmals KÖHLER/ALEXANDER (Fn. 15), § 4 N 4.31.

106 Zu Art. 10 UWG Schweiz P. JUNG/P. SPITZ in: P. Jung/P. Spitz (Hg.), Stämpflis Handkommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Aufl., Bern 2016, UWG 10 N 1 mit dem Hinweis, dass hierdurch auch eine erweiterte Strafantragsberechtigung mit Blick auf Art. 23 Abs. 2 UWG folgt.

Zusammenfassung

Die anhaltende und weiter steigende Bedeutung des E-Commerce führt dazu, dass Massnahmen der Suchmaschinenoptimierung ein unverzichtbares Werkzeug erfolgreicher Absatzbemühungen sind. Die Versuchung ist gross, dabei auf die geschützten Kennzeichen von bekannten oder berühmten Wettbewerbern zuzugreifen, um von deren Prestige und Bekanntheit zu profitieren. Aber auch die Anziehungskraft von Marken der Hersteller origineller Produkte in Nischenbereichen, die die Schwelle zur berühmten Marke bei weitem nicht überschreiten, kann hinreichende Motivation sein, Nachahmungsprodukte unter Verweis auf das Original zu vermarkten.

Rechtsprechung und Literatur behandeln Suchmaschinenoptimierung bisher unter den beiden Überschriften Keyword-Advertising und Metatags. Diese Unterscheidung ist allerdings zu ungenau. Der Begriff Metatags stellt nicht mehr als einen Überbegriff für eine Vielzahl von möglichen Bestandteilen des Quelltextes einer Website dar, die Einfluss auf die Crawler von Suchmaschinen und damit auf das Suchergebnis ausüben. Eine trennscharfe begriffliche Unterscheidung verschiedener Metatags ist für die rechtliche Beurteilung und Subsumption unter einschlägige Rechtsvorschriften aber unerlässlich.

Bezüglich der Dienste des Keyword-Advertising ist festzuhalten, dass sowohl die Rechtsprechung in der Schweiz als auch in Deutschland dieses Geschäftsmodell der Suchmaschinenbetreiber als grundsätzlich markenrechtlich und lauterkeitsrechtlich zulässig einordnet. Mit Blick auf den lauterkeitsrechtlichen Schutz vor Herkunftstäuschung kann diese Beurteilung im Einzelfall aber zu hinterfragen sein. Denn dass durch die erkaufte Platzierung des Suchergebnisses im räumlichen Zusammenhang mit substituierbaren Waren oder Dienstleistungen – dies auf einer der Website des Markeninhabers noch vorangestellten Position – nicht wenigstens die Gefahr von Irreführung in sich birgt, ist nicht selbstverständlich.

Mit Blick auf Keyword-Metatags, die beim alltäglichen Gebrauch von Suchmaschinen nicht wahrnehmbar sind, fällt die unterschiedliche Beurteilung in Deutschland und der Schweiz auf. Während in der Schweizer Literatur und Rechtsprechung eine kennzeichenmässige Benutzung von der Wahrnehmbarkeit des Tags abhängig gemacht wird, beurteilen die deutsche Rechtsprechung und Literatur Keyword-Metatags als markenrechtlich unzulässig, weil durch sie das Suchergebnis im Sinne des Tag-Nutzers beeinflusst wird. Die Erklärung für die unterschiedliche Beurteilung ist im europäisch determinierten Einfluss lauterkeitsrechtlicher Wertungsfragen im Kernbereich des Markenrechts zu sehen, der eine abwägungsoffener Interpretation des markenrechtlichen Schutzbereichs ermöglicht.

Rechtsprechung und Literatur zu Keyword-Metatags wurden zwischenzeitlich von der technischen Entwicklung überholt, weil Keyword-Metatags keinen Einfluss mehr auf die Ergebnislisten der meisten Suchmaschinen haben, sondern von den Crawlern praktisch ignoriert werden. Es steht zu erwarten, dass diese veränderte Suchmaschinenpraxis und die damit einhergehende marken- und lauterkeitsrecht-

Résumé

L'importance continue et croissante du commerce électronique fait que les mesures d'optimisation du positionnement d'un site web à destination des moteurs de recherche sont un outil indispensable au succès des entreprises en quête de nouveaux marchés. La tentation est grande de recourir aux signes distinctifs protégés de concurrents connus ou célèbres afin de profiter de leur prestige et de leur notoriété. Mais la force d'attraction de certaines marques de fabricants de produits originaux dans des domaines de niche, qui ne dépassent de loin pas le seuil atteint par les produits de la marque célèbre, peut également être une motivation suffisante pour commercialiser des produits d'imitation en se référant à l'original.

La jurisprudence et la doctrine traitent jusqu'à présent l'optimisation pour les moteurs de recherche sous les deux catégories de publicité par mots-clés et méta-balises. Cette distinction est toutefois trop imprécise. Le terme de méta-balises ne représente rien de plus qu'un terme générique pour une multitude d'éléments possibles du texte source d'un site web, qui exercent une influence sur les robots d'exploration des moteurs de recherche et donc sur le résultat de la recherche. Une distinction conceptuelle claire entre les différentes méta-balises est toutefois indispensable pour l'évaluation juridique et la subsumption dans le cadre des dispositions légales pertinentes.

En ce qui concerne les services de publicité par mots-clés, il convient de noter que la jurisprudence en Suisse et en Allemagne considère que ce modèle commercial des exploitants de moteurs de recherche est en principe admissible au regard du droit des marques et du droit de la concurrence déloyale. Au regard de la protection contre la tromperie sur l'origine en droit de la concurrence déloyale, cette appréciation peut toutefois être remise en question au cas par cas. En effet, il n'est pas évident que l'achat du positionnement parmi les résultats de recherche, tout en se trouvant à proximité géographique des produits ou des services auxquels on cherche à substituer les siens – et ce pour un positionnement encore plus favorable que le site web du titulaire de la marque – ne risque pas au moins d'être assimilé à une action visant à induire en erreur.

En ce qui concerne les méta-balises de mots-clés, qui ne sont pas perceptibles lors de l'utilisation quotidienne des moteurs de recherche, la différence d'appréciation entre l'Allemagne et la Suisse est notable. Alors que la doctrine et la jurisprudence suisses font dépendre l'usage d'une marque de la perceptibilité de la balise, la jurisprudence et la doctrine allemandes considèrent les méta-balises de mots-clés comme inadmissibles au regard du droit des marques, car elles influencent le résultat de la recherche en faveur de l'utilisateur de la balise. L'explication de cette différence d'appréciation réside dans l'influence du régime juridique de l'Union européenne concernant les questions d'évaluation du droit de la concurrence déloyale dans le domaine central du droit des marques. Ce régime permet une interprétation plus ouverte de l'étendue de la protection du droit des marques.

liche Zulässigkeit von Keyword-Metatags, vermittelt als Verteidigungsargument gegen Abwehransprüche von Markeninhabern, in die Rechtspraxis Einzug halten wird.

Der unautorisierte Gebrauch fremder Marken in Meta-Descriptions und Title Tags muss hingegen allgemein als unzulässige Werbemethode eingeordnet werden. Ein solcher Markengebrauch betrifft den Kernbereich des markenrechtlichen Schutzanliegens, da er eine Verwechslungsgefahr indiziert. Überdies können sich lauterkeitsrechtlich aktivlegitimierte Dritte – neben den Markeninhabern – zur Abwehr der Verwendung fremder Marken im Rahmen von Meta-Descriptions und Title Tags auch auf das UWG berufen.

La jurisprudence et la doctrine relatives aux méta-balises de mots clés ont entre-temps été dépassées par le développement technique, car ces méta-balises n'ont plus d'influence sur les listes de résultats de la plupart des moteurs de recherche, et sont même pratiquement ignorées par les robots d'indexation. Il faut s'attendre à ce que cette modification de la pratique des moteurs de recherche et l'admissibilité des métadonnées de mots-clés qu'elle induit au regard du droit des marques et du droit de la concurrence déloyale, soient utilisées comme argument de défense contre les prétentions des titulaires de marques et fassent leur entrée dans la pratique juridique.

En revanche, l'utilisation non autorisée de marques de tiers dans les méta-descriptions et les balises de titre doit être considérée de manière générale comme une méthode de publicité non autorisée. Une telle utilisation de la marque se trouve au cœur de la protection garantie par le droit des marques, car elle indique un risque de confusion. En outre, les tiers légitimés à agir en vertu du droit de la concurrence déloyale – outre les titulaires de marques – peuvent également invoquer la LCD pour se défendre contre l'utilisation de marques de tiers dans le cadre de méta-descriptions et de balises de titre.