
Kapitel VI

„Markenmissbrauch“ bei der Internetsuche

Kurz gefasst	255
Summary	256
1 Einführung.....	257
2 Zur Problemstellung	257
3 Kein weitergehender Regelungsbedarf.....	258
4 Marktbeobachtung der Monopolkommission	259

Kurz gefasst

Die Monopolkommission nimmt von sich aus zur Problematik des Markenmissbrauchs bei der Internetsuche („*trademark search abuse*“) Stellung, nachdem der Bundestag die Bundesregierung aufgefordert hat, sie mit einer Stellungnahme zu diesem Thema zu beauftragen. Bei der suchgebundenen Werbung ist zwischen etwaigen **Missbräuchen des Plattformbetreibers und (marken- bzw. lauterkeitsrechtlichen) Wettbewerbskonflikten zwischen den Plattformnutzern**, wenn diese Werbung schalten, **zu unterscheiden**. Die Problematik des „Markenmissbrauchs“ bei der Internetsuche kann beispielsweise dann relevant werden, wenn mehrere Hotel- oder Flugbuchungsportale um die Aufmerksamkeit der Endnutzerinnen und Endnutzer konkurrieren. In diesem Fall kann ein Portalbetreiber als Inserent Schlüsselwörter benennen, die der Marke eines anderen Portalbetreibers derart ähnlich sind, dass der Werbende damit rechnen muss, dass der in diesem Fall relevante Suchalgorithmus eine Verbindung zu der Marke herstellt. Das kann der Inserent dann nutzen, um eine Gewichtung als relevant für sein eigenes Portal auch in solchen Fällen zu erreichen, in denen die Suchanfrage sich eigentlich auf das Konkurrenzportal bezieht.

Der zwischenzeitlich in Kraft getretene **§ 19a GWB bezieht sich auf Missbräuche eines Plattformbetreibers** und dürfte somit nur dann auf die fraglichen Praktiken anwendbar sein, wenn der Plattformbetreiber selbst im wettbewerblichen Zusammenhang in irgendeiner Weise profitiert. Im Verhältnis **zwischen den Plattformnutzern** ist hingegen die **Freiheit**, bei der Suchmaschinenwerbung **auf Markennamen** eines Herstellers (bzw. Anbieters) **zu bieten**, im Rahmen des markenrechtlich Zulässigen nach Art. 101 AEUV geschützt. Der deutsche Gesetzgeber hat nach jetzigem Stand zu Recht auf weitergehende Regelungen verzichtet.

Summary

The Monopolies Commission is taking a stand on its own initiative on the problem of “trademark search abuse” after the Bundestag requested the German government to commission it to issue a statement on this subject. In the case of search-based advertising, **a distinction must be made between possible abuses by the platform operator and conflicts (related to trademarks or unfair competition) between the platform users** placing search-based advertisements. A “trademark search abuse” can become relevant, e.g., if several hotel or flight booking portals compete for the attention of end users. In this case, a portal operator as advertiser can name keywords that are so similar to the trademark of another portal operator that the advertiser must expect that the search algorithm relevant in this case will establish a connection to the trademark. The advertiser can use this to make the search algorithm weight its own portal as relevant even in cases where the search query actually refers to the competitor portal.

Section 19a GWB, which entered into force after the issue came up, **relates to abuses by a platform operator** and is therefore only likely to apply to the practices in question if the platform operator itself benefits in some way in the competitive context. **In the relationship between platform users**, however, **Article 101 TFEU protects**, within the scope of what is permissible under trademark law, **the freedom to bid on a brand name** in search engine advertising. According to the current state of affairs, the German legislator was to right refrain from further rules.

1 Einführung

558. Im Entschließungsantrag zum GWB-Digitalisierungsgesetz hat der Bundestag die Bundesregierung aufgefordert, die Monopolkommission mit einer Untersuchung zu beauftragen, ob und wie verhindert werden kann, dass Wettbewerber eines Unternehmens bei der Suche nach dem Unternehmensnamen via Suchmaschinen profitieren.¹ Die Monopolkommission hat bereits vor einer Auftragserteilung zugesagt, die Frage im vorliegenden Hauptgutachten nach Ermessen zu beurteilen (§ 44 Abs. 1 S. 4 GWB). Aus Sicht der Monopolkommission hat der deutsche Gesetzgeber im GWB-Digitalisierungsgesetz zu Recht darauf verzichtet, weitere Regeln zu dem oben genannten Problem zu entwickeln. Die bereits bestehenden Regelungen sind ausreichend. Die Marktteilnehmer können diese Regelungen bei Bedarf zivilgerichtlich durchsetzen. Ein weitergehender Regelungsbedarf ist nicht erkennbar.

2 Zur Problemstellung

559. Hintergrund des Entschließungsantrags ist eine Initiative eines Webportals, die sich auf „*trademark bidding*“ bzw. einen von dem Portal so bezeichneten „*trademark search abuse*“ bezieht. Die Initiative betrifft die suchgebundene Werbung (nicht: Suche) über Dienste wie Google Ads (früher: AdWords), worüber Google für gewerbliche Nutzer (hier: Werbetreibende) Online-Werbung schaltet. Zumindest in erster Linie geht es nach den bisher verfügbaren Informationen jedoch nicht um einen (möglichen) Missbrauch des Plattformbetreibers (Google). Es geht vielmehr um (marken- bzw. lauterkeitsrechtliche) Wettbewerbskonflikte zwischen den Plattformnutzern, wenn diese Werbung (unter Nutzung von Googlediensten) schalten.

560. Die Märkte für Onlinewerbung werden durch die Anbieter Google und Facebook dominiert. Mit den Einkünften aus der Onlinewerbung finanzieren diese Unternehmen Dienste, die den Endnutzerinnen und Endnutzern unentgeltlich zur Verfügung stehen. Der hier relevante Dienst von Google zeigt als Antwort auf eine Nutzeranfrage Suchanzeigen auf den allgemeinen Suchergebnisseiten von Google an, wobei diese Anzeigen von Google über eine auktionsbasierte Online-Suchwerbeplattform bereitgestellt werden. Dazu wählt der Dienst Suchanzeigen aus einem Pool aus, nachdem er von gewerblichen Nutzern definierte Schlüsselwörter mit der Suchanfrage abgeglichen und die relevanten Anzeigen in dem Pool nach ihrer Relevanz gewichtet hat. Wenn ein Nutzer auf eine solche Anzeige klickt, erhält Google eine Vergütung für diesen Klick von dem Werbetreibenden, dem die Website gehört, auf die der Nutzer weitergeleitet wird (bekannt als das sog. "Pay-per-Click"-System).²

561. Die Gewichtung in dem beschriebenen System erfolgt nach Maßgabe nicht nur der Qualität der Suchanzeige (d. h. unter anderem der Wahrscheinlichkeit, dass Nutzer sie anklicken), sondern auch nach der Zahlungsbereitschaft des Werbetreibenden. Zur Ermittlung dieser Zahlungsbereitschaft wird ein Auktionsverfahren durchgeführt. An diesem können bei einer Auktion über einen als Marke geschützten Begriff andere Bieter neben dem Markeninhaber teilnehmen und gegebenenfalls auch den ersten Anzeigeplatz ersteigern. Dies können sie unter anderem dazu nutzen, andere Angebote auf dem ersten Anzeigeplatz zu blockieren. Die anderen Bieter können weitergehend sogar auf ihr eigenes Angebot verweisen. Wenn sie dabei ähnliche Marken verwenden, dann kann die dadurch bewirkte Irreführung eine Marke verletzen.³ Die Marke ist ein rechtliches Monopol auf ein Geschäftskennzeichen und wird gerade zu dem Zweck gewährt, derartige Irreführungen auszuschließen.

562. Die Problematik kann im Kontext von Webportalen beispielsweise dann relevant werden, wenn mehrere Hotel- oder Flugbuchungsportale um die Aufmerksamkeit der Endnutzerinnen und Endnutzer konkurrieren. In diesem Fall könnte ein Portalbetreiber als Inserent Schlüsselwörter benennen, die der Marke eines anderen Portalbetreibers derart ähnlich sind, dass der Werbende damit rechnen muss, dass der in diesem Fall relevante

¹ BT-Drs. 19/25868, S. 11 Ziff. 11; siehe auch Kleine Anfrage der Fraktion der CDU/CSU, BT-Drs. 20/847, 28. Februar 2022, S. 5 Ziff. 9(c).

² Siehe EU-Kommission, Beschluss vom 20. März 2019, AT. 40411 - Google Search (AdSense), Tz. 16, 18 f.

³ Vgl. OLG Schleswig-Holstein, Urteil vom 22. März 2017, 6 U 29/15 – Wheel Clean Tec, ECLI:DE:OLGSH:2017:0322.6U29.15.0A; zu der Thematik auch schon EuGH, Urteil vom 23. März 2010, C-236/08 bis C-238/08 - Google France und Google, Slg. 2010, I-2417, ECLI:EU:C:2010:159.

Google-Algorithmus eine Verbindung zu der Marke herstellt. Das könnte der Inserent dann nutzen, um eine Gewichtung als relevant für sein eigenes Portal auch in solchen Fällen zu erreichen, in denen die Suchanfrage sich eigentlich auf das Konkurrenzportal bezieht. Dies könnte dazu genutzt werden, dass die Suche nach einem Portal zur – gegebenenfalls prominent platzierten – Anzeige von Werbung für ein konkurrierendes Portal führt.⁴

3 Kein weitergehender Regelungsbedarf

563. Zwischenzeitlich ist § 19a GWB in Kraft getreten. Wenn ein Suchplattformbetreiber als Unternehmen von überragender marktübergreifender Bedeutung nach § 19a Abs. 1 GWB festgestellt worden ist, kann das Bundeskartellamt diesem Unternehmen nach § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GWB untersagen, „Maßnahmen zu ergreifen, die andere Unternehmen in ihrer Geschäftstätigkeit auf Beschaffungs- oder Absatzmärkten behindern, wenn die Tätigkeit des Unternehmens für den Zugang zu diesen Märkten Bedeutung hat, insbesondere [...] b) andere Unternehmen daran zu hindern oder es ihnen zu erschweren, ihre eigenen Angebote zu bewerben oder Abnehmer auch über andere als die von dem Unternehmen bereitgestellten oder vermittelten Zugänge zu erreichen“. In der Begründung zu der Vorschrift wurde ausdrücklich klargestellt, dass der Tatbestand auch Praktiken erfassen soll, die die Auffindbarkeit von Unternehmen unangemessen erschweren.⁵

564. Allerdings dürfte § 19a GWB dennoch nur dann auf die fraglichen Praktiken anwendbar sein, wenn der Plattformbetreiber selbst im wettbewerblichen Zusammenhang in irgendeiner Weise profitiert. Denn nur in diesem Fall handelt es sich um einen Missbrauch des Plattformbetreibers selbst. Die Vorschrift des § 19a GWB zielt auch nach ihrer amtlichen Überschrift und der Ausgestaltung ihrer einzelnen Fallgruppen insgesamt nur auf Behinderungen von Wettbewerbern des Plattformbetreibers und nicht auf Behinderungen im Verhältnis der Plattformnutzer untereinander ab. Hierfür spricht auch der in der Gesetzesbegründung zu findende Verweis auf Nachteile für konkurrierende Suchmaschinen, der sich beispielhaft auf „spezifische kommerzielle Hürden einer Suchmaschine bei der Suche nach einzelnen, markenrechtlich geschützten Begriffen“ bezieht.⁶

565. Der zuvor angesprochene Betreiber des Webportals hatte weitergehend erreichen wollen, dass die Beteiligung der Suchplattform an dem „Störerverhalten“ anderer Plattformnutzer in § 19a GWB als eigenständiger Missbrauch aufgenommen wird. Diese Änderung wurde im Gesetzgebungsverfahren nicht aufgegriffen. Das geschah schon deshalb zu Recht, weil der Suchplattformbetreiber auch markenrechtlich zwar gegebenenfalls Beteiligter, aber nicht der eigentliche „Störer“ ist. Ein vollständiges Verbot des „*trademark bidding*“ über den wettbewerbsrechtlichen Umweg des § 19a GWB könnte zudem überschießen, weil dadurch andere Anbieter bei markenrechtlich unbedenklichen Werbemaßnahmen behindert werden könnten.

566. Davon abgesehen ist die Freiheit, bei der Suchmaschinenwerbung auf Markennamen eines Herstellers (bzw. Anbieters) zu bieten, im Rahmen des markenrechtlich Zulässigen nach Art. 101 AEUV geschützt. Vereinbarungen, durch die Hersteller ihren Abnehmern untersagen, auf Markennamen des Herstellers zu bieten, werden als nicht freistellungsfähige Kernbeschränkungen angesehen.⁷ Das Verbot des Art. 101 AEUV ist durch einfachgesetzliche Maßnahmen (hier: nach § 19a GWB) nicht zu umgehen (Art. 4 Abs. 3 EUV i. V. m. Art. 101 AEUV).

⁴ Vgl. erneut die Nachweise in Fn. 5.

⁵ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie (9. Ausschuss), BT-Drs. 19/25868 vom 13. Januar 2021, S. 115.

⁶ Ebenda.

⁷ Siehe EU-Kommission, Beschluss vom 17. Dezember 2018, AT.40428 – Guess, mit Verweis auf Art. 4 lit. c VO 330/2010.

4 Marktbeobachtung der Monopolkommission

567. Die Monopolkommission hatte sich bisher nur im Sondergutachten 68 mit Onlinewerbung befasst.⁸ Dabei ging es – abgesehen von einer eher knappen Beschreibung der Aktivitäten von Google und Facebook in diesem Bereich – vor allem um Dienste, die gebündelt die Werbeplätze von Websitebetreibern/Vermarktern (SSP) oder den Einkauf von Werbeplätzen verschiedener Anbieter (DSP) über eine Schnittstelle anbieten, außerdem um Dienste zur Sammlung/Auswertung von und dem Handel mit Drittdata (z. B. für Nutzerprofile; DMP). Mit den Werbeaktivitäten der als Gatekeeper im Sinne des DMA oder als Unternehmen von überragender marktübergreifender Bedeutung nach § 19a Abs. 1 GWB in Betracht kommenden Unternehmen hat sich die Monopolkommission hingegen noch nicht eingehend befasst. Die Monopolkommission wird die weitere Praxis zu diesen Vorschriften aber beobachten und dazu gegebenenfalls auch in Verfahren nach § 73 Abs. 5 GWB Stellung nehmen. Für eine darüber hinausgehende Stellungnahme besteht aus ihrer Sicht nach jetzigem Stand kein Anlass.

⁸ Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Baden-Baden, 2015, Tz. 114 ff., 182, 208 (zu Google) und Tz. 291 (zu Facebook).