

VIII. Meta Tags

A. Gegenstand

Hinter jeder Website steht ein Computerprogramm (Quellcode), welches dem Browserprogramm des Nutzers Anweisungen gibt, wie die Website darzustellen ist¹. Die auf dem World Wide Web verwendete Programmiersprache heisst „Hypertext Markup Language“ oder kurz „HTML“. Wie bereits ältere Programmiersprachen erlaubt auch sie dem Programmierer, innerhalb des Programmes Anmerkungen zu machen, die bei herkömmlicher Nutzung nicht sichtbar sind². Damit wird der Quellcode übersichtlicher und besser verständlich. In der Programmiersprache HTML heissen diese Anmerkungen „Meta Tags“³. Sie dienen jedoch im Internet, wie noch auszuführen ist, nicht mehr den Programmierern zur besseren Orientierung im Quellcode, sondern in erster Linie den Suchmaschinen als Anhaltspunkt für den Inhalt einer Website⁴.

Suchmaschinen sind dem Nutzer behilflich, zu einem oder mehreren Suchbegriffen relevante Websites zu finden. Um diese Dienstleistung zu erbringen, legen die Suchmaschinen riesige Datenbanken an, worin Millionen Websites teilweise oder ganz abgespeichert und damit einer inhaltlichen Suche zugänglich sind⁵. Gibt ein Nutzer bei der Benutzung einer Suchmaschine ein Stichwort ein, so durchsucht die Suchmaschine ihre Datenbank nach Websites, welche Inhalte zum Stichwort enthalten. Die Suchmaschine beachtet hierbei den Titel der Website, den sichtbaren Text, die Internet-Adresse, eingebaute Text-, Musik-, Graphik- oder Javodateien und eben die hier diskutierten Meta Tags⁶.

¹ O'Rourke (Metatagging), 280.

² O'Rourke (Metatagging), 280.

³ Weber (E-Commerce), 254. Chancey (Meta-Tags), 205, umschreibt die Funktion der Meta Tags als „information about information“.

⁴ O'Rourke (Metatagging), 282.

⁵ Day (Metatags), 1465; O'Rourke (Metatagging), 283, m.H.a. Loundy (Hidden Code), 7.

⁶ Nathenson (Spamdexing), 61; Weber (E-Commerce), 254. Neue Technologien werden diese Auflistung erweitern.

Jeder, der eine Website betreibt, möchte von möglichst vielen Nutzern beachtet werden, unabhängig davon, ob sein Interesse ein wirtschaftliches oder ideelles ist⁷. Besonders hilfreich ist hierzu eine gute Positionierung in den Suchresultaten der Suchmaschinen. Jeder Betreiber programmiert deshalb seine Website so, dass diese von Suchmaschinen innerhalb der Suchresultate möglichst weit vorne eingereiht wird. Hierzu eignet sich die Manipulation der unsichtbaren Meta Tags besonders, weil dabei die äussere Darstellung der Website unverändert bleibt. Seitenbetreiber fügen also bestimmte Begriffe als Meta Tags in ihre Quellcodes ein. Gibt später ein Nutzer einen dieser Begriffe als Suchbegriff in eine Suchmaschine ein, so wird die Website mit dem betreffenden Meta Tag mit grösserer Wahrscheinlichkeit als Suchresultat aufgeführt und erlangt damit zusätzliche Verbreitung. Manchmal wird ein Begriff innerhalb eines Meta Tags zahlreiche Male wiederholt, um eine besonders enge Verbindung zwischen ihm und der Website vorzutäuschen⁸. Die gleiche Wirkung wie Meta Tags haben Begriffe auf der Website, wenn sie in der Hintergrundfarbe geschrieben sind⁹. Auch sie beeinflussen Suchresultate ohne das äussere Erscheinungsbild der Website zu verändern.

Für die Meta Tags wählen Seitenbetreiber Begriffe, welche Nutzer häufig als Suchworte in die Suchmaschinen eingeben¹⁰. Worte des allgemeinen Sprachgebrauchs finden dabei ebenso Verwendung wie gewerbliche Kennzeichen. Anbieter von Gütern oder Dienstleistungen wählen oftmals branchenspezifische Begriffe. Diese sind entweder rein beschreibend, oder aber es handelt sich um Begriffe, welche gleiche oder komplementäre Leistungen und deren Hersteller mit den entsprechenden Marken und Firmen bezeichnen¹¹. Bekannt ist der Sachverhalt, in welchem Unternehmen X den Begriff „Unternehmen Y“ in seine Meta Tags setzte, worauf einige Suchmaschinen zum Suchbegriff „Unternehmen Y“ auch einen Link zum Unternehmen X auflisteten¹².

⁷ Chancey (Meta-Tags), 207.

⁸ Man nennt diese Vorgehensweise „Stuffing“, vgl. Nathenson (Spamdexing), 47.

⁹ Chancey (Meta-Tags), 208. Man spricht in diesem Zusammenhang von „buried text“, vgl. Nathenson (Spamdexing), 47.

¹⁰ Chancey (Meta-Tags), 207.

¹¹ Tissot (droit des marques), 87; Day (Metatags), 1465; Chancey (Meta-Tags), 208; Nathenson (Spamdexing), 47 ff. Vgl. Oppedahl & Larson v. Advanced Concepts, No. 97CV1592 (D. Co. filed July 24, 1997), 1998 U.S. Dist. LEXIS 18359 (D.Colo. 1998), worin ein Technologieunternehmen den Namen der Klägerin, eine Anwaltskanzlei mit Spezialgebiet Internetrecht, in ihre Meta Tags aufnahm. Vgl. auch Insituform Technologies, Inc. v. National Envirotech Group, L.L.C., Civ. Act No. 97-2064 (E.D.La. Aug. 26, 1997), worin der Beklagte die Firma seines direkten Konkurrenten als Meta Tag verwendete.

¹² Sachverhalt aus LG Mannheim, 1.8.1997 (ARWIS); MMR 1998, 217.

Nachdem die ersten Websites dank manipulierter Meta Tags eine bessere Position in den Suchergebnissen erlangten und andere Websites verdrängten, sahen sich immer mehr Seitenbetreiber gezwungen, diese Praktik anzuwenden, damit ihre Seiten bei Stichwortsuchen überhaupt noch innerhalb der meistbeachteten ersten zwanzig Suchresultate erscheinen. Daraus entstand ein Teufelskreis mit dem Ergebnis, dass die Inhalte der Meta Tags eine immer schwächere inhaltliche Verbindung zu den dazugehörenden Websites hatten. Die Suchergebnisse der Suchmaschinen verschlechterten sich zusehends, weil sich zu bestimmten Stichworten wirklich relevante Seiten kaum noch auffinden liessen – zu viele Websites geben mittels manipulierten Meta Tags fälschlicherweise vor, sie seien im gegebenen Zusammenhang ebenfalls beachtenswert.

Die Nutzer wissen um die schlechte Qualität der Suchergebnisse und gehen bei ihren Recherchen davon aus, dass viele der vorgeschlagenen Suchresultate nichts mit dem Suchbegriff zu tun haben¹³.

B. Übersicht

Zuerst erfolgt eine kurze ökonomische Betrachtung, worin die Interessen der Nutzer, Kennzeicheninhaber und Seitenbetreiber hinsichtlich des Gebrauchs von Meta Tags dargestellt werden. Weiter wird gezeigt, inwieweit der Markt oder die Technik die Meta Tag-Problematik regelt.

In den USA haben – zumeist am Rande einer Domain Namen Streitigkeit – bereits einige Gerichte über fremde Kennzeichen in Meta Tags entschieden. Die keineswegs gefestigte Rechtsprechung erkennt in der Verwendung fremder Kennzeichen in Meta Tags die Gefahr einer sog. „initial interest confusion“. Danach profitiert der Seitenbetreiber ungebührlich von der Bekanntheit des fremden Kennzeichens, selbst wenn er mit seinem Verhalten keine Gefahr der Verwechslung von Gütern oder Dienstleistungen verursacht. Zulässig ist die Verwendung von fremden Kennzeichen in Meta Tags aber dennoch, wenn sie im Rahmen des „fair use“, d.h. zur besseren Umschreibung der eigenen Produkte, zur Berichterstattung, Parodie usw. geschieht.

In der Schweiz sind, soweit ersichtlich, noch keine Urteile betreffend Meta Tags ergangen. Art. 3 lit. d UWG zum Schutz vor Verwechslungsgefahr greift nicht, weil Kennzeichen in Meta Tags gar nicht kennzeichenmässig gebraucht werden und deshalb

¹³ O'Rourke (Metatagging), 294.

beim Nutzer auch keine Fehlvorstellung auslösen können. Und selbst wenn man Zeichen in Meta Tags Kennzeichenfunktion beimessen wollte, wird ein Nutzer deswegen kaum Leistungen verwechseln oder Verbindungen zwischen den dahinterstehenden Anbietern vermuten. Die befristete Verwechslung, wie sie in den USA unter dem Begriff „initial interest confusion“ bekannt ist, wird vom Schweizer Recht nicht erfasst. Das Bundesgericht überprüft einzig eine Verwechslungsgefahr für die Abnehmer im Zeitpunkt des Kaufes. Ebensovienig werden Nutzer durch Meta Tags im Sinne des UWG irregeführt (Art. 3 lit. b). Meta Tags verursachen keine Täuschung, die letztlich zu einem Fehlkauf führt. Zudem ist in begrifflicher Hinsicht zweifelhaft, ob ein Meta Tag eine „Angabe“ im Sinne der Bestimmung betreffend die Irreführung ist.

Dem Ausstattungsschutz und dem Anlehungsverbot, die sich beide zumindest teilweise auf die UWG-Generalklausel stützen, sind dagegen Wertungen zu entnehmen, die sich für die Beurteilung von Meta Tags eignen. Verboten ist das planmässige, raffinierte und systematische Heranschleichen an die Errungenschaften eines anderen zwecks Trittbrettfahrens. Die Verwendung von fremden Kennzeichen in Meta Tags kann im Einzelfall ein solches Heranschleichen darstellen. Jedoch gibt es auch mannigfaltige Gründe für den gerechtfertigten Gebrauch von fremden Kennzeichen in Meta Tags.

Im Rahmen der Ergebnisse werden zunächst die geltenden Regelungsmechanismen rekapituliert und Anforderungen an eine sinnvolle Regulierung gestellt. Dann wird für die Beurteilung von Meta Tags das sog. Relevanzprinzip vorgeschlagen, das der U.S.-Literatur entstammt. Begriffe in Meta Tags sind danach zulässig, wenn sie hinsichtlich der betreffenden Website einen Bezug haben, d.h. relevant sind. Das Relevanzprinzip ist in Ansätzen im geltenden Recht der USA und der Schweiz enthalten. Abschliessend erfolgen dogmatische Ausführungen, die eine direkte Anwendung des Relevanzprinzips gestützt auf die UWG-Generalklausel begründen.

C. Ökonomische Betrachtung

Bei einer ökonomischen Betrachtung der Meta Tag-Problematik sind die Interessen von drei Parteien darzustellen und gegeneinander abzuwägen. Betroffen sind die Interessen der Nutzer, der Seitenbetreiber sowie der Kennzeicheninhaber.

Der Nutzer möchte im Internet mit möglichst wenig Aufwand möglichst viele wesentliche und zuverlässige Informationen erlangen. Aus seiner Sicht erschweren

manipulativ gesetzte Meta Tags die Suche im Internet und erhöhen damit die Suchkosten¹⁴. Sinnvoll gesetzte Meta Tags erleichtern dagegen die Suche und senken die Suchkosten. Denn der Internet-Nutzer gelangt leichter an Informationen über benötigte Leistungen. Dadurch kann er jene Leistungen finden, die seine Bedürfnisse am besten befriedigen.

Diesem Interesse der Nutzer steht jenes der Seitenbetreiber gegenüber, welche ihre Websites möglichst weit verbreiten wollen¹⁵. Sie manipulieren deshalb die Meta Tags mit häufig verwendeten kennzeichnenden oder beschreibenden Begriffen, unabhängig von deren inhaltlichen Verbindung zur Website. So bringen die Seitenbetreiber ihre Websites möglichst häufig in die Suchergebnisse von Suchmaschinen und erlangen damit die Aufmerksamkeit der Nutzer.

Die dritte Interessengemeinschaft bilden die Kennzeicheninhaber. Sie möchten ihre Zeichen möglichst weitgehend kontrollieren. Nach deren Willen sollen die Zeichen deshalb ausschliesslich im Zusammenhang mit dem bezeichneten Produkt verwendet werden. Davon erhoffen sich die Kennzeicheninhaber die grössten Erträge aus der Bekanntheit ihrer Zeichen.

Eine ökonomisch sinnvolle Regelung lässt Meta Tags in jenem Umfang zu, in dem drei Parteien zusammen am meisten profitieren.

D. Regulierung durch den Markt oder durch technische Mittel

Marktmechanismen lösen das Meta Tag-Problem nicht. Der durchschnittliche Nutzer sieht einer Seite nicht an, dass sie manipulativ gesetzte Meta-Tags enthält, und kann deshalb den dahinterstehenden Seitenbetreiber nicht „bestrafen“, indem er die Website meidet. Vielmehr findet der Nutzer manchmal unter den unwesentlichen Suchergebnissen eines, welches ihn in anderem Zusammenhang interessiert, worauf er die entsprechende Website abrufen¹⁶. Damit erhält der Seitenbetreiber aufgrund des manipulierten Meta Tags einen zusätzlichen Besucher.

Auch technisch scheint das Problem in absehbarer Zeit nicht lösbar zu sein. Zwar versuchen die Betreiber von Suchmaschinen ständig, ihre Suchalgorithmen zu verfeinern

¹⁴ O'Rourke (Metatagging), 306; Menke (Meta-Tags), 988.

¹⁵ Nathenson (Spamdexing), 73.

¹⁶ Nathenson (Spamdexing), 90 f.

und manipulierte Meta Tags aufzudecken¹⁷. Dennoch haben einige Betreiber von Suchmaschinen resigniert und schenken den Meta Tags beim Durchsuchen der Websites verminderte Beachtung oder verzichten sogar ganz auf deren Berücksichtigung¹⁸. Finden Meta Tags überhaupt keine Berücksichtigung mehr, können sie auch nicht ihre positiven Effekte für die Suche im Internet entfalten und werden damit nutzlos.

E. Rechtslage in den USA

1. Übersicht

Rechtsprechung und Literatur in den USA überprüfen Meta Tags hauptsächlich auf ihre kennzeichenrechtliche Zulässigkeit. Dabei wird untersucht, ob das streitbare Meta Tag mit dem fremden Kennzeichen beim Nutzer die Gefahr einer Verwechslung hinsichtlich Betreiber der entsprechenden Website hervorruft¹⁹, oder ob es geeignet ist, ein berühmtes Kennzeichen des Klägers zu verwässern²⁰.

2. Rechtsprechungsübersicht

U.S.-Gerichte behandelten bereits Fälle, in denen die beklagte Partei ein Kennzeichen des Klägers in die Meta Tags der eigenen Website eingefügt hatte. Die Gerichte machten jedoch in vielen Fällen sehr knappe Erwägungen und gaben deshalb auf die Frage der Zulässigkeit von Meta Tags keine ausreichende Antwort. Soweit der Kläger neben der Meta Tag-Streitigkeit zugleich die Zulässigkeit eines Domain Namens überprüfen liess, fand die Frage der Meta Tags in den Erwägungen in der Regel wenig Beachtung. Dem Verbot der Benutzung eines streitbaren Domain Namens folgte zumeist ohne eingehende

¹⁷ Clark (Unfair Competition), 1356.

¹⁸ Die Suchmaschine „Excite“ schenkt den Meta Tags keine Beachtung. „Hotbot“ erachtet die Meta Tags als aussageschwach und berücksichtigt sie beim Erstellen von Suchergebnissen nur geringfügig. Andere Suchmaschinen beachten die Meta Tags z.B. dann nicht, wenn darin dasselbe Wort immerzu wiederholt wird, vgl. O'Rourke (Metatagging), 286; Nathenson (Spamdexing), 65 f.

¹⁹ Rechtsgrundlage sind Sec. 32 (1) (a) Lanham Act (15 U.S.C.A. § 1114 (1)(a)) für registrierte sowie Sec. 43 (a) Lanham Act (15 U.S.C.A. § 1127 (a)) für nichtregistrierte und registrierte Kennzeichen.

²⁰ Sec. 43 (c) (1) Lanham Act (15 U.S.C.A. 1125 (c) (1)).

Prüfung das Verbot der kennzeichenidentischen Meta Tags²¹. Bisweilen qualifizierte das Gericht den Gebrauch der Meta Tags als „fair use“ und prüfte die geltend gemachten Rechtsgrundlagen – dabei handelte es sich zumeist um Kennzeichenrecht – nicht oder nur sehr knapp²². In weiteren Fällen wurde entweder der Vorwurf widerrechtlicher Meta Tags unzureichend substantiiert²³, die Parteien einigten sich auf einen gerichtlichen Vergleich,²⁴ oder das Gericht beendete das Verfahren aus prozessualen Gründen, bevor es zur Überprüfung der materiellen Rechtsfrage gelangte²⁵.

3. Schutz vor Kennzeichenverwässerung (Dilution)

Ein Teil der U.S.-Lehre vertritt die Ansicht, missbräuchliche Meta Tags würden berühmte Kennzeichen verwässern²⁶. Die Auflistung zahlreicher irrelevanter Websites nach Eingabe eines Kennzeichens in eine Suchmaschine sei geeignet, die Kennzeichenkraft des

²¹ Playboy Enterprises, Inc. v. Universal Tel-A-Talk, Inc. et al., 1998 U.S. Dist. LEXIS 17282 (E.D.Pa. 1998). Rechtliche Ausführungen zu Meta Tags findet man dagegen in Brookfield Communications, Inc. v. West Coast Entertainment Corporation, 174 F.3d 1036, Meta Tags ab 1061 (9th Cir. 1999), und Playboy Enterprises, Inc. v. Asiafocus International, Inc., Civ. Act. No. 97-734-A, 1998 WL 724000 (E.D.Va. 1998).

²² Playboy Enterprises, Inc. v. Welles, 7 F.Supp.2d 1098 (S.D.Cal. 1998), aff'd without opinion 162 F.3d 1169 (9th Cir. 1998); Bally Total Fitness Holding Corporation v. Faber, 29 F.Supp.2d 1161 (C.D.Cal. 1998). In Playboy Enterprises, Inc. v. Welles, 78 F.Supp.2d 1066, 1091 ff. (S.D.Cal. 1999), wird nach einlässlicher Prüfung eine „initial interest confusion“ verneint und „fair use“ bejaht.

²³ Patmont Motor Werks, Inc. v. Gateway Marine, Inc., No. C 96-2703 TEH, 1997 U.S. Dist. LEXIS 20877 (N.D. Cal. 1997).

²⁴ Insituform Technologies, Inc. v. National EnviroTech Group, No. C-97-2064 EDL (E.D.La. 1997); Kuester/Nieves (Analysis), 275.

²⁵ Oppedahl & Larson v. Advanced Concepts, Civ. Act. No. 97-Z-1592, 1998 U.S. Dist. LEXIS 18359 (D.Colo. 1998); Oppedahl & Larson v. Advanced Concepts, Civ. Act. No. 97-Z-1592, 1997 U.S. Dist. LEXIS 23105 (D.Colo. 1997); Oppedahl & Larson v. Advanced Concepts, Civ. Act. No. 97-Z-1592, 1997 U.S. Dist. LEXIS 23108 (D.Colo. 1997). Vgl. zu diesen Fällen auch Nathenson (Spamdexing), 69: „Permanent injunctions have been granted, two on joint motion and another by default. Unfortunately, the court did not have the opportunity to reach a decision on the merits“.

²⁶ Nathenson (Spamdexing), 118 ff.; Chancey (Meta-Tags), 222 ff., 225. Zurückhaltend: O'Rourke (Metatagging), 302. A.M.: Mills (Metatags), Rz. 44 ff.

betreffenden Zeichens zu mindern²⁷. Das Kennzeichen verliere seine Eigenschaft als unterscheidungskräftiger Suchbegriff, der bei Gebrauch einer Suchmaschine zum Auffinden der Website mit dem entsprechenden Angebot diene²⁸. Auch in der Rechtsprechung findet sich die Erwägung, wonach Meta Tags die Unterscheidungskraft des klägerischen Kennzeichens schwächen²⁹. Schutz vor Verwässerung geniessen nur berühmte Kennzeichen³⁰.

4. Schutz vor Verwechslungsgefahr

4.1 Allgemein

Einige Gerichte in den USA erkennen eine Gefahr darin, dass fremde Kennzeichen in Meta Tags beim Nutzer eine Verwechslung oder eine Irreführung hinsichtlich der Quelle einer Leistung auf der Website hervorrufen³¹. In einem entsprechend beurteilten Sachverhalt übernahm die Beklagte Buchstabe für Buchstabe die Meta Tags ihrer Konkurrentin. Sie erschien deswegen in Suchergebnissen der Suchmaschinen öfter in den ersten Resultaten als die Konkurrentin selbst³². Nach Feststellung des Gerichts wird dadurch beim Publikum der Eindruck erweckt, die Beklagte sei auch unter dem Namen der Klägerin bekannt, die Parteien seien in irgendeiner Form miteinander verbunden, die Klägerin vermarkte von der Beklagten hergestellte Produkte, oder die Website der Beklagten sei dieselbe wie jene der Klägerin³³. Ein weiteres Gericht gelangte bei ähnlicher Sach-

²⁷ Mills (Metatags), Rz. 45, entgegnet, dass die Nutzer ohnehin Hunderte von Hinweisen in den Suchresultaten erwarten und auch erhalten würden. Wenn nun einige dieser Hinweise aufgrund eines manipulierten Meta Tags in die Liste mit den Suchresultaten gelangten, werde die Unterscheidungskraft des Kennzeichens/Suchbegriffs damit kaum massgeblich gemindert. Nach Clark (Unfair Competition), 1354, hat der Nutzer vor Eingabe des Kennzeichens in die Suchmaschine eine klare Vorstellung vom Produkt, das hinter dem Kennzeichen steht. Ein (zu) umfangreiches Suchresultat werde diese Vorstellung nicht verändern.

²⁸ Nathenson (Spamdexing), 119.

²⁹ Playboy Enterprises, Inc. v. Asiafocus International, Inc., Civ. Act. No. 97-734-A, 1998 WL 724000, *8 (E.D.Va. 1998): „This strategy epitomizes the ‚blurring‘ of PEI’s trademarks“.

³⁰ Sec. 43 (c) (1) Lanham Act (15 U.S.C.A. 1125 (c) (1)).

³¹ Niton Corporation v. Radiation Monitoring Devices, Inc., 27 F.Supp.2d 102 (D.Mass. 1998); Playboy Enterprises, Inc. v. Asiafocus International, Inc., Civ. Act. No. 97-734-A, 1998 WL 724000 (E.D.Va. 1998); Brookfield Communications, Inc. v. West Coast Entertainment Corporation, 174 F.3d 1036, Meta Tags ab 1061 (9th Cir. 1999).

³² Niton Corporation v. Radiation Monitoring Devices, Inc., 27 F.Supp.2d 102, 104 (D.Mass. 1998).

³³ Niton Corporation v. Radiation Monitoring Devices, Inc., 27 F.Supp.2d 102, 105 (D.Mass. 1998).

lage zum gleichen Ergebnis³⁴. Danach nehme der Nutzer eine Verbindung an zwischen dem Kennzeicheninhaber und der Website, zu welcher er nach Eingabe des Kennzeichens in eine Suchmaschine gelange.

In der U.S.-Literatur wird eine Verwechslungsgefahr, verursacht durch Meta Tags, mehrheitlich nicht für möglich gehalten. Nicht der Nutzer, sondern die Suchmaschine werde getäuscht³⁵. Der Nutzer könne schon anhand der kurzen Umschreibungen bei den Suchresultaten feststellen, ob eine Website für seine Zwecke von Bedeutung sei³⁶. Zudem habe er keine hohen Erwartungen hinsichtlich der Relevanz der Suchergebnisse und rechne mit unzureichenden Hinweisen³⁷. Und selbst wenn sich ein Nutzer aufgrund eines manipulierten Suchergebnisses zur falschen Website durchklicke, werde er spätestens dort seinen Irrtum bemerken, weil er das Kennzeichen, welches er zuvor als Suchbegriff eingegeben habe, typischerweise auf der Website selbst nicht vorfinden werde³⁸. Es ist als Meta Tag versteckt im Quellcode der Website.

4.2 „Initial interest confusion“

Das Gericht in *Brookfield Communications, Inc. v. West Coast Entertainment Corporation* teilt zwar die Meinung in der Literatur, wonach der Nutzer aufgrund irrelevanter Suchergebnisse nicht einer Verwechslungsgefahr unterliegt und eine klare Vorstellung von der Quelle einer bestimmten Leistung hat³⁹. Dennoch werde bei Verwendung eines fremden Kennzeichens in den Meta Tags der Markt durch eine sog. „initial interest confusion“ verfälscht⁴⁰.

Von einer „initial interest confusion“ spricht man im allgemeinen, wenn der Konsument auf seiner Suche nach einer bestimmten Leistung während eines kurzen Zeitraums

³⁴ Playboy Enterprises, Inc. v. Asiafocus International, Inc., Civ. Act. No. 97-734-A, 1998 WL 724000, *8 (E.D.Va. 1998).

³⁵ Nathenson (Spamdexing), 113.

³⁶ Nathenson (Spamdexing), 112 f.; Chancey (Meta-Tags), 224.

³⁷ O'Rourke (Metatagging), 294; Mills (Metatags), Rz. 18.

³⁸ O'Rourke (Metatagging), 296.

³⁹ Brookfield Communications, Inc. v. West Coast Entertainment Corporation, 174 F.3d 1036, 1062 (9th Cir. 1999).

⁴⁰ Brookfield Communications, Inc. v. West Coast Entertainment Corporation, 174 F.3d 1036, 1065 (9th Cir. 1999).

irreführt wird⁴¹. Die Irreführung wird dadurch ausgelöst, dass ein Anbieter ein unterscheidungskräftiges Merkmal eines Mitbewerbers gebraucht. Bei einer „initial interest confusion“ löst sich dieser Irrtum aber noch vor einem allfälligen Vertragsschluss auf, so dass der Verbraucher die tatsächliche Quelle der Leistung erkennt und entsprechend sein Verhalten ändern kann⁴². Doch nachdem der zumeist kurz andauernde Irrtum ausgeräumt ist, kehren einige Verbraucher nicht mehr zum zuvor gesuchten Anbieter zurück. Beim neuen Anbieter verbleiben sie entweder aus Bequemlichkeit oder weil sie überhaupt durch diesen Irrtum erst das ihnen besser scheinende Konkurrenzangebot entdeckten⁴³. Dieser Anbieter profitiert damit ungerechtfertigt vom unterscheidungskräftigen Merkmal seines Konkurrenten.

Das Verbot der „initial interest confusion“ wird in der U.S.-Rechtsprechung nicht durchgehend gestützt, und sie steht auch in der Literatur unter Kritik. Gründe dazu sind die kurze Dauer der Verwechslungsgefahr⁴⁴ sowie ihre Wirkungslosigkeit auf die Kaufentscheidung⁴⁵. Weiter schützt diese Regel ausschliesslich den Kennzeicheninhaber⁴⁶. Der Verbraucher dagegen profitiert, wenn seine Aufmerksamkeit auf Konkurrenzprodukte gelenkt wird, solange dies seinen endgültigen Kaufentscheid nicht beeinflusst.

Nach Feststellung des Gerichts in *Brookfield* eignet sich jedoch das Verbot der „initial interest confusion“ für die Regulierung der Meta Tag-Problematik⁴⁷. Ein Nutzer, der ein Kennzeichen als Suchbegriff eingegeben habe, finde im Suchergebnis aufgrund des manipulierten Meta Tags neben dem Link zur Website des Kennzeicheninhabers zugleich den Link zu einem Konkurrenten. Wenn der Nutzer sich gestützt auf die Beschreibung im Suchergebnis kein schlüssiges Bild von der Anbieterschaft machen könne, gelange er möglicherweise bis zur falschen Website, bevor sich sein Irrtum auflöse. Selbst wenn sich der Nutzer spätestens in diesem Moment über die Unzutreff-

⁴¹ Blockbuster Entertainment Group v. Laylco, Inc., 869 F.Supp. 505, 513 (E.D.Mich. 1994); Mills (Metatags), Rz. 23.

⁴² Jordache Enterprise, Inc. v. Levi Strauss & Co., 841 F.Supp. 506, 514 f. (S.D.N.Y. 1993).

⁴³ Brookfield Communications, Inc. v. West Coast Entertainment Corporation, 174 F.3d 1036, 1064 (9th Cir. 1999).

⁴⁴ Teletech Customer Care Management, Inc. v. Tele-Tech Co., 977 F.Supp. 1407, 1410, 1414 (C.D.Cal. 1997); Nathenson (Spamdexing), 114.

⁴⁵ Astra Pharmaceutical Prod., Inc. v. Beckman Instruments, Inc., 718 F.2d 1201, 1207 (1st Cir. 1983).

⁴⁶ Nathenson (Spamdexing), 114, sagt dies nur indirekt: „If consumer confusion is the loadstone for trademark infringement, then why impose liability when no realistic possibility of confusion exists?“.

⁴⁷ Brookfield Communications, Inc. v. West Coast Entertainment Corporation, 174 F.3d 1036, 1062 (9th Cir. 1999).

lichkeit des Anbieters im klaren sei, verbleibe er möglicherweise auf der Website, weil ihm die darauf angebotene Leistung zusage, oder weil er den Aufwand zum Herunterladen der erstmals gesuchten Website scheue. Unter diesen Umständen könne der Betreiber der betreffenden Website ungerechtfertigt vom Ruf des fremden Kennzeichens profitieren, selbst wenn keine Verwechslung im gebräuchlichen Sinne ausgelöst werde.

In der U.S.-Literatur wird bezweifelt, dass Meta Tags eine „initial interest confusion“ auslösten. Weil die Nutzer mit unzutreffenden Suchergebnissen rechnen und diese anhand der Zusatzinformationen unmittelbar erkennen würden, gebe es überhaupt gar keinen Zeitraum, in dem ein Irrtum möglich sei⁴⁸. Erkennt der Nutzer die Unzutrefflichkeit des Suchergebnisses und suche er dennoch das Angebot ohne Bezug zum Suchbegriff auf, liege keine „initial interest confusion“ vor⁴⁹. Der entscheidende Schritt zum anderen Hersteller geschehe frei von jeder Täuschung.

F. Rechtslage in der Schweiz

1. Übersicht

Die Verwendung fremder Kennzeichen in Meta Tags wird nachfolgend unter den Aspekten der Verwechslungsgefahr, der Irreführung, des Ausstattungsschutzes unabhängig von einer Verwechslungsgefahr und der Anlehnung geprüft. Fremde Kennzeichen in Meta Tags führen keine Verwechslungsgefahr herbei, weil sie gar nicht kennzeichenmässig gebraucht werden. Und selbst wenn man bei Meta Tags von einem kennzeichenmässigen Gebrauch ausgehen wollte, ist eine tatsächliche Verwechslungsgefahr dennoch unwahrscheinlich. Eine zeitweilige Verwechslungsgefahr mit Auflösung der Täuschung vor Vertragsschluss ist laut Bundesgericht nicht verboten. Das Irreführungsverbot greift nicht, weil die Meta Tags den Nutzer nicht zu einem Fehlkauf verleiten, und weil sie keine „Angaben“ im Sinne des Gesetzes sind. Dagegen lassen sich dem Ausstattungsschutz und dem Anlehnungsverbot Prinzipien entnehmen, welche die Verwendung von fremden Kennzeichen in Meta Tags regulieren. Verboten ist demnach die raffinierte und systematische sowie die anlehende und besonders subtile Verwendung fremder Kennzeichen in Meta Tags zwecks Heranschleichens an den guten Ruf des Kennzeicheninhabers. Die Verwendung fremder Kennzeichen in Meta Tags ist jedoch gerechtfertigt, wenn sie zur Umschreibung der eigenen Leistung sowie der Berichterstattung dient. Gemeinsam ist

⁴⁸ Mills (Metatags), Rz. 26.

⁴⁹ Mills (Metatags), Rz. 27.

den untersuchten Rechtsbehelfen, mit Ausnahme des Irreführungsverbots, der Fokus auf die Interessen der Kennzeicheninhaber. Die Interessen der Nutzer sind nur reflexiv geschützt.

2. Schutz vor Verwechslungsgefahr (Art. 3 lit. d UWG)

2.1 Überblick

Bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr aufgrund zweier ähnlicher oder identischer Kennzeichen gestützt auf das UWG darf man den materiellen Schutzbereich des MSchG weder einengen noch ausweiten⁵⁰. Nach MSchG schutzunwürdige Zeichen können auch über den Umweg des UWG keinen Schutz erlangen. Das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr wird im UWG wie im MSchG, aber auch im Firmen- oder Namensrecht nach weitgehend denselben Kriterien überprüft⁵¹.

Zunächst muss das Kennzeichen, für welches Schutz beansprucht wird, schutzwürdig sein. Dem können die absoluten Ausschlussgründe entgegenstehen, z.B. mangelnde Unterscheidungskraft oder Verstoss gegen gute Sitten oder geltendes Recht⁵². Im Zusammenhang mit der Verwendung von Kennzeichen in Meta Tags tauchen diesbezüglich keine Sonderfragen auf. Dagegen sind die weiteren Voraussetzungen einer Verwechslungsgefahr bei der Beurteilung von Meta Tags zu prüfen. Erstens muss das jüngere Kennzeichen, d.h. das Kennzeichen im Meta Tag kennzeichenmässig gebraucht werden⁵³. Und zweitens müssen das jüngere und das ältere Kennzeichen im gleichen sachlichen Betätigungsfeld Verwendung finden⁵⁴. Sind sich die betroffenen Geschäftsfelder

⁵⁰ Pedrazzini (UWG), 98 f., 101 f. Vgl. auch SIWR-Müller, 45, wonach Wertungen des Markenschutzgesetzes nicht mit Hilfe des Lauterkeitsrechts unterlaufen werden dürfen, m.H.a. BGE 84 II 221, 227, 80 II 171, 173 f (Clix/Clip). In Bereichen ohne Spezialrechtsschutz kann ein Verhalten dennoch unlauter sein, z.B. wenn die Nachahmungsfreiheit missbraucht wird oder wenn Umstände vorliegen, die im Spezialrecht gar keine Beachtung finden, vgl. HGer ZH, 29.6.1999 (Rivella/Apiella II); sic! 1999, 581, 584. Erforderlich sind andere Umstände als die blossе Gefahr einer Verwechslung von Waren, vgl. BGE 116 II 471, 473 (Kotflügel); 112 II 362, 364 f.

⁵¹ BGE 125 III 193, 200 f. (Bud); 119 II 473, 475 (Radion); 116 II 614, 616 (Gucci); BGer, 2.5.2000 (berneroberland.ch); sic! 2000 403, 404; Pedrazzini (UWG), 96; SIWR-Streuli-Youssef, 152; Cherpillod (Internet), 123; SIWR-Hilti, 477.

⁵² Art. 2 MSchG, mit weiteren absoluten Ausschlussgründen. Die Kohärenz der Rechtsordnung verlangt, dass auch das UWG solche Zeichen nicht schützt, vgl. Pedrazzini (UWG), 98 f.

⁵³ Art. 13 Abs. 2 MSchG.

⁵⁴ Art. 13 Abs. 2 i.V.m. Art. 3 MSchG.

lediglich ähnlich, ist zusätzlich das Vorliegen einer tatsächlichen Verwechslungsgefahr erforderlich.

Es liegt in der Natur der Sache, dass Kennzeichen in Meta Tags immer mit den Kennzeichen des Klägers identisch sind, weil ansonsten die Suchmaschine gar nicht beeinflusst würde. Die Zeichenähnlichkeit oder -gleichheit braucht deshalb an dieser Stelle nicht untersucht zu werden.

2.2 Kennzeichenmässiger Gebrauch

2.2.1 Allgemein

Der Kennzeicheninhaber kann lediglich den kennzeichenmässigen Gebrauch seines Zeichens verbieten⁵⁵. Unter kennzeichenmässigem Gebrauch versteht man die Verwendung des Zeichens zur Unterscheidung der einen Leistung oder des einen Anbieters von anderen Leistungen bzw. Anbietern. Nur unter diesen Umständen kann der Abnehmer irrtümlich eine falsche Leistung erwerben, wodurch der Inhaber des älteren Zeichens zu Schaden kommt. Das MSchG nennt Beispiele für den kennzeichenmässigen Gebrauch: Anbringen des Zeichens auf Waren oder Verpackungen; Bezeichnen im Zusammenhang mit Anbieten, in Verkehr setzen und Lagern von Gütern; Bezeichnen von Dienstleistungen; Aus- und Einfuhr von Waren mit dem entsprechenden Zeichen sowie Verwendung des Zeichens auf Geschäftspapieren, in der Werbung oder sonstwie im geschäftlichen Verkehr⁵⁶.

Nicht jeder Gebrauch unter den genannten Umständen ist kennzeichenmässig⁵⁷. Wo z.B. ein fremdes Kennzeichen, für den Abnehmer ersichtlich, nur der Dekoration dient, liegt kein kennzeichenmässiger Gebrauch vor⁵⁸. Ebenso ist die Verwendung fremder

⁵⁵ BGE 120 II 144, 148 (Yeni Raki) = Pra 84 (1995), Nr. 255, 848; Botschaft MSchG, 26; SIWR-Marbach, 196; MSchG-David, Vorb. zum 3. Titel, Rz. 35a.; Müller (Entwicklungen), 312.

⁵⁶ Art. 13 Abs. 2 MSchG. Die Aufzählung ist nicht abschliessend, vgl. Botschaft MSchG, 26; SIWR-Marbach, 197; MSchG-David, Art. 13, Rz. 10.

⁵⁷ SIWR-Marbach, 196, nennt ein Beispiel, in welchem im Rahmen einer Modewerbung ein klar gekennzeichnetes Auto erscheint. Selbst wenn damit das Kennzeichen des Autos im Rahmen einer Werbung verwendet werde, so diene es dennoch nicht als Unterscheidungsmittel. Ein kennzeichenmässiger Gebrauch liege nicht vor.

⁵⁸ Cour d'appel de Berne, 30.10.1997; sic! 1998 59, 63; Gerichtskreis VIII Bern-Laupen, 29.9.1997; sic! 1998, 54, 56.

Kennzeichen zulässig bei Produktvergleichen⁵⁹ oder bei der Beschreibung der eigenen Leistung, z.B. Ersatzteile oder Reparaturleistungen⁶⁰.

2.2.2 Meta-Tag als kennzeichenmässiger Gebrauch?

In der Schweizer Literatur wird mehrheitlich die Ansicht vertreten, dass die Verwendung eines Kennzeichens in Meta Tags keinen kennzeichenmässigen Gebrauch des Zeichens darstellt⁶¹. Das Kennzeichenrecht verlange die Wahrnehmbarkeit des Zeichens, weil dieses nur so seine Unterscheidungsfunktion erfüllen könne⁶². Die theoretische Wahrnehmbarkeit der Meta Tags im Quellcode jeder Website genüge nicht, weil zur tatsächlichen Wahrnehmung grössere, zumeist nicht unternommene Anstrengungen notwendig seien⁶³.

Dagegen mag man vorbringen, das identische Suchwort widerspiegle das wahrnehmbare Kennzeichen: Der Nutzer nimmt das Kennzeichen bei der Suchworteingabe zur Kenntnis. Dann betrachtet er die Suchergebnisse, trifft eine Wahl, lädt die betreffende Website herunter und gelangt dann zu einem Leistungsangebot oder einer Werbung.

Offenbar ist die Verbindung sehr lose zwischen dem Suchwort-Kennzeichen und der Website, auf der eine Leistung angeboten oder beworben wird⁶⁴. Das Suchwort als einzige wahrnehmbare Form des Kennzeichens dient unter diesen Umständen nicht der Individualisierung der Website bzw. einer darauf feilgebotenen Leistung.

2.2.3 Exkurs: Meta Tag als Gebrauch im Sinne des deutschen Markengesetzes

In Deutschland gibt es ausgiebig Rechtsprechung und Literatur zur Meta Tag-Problematik. Darin ist ebenfalls die Frage von Bedeutung, welcher Art die Verwendung eines Kennzeichens in einem Meta Tag ist. Die Beantwortung dieser Frage ist noch erschwert,

⁵⁹ SIWR-Marbach, 196.

⁶⁰ MSchG-David, Art. 13, Rz. 34 f.

⁶¹ Day (Metatags), 1466; Gilliéron (noms de domaine), 81, FN 92; Weber (E-Commerce), 255 f. A.M.: Tissot (droit des marques), 88 f.

⁶² Day (Metatags), 1466, weist auf die graphische Darstellbarkeit als Eintragungserfordernis hin, die in Art. 10 Abs. 1 MSchV verlangt wird. Daraus schliesst er, dass kennzeichenmässiger Gebrauch Wahrnehmbarkeit des Zeichens erfordert. Vgl. dagegen Tissot (droit des marques), 88 f., wonach ein Kennzeichen auch unsichtbar in einem Meta Tag zum Finden einer Leistung im Internet beitrage und damit eine Kennzeichenfunktion übernehme, die durch das Kennzeichenrecht zu schützen sei.

⁶³ Day (Metatags), 1467; Weber (E-Commerce), 256.

⁶⁴ Day (Metatags), 1467, weist darauf hin, dass das Suchergebnis nicht direkt zur Website mit dem unerwünschten Meta Tag führt, sondern ein weiteres Tätigwerden seitens des Nutzers erfordert.

weil in Deutschland höchstinstanzlich noch nicht geklärt ist, ob zur Anwendung des DMarkenG markenmässiger Gebrauch erforderlich ist oder ob kennzeichenmässiger Gebrauch genügt⁶⁵.

Soweit ersichtlich, gelangen die deutschen Gerichte durchwegs zur Feststellung, dass die Verwendung eines fremden Kennzeichens in Meta Tags ein Gebrauch im Sinne des DMarkenG darstellt.

Nach dem Landgericht Hamburg ist unerheblich, „(...) dass die Meta-Tags zunächst nicht sichtbar sind. Entscheidend ist vielmehr, dass durch die Eingabe der Suchworte i.V. mit den gesetzten Meta-Tags die Website des Beklagten erreicht wird und damit ersichtlich der Rechner des jeweiligen Benutzers die Meta Tags lesen kann.“⁶⁶ Gemäss dem Landgericht Mannheim ist der Verwender des fremden Kennzeichens „ARWIS“ in seinen Meta-Tags verantwortlich dafür, „(...) dass im Internet unter dem Suchwort ‚ARWIS‘ auf seine Homepage hingewiesen wird. Mit dieser Homepage wirbt der Bekl. für seinen Geschäftsbetrieb und die von ihm angebotenen Leistungen und Waren. Diese Art der Verwendung des Kennzeichens ‚ARWIS‘ stellt eine Benutzung im Sinne des (...) MarkenG dar.“⁶⁷ Weiter führt dasselbe Gericht aus: „Der Bekl. weist mit dem Suchwort ‚ARWIS‘ im Internet auf seine Homepage und damit auf seinen Geschäftsbetrieb hin. Er benutzt diese Bezeichnung daher als geschäftliche Bezeichnung i.S.d. § 15 MarkenG (...)“⁶⁸. Auch das Oberlandesgericht München hält eine Kennzeichenrechtsverletzung durch die Verwendung von Meta Tags für möglich. „Die in Maschinensprache niedergelegte Bezeichnung ist ebenso verwechselbar wie die in Schriftzeichen sichtbare Bezeichnung. Es genügt die Verwechslungseignung. Die Verwechselbarkeit liegt im übrigen auch in diesem Falle auf der Hand, weil die vom Sucher eingegebene Nennung von der Suchmaschine mit der Website der Beklagten zusammengeführt wird und so der Eindruck entsteht, als seien hier Waren der Klägerin erhältlich. Das ist eine Werbung unter Benutzung der Bezeichnung ‚Hanseatic‘.“⁶⁹ Und auch nach den Erwägungen des Landesgerichts

⁶⁵ Viefhues (Meta-Tags), 338, wonach der deutsche Bundesgerichtshof diese Frage bislang ausdrücklich offen gelassen hat, m.H.a. BGH, 15.1.1998 (Venus Multi); GRUR 1998, 697, 699; BGH, 5.3.1998 (Les Paules); GRUR 1998, 830, 835. Vgl. auch Kotthoff (Metatags), 159.

⁶⁶ LG Hamburg, 13.9.1999; CR 2000, 121, 122.

⁶⁷ LG Mannheim, 1.8.1997 (ARWIS); MMR 1998, 217.

⁶⁸ LG Mannheim, 1.8.1997 (ARWIS); MMR 1998, 217 f.

⁶⁹ OLG München, 6.4.2000 (Hanseatic); CR 2000, 461, 462.

Frankfurt „(...) hat diese Benutzung der Marke ungeachtet ihrer nur mittelbaren Wahrnehmbarkeit markenrechtliche Relevanz (...)“⁷⁰.

In der deutschen Lehre wird demgegenüber die Meinung vertreten, die Verwendung von Meta Tags sei kein Kennzeichengebrauch mit markenrechtlicher Bedeutung⁷¹. Ein Kennzeichen könne nur der Unterscheidung von verschiedenen Leistungen dienen, wenn es von den massgeblichen Verkehrskreisen überhaupt wahrgenommen werde, was bei Meta Tags nicht zutrefte. Selbst wenn man die Eingabe eines Suchbegriffes und den darauf folgenden Erhalt einer Liste mit Suchergebnissen noch als eine Form der Wahrnehmung des Kennzeichens betrachten wolle⁷², so reiche die Spezifizierung in den Suchresultaten regelmässig nicht bis zu einem bestimmten Produkt oder Hersteller⁷³. Vielmehr finde lediglich eine Eingrenzung der möglicherweise relevanten Internet-Seiten aus dem unendlichen Meer aller Websites statt. Ein solcher Vorgang stelle aber keine Individualisierung dar, wie sie der Begriff des Gebrauchs im DMarkenG verlange. Der durchschnittliche Nutzer hege bei seiner Suche auch keine entsprechenden Erwartungen. Wenn er ein Kennzeichen als Suchbegriff eingabe, so erwarte er im Ergebnis gleichermassen Websites, die unmittelbar oder mittelbar mit dem Kennzeicheninhaber in Verbindung stünden, wie auch Websites mit Angaben von Dritten über den Kennzeicheninhaber oder dessen Produkte⁷⁴.

2.2.4 Schlussfolgerung

Für und wider die Kennzeicheneigenschaft von Begriffen in Meta Tags werden gewichtige Argumente ins Feld geführt. Dabei dienen deutsche Rechtsprechung und Literatur als hervorragende Quelle von Argumenten, die sich auch mit Blick auf das Schweizer Recht vorbringen lassen. Nach der hier vertretenen Meinung haben Meta Tags keine Kennzeicheneigenschaft. Der vom Nutzer selbst eingegebene Suchbegriff, der letztlich die einzige visuelle Wahrnehmung des Begriffes im Meta Tag darstellt, hat eine ausgesprochen lose Bindung zum bezeichneten Angebot. Dazwischen liegt eine automatische Suche im zumeist unvollständigen Archiv der Suchmaschine, die Auflistung der Ergeb-

⁷⁰ LG Frankfurt, 3.12.1999 (DiaProg); CR 2000, 463, 464.

⁷¹ Viefhues (Meta-Tags), 338; Kotthoff (Metatags), 160. A.M.: Ernst (Anm. LG Hamburg), 122; Menke (Meta-Tags), 985. Nach Kur (Metatags), 451, kann ein Kennzeichen in einem unsichtbaren Meta Tag zumindest nicht unmittelbar eine Unterscheidungsfunktion wahrnehmen.

⁷² So Ernst (Anm. LG Hamburg), 122.

⁷³ Viefhues (Meta-Tags), 339.

⁷⁴ Kur (Metatags), 452.

nisse nach nicht erkennbaren Kriterien sowie ein Auswahlprozess durch den Suchenden selbst. Kein Nutzer des Internets wird ernsthaft behaupten, die Eingabe eines Zeichens diene ihm als sicherer Weg zur Internet-Seite mit dem besagten Produkt. Internet-Nutzer beschwerten sich bei der Verwendung von Suchmaschinen denn auch nie über Verwechslungen, sondern v.a. über die mangelhafte Qualität der Suchergebnisse.

Damit entfällt nach der hier vertretenen Ansicht bei der rechtlichen Überprüfung von fremden Kennzeichen in Meta Tags die Anwendung aller Rechtsnormen, die mit einer Verwechslungsgefahr anknüpfen. Sind nämlich Meta Tags gar nicht in der Lage, eine Leistung zu kennzeichnen und damit einen Hinweis über die Herkunft zu machen, so finden die Verkehrskreise auch keinen Anhaltspunkt vor, der eine (Fehl-)Zurechnung ermöglicht.

2.3 Verwechslungsgefahr aufgrund von Meta Tags

2.3.1 Allgemein

Erachtet man, entgegen der hier vertretenen Ansicht, die Verwendung fremder Kennzeichen in einem Meta Tag als kennzeichenmässigen Gebrauch, folgt im nächsten Schritt die Überprüfung der Verwechslungsgefahr.

Das Zeichen im Meta Tag ist stets identisch mit jenem Zeichen, für welches der Schutz beansprucht wird. Denn schon bei der geringsten Abweichung wird die Suchmaschine das Meta Tag nicht mehr mit dem Kennzeichen in Verbindung bringen. Das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr hängt deshalb hauptsächlich davon ab, wie weit das sachliche Anwendungsgebiet von Meta Tag und Schutz beanspruchendem Kennzeichen auseinanderliegen⁷⁵. Das zur Abschätzung der Verwechslungsgefahr ebenfalls wichtige Element der Unterscheidungskraft wird an dieser Stelle vernachlässigt, weil es mit Blick auf die Meta Tag-Problematik keine besonderen Fragen aufwirft⁷⁶.

Finden Kennzeichen und das inkriminierende Meta Tag in der gleichen Branche Verwendung, geniesst das Kennzeichen unabhängig von einer allfälligen Verwechslungsgefahr Schutz⁷⁷. Wo die Branchen jedoch nur ähnlich sind, braucht es zum Verbot des Meta Tags eine tatsächliche Verwechslungsgefahr. Dabei unterscheidet man eine unmittelbare

⁷⁵ Art. 13 Abs. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 MSchG.

⁷⁶ Vgl. zur Bedeutung der Unterscheidungskraft: SIWR-Marbach, 113.

⁷⁷ Art. 3 Abs. 1 lit. a MSchG.

und eine mittelbare Verwechslungsgefahr⁷⁸. Bei Unmittelbarkeit läuft der Abnehmer Gefahr, irrtümlicherweise eine Leistung zu erstehen, von der er glaubt, sie sei eine andere. Bei mittelbarer Verwechslungsgefahr irrt sich der Abnehmer nicht über die erstandene Leistung, sondern über geschäftliche Verbindungen dahinterstehender Anbieter.

Soweit ersichtlich, gibt es in der Schweiz keine Rechtsprechung, die sich mit der Verwechslungsgefahr wegen Meta Tags befasst. In der Schweizer Literatur wird die Auffassung vertreten, dass Meta Tags beim Nutzer keine Fehlvorstellung über eine Geschäftsverbindung auslösen können⁷⁹.

Fragt man danach, ob ein fremdes Kennzeichen in einem Meta Tag eine Verwechslungsgefahr auslösen kann, bedürfen zwei Punkte der Klärung. Erstens interessiert die Bezugssphäre des Meta Tags bei der Eingrenzung des sachlichen Anwendungsgebiets. Will man nämlich über die Ähnlichkeit der sachlichen Anwendungsgebiete von Meta Tag und älterem Kennzeichen entscheiden, ist zunächst das Anwendungsgebiet eines Meta Tags abstrakt festzustellen. Zweitens stellt sich die Frage nach den Umständen, die auf eine Verwechslungsgefahr hindeuten.

Wenn es darum geht, das sachliche Anwendungsgebiet eines Zeichens im Internet festzustellen, ist nach der hier vertretenen Ansicht im Einklang mit der deutschen Lehre der Inhalt der inkriminierenden Website massgeblich⁸⁰. Zu weit ginge die Anknüpfung mit jeglicher Geschäftstätigkeit des Seitenbetreibers innerhalb und ausserhalb des Internets⁸¹. Zu eng dagegen erscheint die Auffassung, dass alle Kennzeichen im Internet, unabhängig vom Inhalt der dazugehörenden Websites, derselben Branche angehören, nämlich jener der Verbreitung von Informationen über das Internet⁸².

⁷⁸ SIWR-Marbach, 112; MSchG-David, Art. 3, Rz. 6.

⁷⁹ Baudenbacher (Kommentar), Art. 3 lit. b, Rz. 232. Day (Metatags), 1463 ff., unterlässt die Prüfung im Zusammenhang mit dem MSchG, weil er in der Verwendung von Meta Tags keinen kennzeichenmässigen Gebrauch eines Zeichens erkennt und deshalb gar nicht bis zur Frage der Verwechslungsgefahr gelangt. Wie er später die Anwendbarkeit von Art. 3 lit. d UWG feststellt, geht er ohne nähere Ausführungen von der Verwechslungsgefahr aus, vgl. Day (Metatags), 1469. Dagegen verneint Gilliéron (noms de domaine), 81, FN 92, eine Verwechslungsgefahr nach Art. 3 lit. d UWG, weil die Meta Tags vom Nutzer gar nicht wahrgenommen würden. Damit beantwortet er aber nicht die Frage der Verwechslungsgefahr, sondern jene des kennzeichenmässigen Gebrauchs. Ohne diesen ist eine Verwechslung unmöglich.

⁸⁰ Viefhues (Meta-Tags), 339.

⁸¹ Viefhues (Meta-Tags), 339.

⁸² So aber der vielerorts kritisierte Entscheid vom LG Düsseldorf, 4.4.1997 (epson.de); CR 1998, 165, 168.

Auch bei der Überprüfung der Umstände, die zu einer Verwechslungsgefahr führen, bietet sich der Blick nach Deutschland an. Ein Gericht in Hamburg erkennt bei annähernder Branchenidentität eine unmittelbare Verwechslungsgefahr, verursacht durch die Meta Tags, „(...) da sich die User auf einer Website der Klägerin wähen.“⁸³ Jedenfalls rechnet das Gericht mit einer mittelbaren Verwechslungsgefahr, „(...) da für den Internet-Benutzer die Annahme, zwischen beiden Geschäften bestehe eine Verbindung und/oder Kooperation, naheliegend erscheint.“⁸⁴

In der deutschen Literatur wird eine Verwechslungsgefahr aufgrund missbräuchlicher Meta Tags für möglich gehalten⁸⁵. Gelange ein Nutzer wegen den Meta Tags auf die Website eines Anbieters aus derselben Branche wie der Inhaber des Suchwort-Kennzeichens, werde er möglicherweise eine Verbindung zwischen der Website und dem Kennzeicheninhaber vermuten und sei damit einer mittelbaren Verwechslungsgefahr ausgesetzt⁸⁶. Massgeblich seien jedoch immer die Umstände des Einzelfalles⁸⁷. Allfällige Zweifel über die Herkunft von Websites beim Betrachten des Suchergebnisses könnten beim Besuch der Website mit dem Meta-Tag noch aus der Welt geschafft werden⁸⁸.

2.3.2 Insbesondere: Verwechslung auf den ersten Blick

Die Meta Tag-Problematik gibt Gelegenheit, sich mit der „initial interest confusion“ im Schweizer Recht auseinanderzusetzen⁸⁹. Eine solche „Verwechslung auf den ersten Blick“ liegt vor, wenn der Irreführte seine Aufmerksamkeit einem vertraut wirkenden Zeichen schenkt und dann aber kurz darauf bemerkt, dass es sich um eine andere als die angenommene Leistung handelt. Bereits an einem bestimmten Punkt angelangt, bezieht der Verbraucher die gesuchte Leistung möglicherweise irrtumsfrei beim Anbieter mit dem unklaren Kennzeichen. Insbesondere bei leichter Substituierbarkeit des gewünschten Produktes wird mancher Abnehmer das Aufsuchen des ursprünglich gesuchten

⁸³ LG Hamburg, 13.9.1999; CR 2000, 121.

⁸⁴ LG Hamburg, 13.9.1999; CR 2000, 121. In anderen Entscheiden aus Deutschland prüften die Gerichte die Frage der Verwechslungsgefahr nicht, weil Branchenidentität herrschte, LG Mannheim, 1.8.1997 (Arwis); MMR 1998, 217, 218, oder weil eine anderweitige Irreführung festgestellt wurde, OLG München, 6.4.2000 (Hanseatic); CR 2000, 461, 462.

⁸⁵ Menke (Meta-Tags), 986 f.; Viefhues (Meta-Tags), 339.

⁸⁶ Viefhues (Meta-Tags), 339.

⁸⁷ Menke (Meta-Tags), 986; Viefhues (Meta-Tags), 339.

⁸⁸ Viefhues (Meta-Tags), 339.

⁸⁹ Vgl. die Ausführungen dazu im U.S.-Recht weiter vorne, VIII.E.4.2 (S. 325 ff.).

Anbieters unterlassen. Schulbeispiel ist der Tankstellenwart, welcher ein „BP“-ähnliches Zeichen auf die Strasse stellt⁹⁰. Selbst wenn der anhaltende Autofahrer die Verwechslung vor Vertragsabschluss erkennt, wird er kaum den Weg zu einer anderen Tankstelle auf sich nehmen.

In der Schweizer Literatur finden sich Stimmen, welche die Verwechslung auf den ersten Blick unter Art. 3 lit. d UWG subsumieren und damit untersagen wollen⁹¹. Anlocken von Kundschaft auf diese Art trübe die Markttransparenz⁹².

Das Bundesgericht scheint demgegenüber, soweit ersichtlich, eine Verwechslungsgefahr nur im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses als widerrechtlich zu erachten⁹³. Es verdeutlicht diesen Standpunkt, indem es die mutmassliche Verwechslungsgefahr nicht am Durchschnittskäufer bemisst, sondern am kaufenden Publikum⁹⁴. Während der Durchschnittskäufer ein ständiger Vertreter jener Personengruppe ist, welche das betreffende Produkt üblicherweise erwirbt, beschreibt der Begriff des kaufenden Publikums eine Personengruppe im Zeitpunkt des Erwerbs von Waren und Dienstleistungen⁹⁵. Entsprechend kann der Durchschnittskäufer in jedem Zeitpunkt einer Verwechslungsgefahr unterliegen, während das kaufende Publikum nur im Erwerbszeitpunkt überhaupt existiert und damit Massstab für eine allfällige Täuschung ist.

Das Obergericht Basel-Landschaft anerkennt die Gefahr einer Verwechslung auf den ersten Blick in einem jüngeren Entscheid, ohne jedoch sein Urteil darauf zu stützen⁹⁶. Beurteilungsgegenstand waren jedoch keine Meta Tags, sondern ein Domain Name.

⁹⁰ Gubler (Ausstattungsschutz), 153, FN 90, nennt ähnliche Beispiele aus der Praxis.

⁹¹ A. Troller (Immaterialgüterrecht), 431 ff., 443, FN 27; P. Troller (post sale confusion), 335; Gubler (Ausstattungsschutz), 152 f. Eine Verwechslungsgefahr unabhängig vom Erwerbszeitpunkt erkennt auch SIWR-Streuli-Youssef, 144, FN 26.

⁹² Gubler (Ausstattungsschutz), 153.

⁹³ In BGE 105 II 297, 301 = Pra 69, Nr. 83, verneint das Bundesgericht eine Verwechslungsgefahr, weil der Anbieter seine Marke klar ersichtlich auf dem Verkaufsgegenstand plziert und damit jeden Irrtum im Verkaufszeitpunkt verunmöglicht. Mögliche Verwechslungen im Vorfeld oder nach Erwerb erwägt das Bundesgericht nicht, vgl. P. Troller (post sale confusion), 334. Dagegen wird die Herbeiführung der Gefahr der Verwechslung auf den ersten Blick vom Trib. cant. vaudois, 12.9.1962 (Shell); SMI 1968, 61, für widerrechtlich erachtet.

⁹⁴ Das Bundesgericht verwendete den Begriff des „Durchschnittskäufers“ in BGE 103 II 211, 213 (Choco-Drageés), 84 II 579, 581 und 83 II 154, 157. Vom „kaufenden Publikum“ spricht es in 116 II 365, 368 (Nivea) und 108 II 327, 331 (Ipso-Verpackung), vgl. P. Troller (post sale confusion), 332 f.

⁹⁵ P. Troller (post sale confusion), 333.

⁹⁶ OGer BL, 2.5.2000 (hotmail.ch); sic! 2000 393, 395.

Gemäss dem Urteil macht der Betreiber der Internet-Seite „hotmail.ch“ darauf zwar klar, dass er in keiner Weise mit dem Unternehmen hinter der Internet-Seite „hotmail.com“ in Verbindung steht. Dennoch stelle sein Angebot unter dem Domain Namen „hotmail.ch“ eine „verwechslungsfördernde Verwendung“ dar. Nutzer, welche mittels Suchmaschinen oder durch versuchsweises Eintippen die „hotmail.com“-Seite anzielten, würden ungewollt auf „hotmail.ch“ landen. Damit verstosse der Betreiber von „hotmail.ch“ gegen Art. 3 lit. d UWG.

Selbst wenn man die Verwechslungsgefahr auf den ersten Blick grundsätzlich anerkennt, ist deren Anwendbarkeit für die Meta Tag-Problematik nach der hier vertretenen Auffassung zweifelhaft. Zwar sind Meta Tags geeignet, Nutzer auf eine falsche Internet-Seite zu führen. Im Internet ist der gewünschte Anbieter aber nur einen Mausklick entfernt. Der Nutzer gelangt mit wenig Aufwand dennoch zum Anbieter seiner ersten Wahl. Unter diesen Umständen kann der Verwender der Meta Tags gar nicht von der Verwechslung auf den ersten Blick profitieren.

3. Irreführung (Art. 3 lit. b UWG)

Weiter ist zu prüfen, ob die Verwendung fremder Kennzeichen in Meta Tags einer Regulierung durch das Irreführungsverbot in Art. 3 lit. b UWG zugänglich ist. Danach handelt unlauter, „(...) wer über sich, seine Firma, deren Preise, die vorrätige Menge oder seine Geschäftsverhältnisse unrichtige oder irreführende Angaben macht (...)“. Durch eine Irreführung werden Abnehmer zur Inanspruchnahme einer Leistung bewogen⁹⁷. Dagegen kann sich zur Wehr setzen, wer dadurch, „(...) in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird (...)“⁹⁸.

Meta Tags enthalten manchmal Begriffe, die keinen inhaltlichen Bezug zur dazugehörenden Website haben. Zu denken ist an fremde Kennzeichen, aber auch an Begriffe aus dem allgemeinen Sprachgebrauch. Damit werden Nutzer, deren Suchwörter sich mit den Begriffen in den Meta Tags decken, entgegen ihrem mutmasslichen Interesse auf die Website gelockt.

Zwischen Eingabe des Suchbegriffs in die Suchmaschine und allfälligem irrtümlichen Geschäftsabschluss nimmt der Nutzer eine Reihe von Handlungen vor. Zunächst sucht er

⁹⁷ Pedrazzini (UWG), 114 f.

⁹⁸ Art. 9 Abs. 1 UWG.

aus dem Suchergebnis einzelne Links aus, die ihm im Zusammenhang mit seinen Interessen relevant erscheinen. Dabei weiss der Suchende von den unzureichenden Suchergebnissen der Suchmaschinen⁹⁹. Zudem erhält der Nutzer in den Suchergebnissen klärende Hinweise zum Angebot der aufgelisteten Websites. Lädt der Nutzer letztlich eine falsche Website herunter, wird er an deren Aufmachung und den Bezeichnungen erkennen, dass sie mit dem Suchwort in keinem Zusammenhang steht. Spätestens an diesem Punkt endet die Verführung durch die Meta Tags.

Der Nutzer wird folglich durch Meta Tags nicht zu einem Fehlkauf verleitet; dem Inhaber des Kennzeichens im Meta Tag droht kein Umsatzrückgang. Weil kein Schaden eintritt oder einzutreten droht, ist das Irreführungsverbot in Art. 3 lit. b UWG nicht anwendbar.

Die Bestimmung im UWG betreffend die Irreführung ist aber noch aus einem weiteren Grund unpassend für die Regulierung der Meta Tag-Problematik. Sie verlangt als Tatbestandsmerkmal „unrichtige oder irreführende Angaben“¹⁰⁰. Unter „Angaben“ versteht man verbale Aussagen in geschriebener oder gesprochener Form oder visuelle Darstellungen wie Abbildungen, Verpackungsarten oder Aufmachung eines Produkts¹⁰¹. Die Ausdrucksform ist unbedeutend; wichtig ist lediglich, ob das Publikum etwas als Angabe versteht. Eine Angabe ist demnach eine Aussage über eine Leistung oder ein Unternehmen, die vom Publikum als solche verstanden und somit mindestens zur Kenntnis genommen wird. Der Nutzer im Internet nimmt ein Meta Tag nicht zur Kenntnis, weil es auf der Website nicht erscheint. Ein Meta Tag ist demnach keine Angabe im Sinne des Gesetzes und ist deshalb einer Beurteilung nach Art. 3 lit. b UWG nicht zugänglich.

Zusammenfassend können nach der hier vertretenen Auffassung Meta Tags keine Irreführung nach Art. 3 lit. b UWG verursachen. Zwar kann man mit Hilfe von Meta Tags Nutzer auf Websites locken. Der Nutzer erkennt die Fehlleitung jedoch vor einem irrtümlichen Geschäftsabschluss, weshalb kein Schaden droht. Zudem stellt ein Meta Tag keine Angabe im Sinne des Gesetzes dar.

⁹⁹ O'Rourke (Metatagging), 294; Mills (Metatags), Rz. 18. Das LG Hamburg, 16.2.2000; CR 2000, 392, 395 (keyword buys), beschreibt Suchergebnisse folgendermassen: „Das Suchergebnis mittels Internet-Suchmaschinen führt, insbesondere bei nicht ausgeprägter Kenntnis der Bedienung des konkreten Programms, bei der Eingabe eines gängigen Begriffs in der Regel zu einem unstrukturierten, eher unübersichtlichen und häufig unbefriedigenden Erscheinungsbild, da alle ‚Treffer‘ zu dem Suchbegriff aufgelistet werden.“

¹⁰⁰ Art. 3 lit. b UWG.

¹⁰¹ SIWR-Streuli-Youssef, 85, m.w.H.

4. Weitere Rechtsgrundlagen im Lauterkeitsrecht

4.1 Prinzipien des Ausstattungsschutzes

Ausstattungen können neben dem Schutz vor Verwechslungsgefahr auch Schutz vor Ausbeutung des guten Rufs erlangen¹⁰². Rechtsgrundlage ist die Generalklausel¹⁰³. Vom Ruf einer älteren Ausstattung kann man nur profitieren, wenn diese unterscheidungskräftig ist¹⁰⁴. Das Nachahmen oder Heranschleichen an eine Ausstattung, die mit keiner bestimmten Herkunft in Verbindung gebracht wird, kann keine Rufausbeutung sein. Verboten ist das „planmässige Heranschleichen“¹⁰⁵ und die „systematische Annäherung“¹⁰⁶, um „(...) den guten Ruf des Konkurrenzzeugnisses in schmarotzerischer Weise auszubehuten“¹⁰⁷.

Meta Tags sind zwar keine Ausstattung. Für ihre Beurteilung eignen sich jedoch die Grundsätze des Ausstattungsschutzes. Sind in den Meta Tags fremde Kennzeichen enthalten, kann der Betreiber der dahinterstehenden Website vom guten Ruf der Zeichen profitieren, ohne eine mittelbare oder unmittelbare Verwechslungsgefahr herbeizuführen.

Für die Feststellung der Unlauterkeit bei der Beurteilung von fremden Kennzeichen in Meta Tags sind dieselben Kriterien anwendbar wie beim Ausstattungsschutz. Erforderlich ist ein planmässiges und systematisches Vorgehen. Ergebnis ist eine schmarotzerische Ausbeutung. Nicht jedes Setzen eines fremden Kennzeichens in Meta Tags ist deshalb unlauter. Eine planmässige und systematische Vorgehensweise ist nach der hier vertretenen Ansicht z.B. die identische Übernahme mehrerer Begriffe in Meta Tags auf der Website des Klägers, so dass Beklagter und Kläger in den Suchergebnissen unmittelbar nebeneinander erscheinen¹⁰⁸.

¹⁰² Zu den zwei unterschiedlichen Arten von Ausstattungsschutz, vgl. Messerli (Ausstattungen), 29 ff.

¹⁰³ Vgl. noch zum alten Recht BGE 104 II 322, 333 (Bata).

¹⁰⁴ Messerli (Ausstattungen), 34.

¹⁰⁵ BGE 104 II 322, 334 (Bata).

¹⁰⁶ BGE 104 II 322, 335 (Bata).

¹⁰⁷ BGE 113 II 190, 202 (Le Corbusier).

¹⁰⁸ Vgl. den Sachverhalt in *Niton Corporation v. Radiation Monitoring Devices, Inc.*, 27 F.Supp.2d 102, 104 (D.Mass. 1998).

Zur Klage muss der betroffene Kennzeicheninhaber in seinen wirtschaftlichen Interessen verletzt oder bedroht sein¹⁰⁹. Das trifft zu, wenn der Betreiber der Website mit den missbräuchlichen Meta Tags anstelle des Kennzeicheninhabers Leistungen an Nutzer absetzt oder abzusetzen droht.

4.2 Anlehnung

Unlauter handelt weiter, wer sich in unnötiger Weise an den guten Ruf eines anderen Anbieters anhängt und sich damit dessen Investitionen zunutze macht¹¹⁰. Rechtsgrundlage sind die Generalklausel sowie im Falle der Anlehnung durch Vergleich der Art. 3 lit. e UWG¹¹¹. Bezugnahme auf andere Anbieter ist demnach nicht in allen Fällen statthaft. Hinweise wie „Ersatz für ...“, „Ebensogut wie ...“ etc. ermöglichen dem Werbenden, sich kostenlos an den guten Ruf des Konkurrenten anzuhängen und bewirken deshalb in manchen Fällen eine unlautere Verbesserung der Wettbewerbsstellung¹¹².

Hingegen muss es auch möglich sein, auf andere Hersteller und Produkte hinzuweisen, um die eigene Leistung zu charakterisieren¹¹³. Das gilt insbesondere im Zusammenhang mit Ersatzteilen und Zubehör¹¹⁴. Dabei herrscht stets der Grundsatz der Nennung des fremden Kennzeichens im geringstmöglichen Ausmass¹¹⁵.

Ist das fremde Kennzeichen lediglich in den Meta Tags plaziert und im sichtbaren Teil der Internet-Seite nicht wiederzufinden, wird der Nutzer keine gedankliche Verbindung

¹⁰⁹ Art. 9 Abs. 1 UWG.

¹¹⁰ David (Wettbewerbsrecht), Rz. 253.

¹¹¹ Nach Gubler (Ausstattungsschutz), 159, ist Art. 3 lit. e UWG direkt auf die anlehrende Werbung anwendbar. Pedrazzini (UWG), 112, dagegen will die Generalklausel anwenden, wenn die Anlehnung ohne Vergleich stattfindet.

¹¹² Nach BGE 102 II 292, 295 (Lattoflex), braucht sich ein Gewerbetreibender, der für die Erstellung eines bestimmten Erzeugnisses bekannt wurde, nicht gefallen zu lassen „(...)“, dass Mitbewerber bei der Anpreisung ihrer Ware ständig auf seinen Namen oder sein Erzeugnis hinweisen, um so seine mit Mühe und Geld erzielten Erfolge kostenlos für sich auszubeuten.“ Vgl. auch BGE 58 II 449, 462 (Persil). Gubler (Ausstattungsschutz), 184, spricht in diesem Zusammenhang von der „offenen Rufausbeutung“. Zum alten UWG: von Büren, Komm., Art. 1, Rz. 28, mit zahlreichen Hinweisen zur Rechtsprechung.

¹¹³ David (Wettbewerbsrecht), Rz. 255; Gubler (Ausstattungsschutz), 189; Schmid (Bezugnahme), 236 f.

¹¹⁴ Z.B. Rasierklingen zu einem bestimmten markenbezeichneten Apparat, vgl. BGE 63 II 282.

¹¹⁵ BGE 116 II 471, 475 (Kotflügel); BGE 104 II 58, 60 (Singer). Nach BGE 102 II 292, 296 (Lattoflex), ist die anlehrende Werbung mindestens dann als missbräuchlich zu verwerfen, wenn sie sachlich nicht gerechtfertigt ist. Bei Ersatzteilen darf die Bezeichnung des Originals nicht allein stehen, sondern nur im Rahmen einer Beschreibung verwendet werden, vgl. BGER, 27.1.1987; SMI 1987, 66, 74 f.

zwischen dem Suchbegriff in Form des fremden Kennzeichens und der schliesslich heruntergeladenen Seite herstellen. Denn zwischen Eingabe des fremden Kennzeichens als Suchbegriff und Sichtbarkeit der Internet-Seite mit dem Meta Tag findet eine Auswahl aus dem Suchergebnis statt. Dem Nutzer wird dabei vor Augen geführt, dass nicht alle Hinweise im Suchergebnis für den Kennzeichen-Suchbegriff gleich bedeutend sind. Vom fremden Kennzeichen findet deshalb kein Imagetransfer auf die Website mit dem streitbaren Meta Tag statt¹¹⁶. Aus diesem Blickwinkel verhält sich der Verwender der Meta Tags nach der hier vertretenen Meinung lauter. Er kann sich nicht an den guten Ruf eines anderen anhängen und dadurch eine ungerechtfertigte Verbesserung seiner Wettbewerbsposition erlangen.

Hingegen schleicht sich der Verwender eines fremden Kennzeichens in einem Meta Tag in besonders subtiler und undurchsichtiger Art in den Kundenkreis des Kennzeicheninhabers ein¹¹⁷. Er präsentiert sich dank seiner zweifelhaften Vorgehensweise gezielt gegenwärtigen und potentiellen Kunden des Kennzeicheninhabers. Der Verwender eines solchen Meta Tags profitiert dadurch kostenlos von den Aufwendungen des Kennzeicheninhabers in die Bekanntheit des betreffenden Zeichens. Liegen dafür keine rechtfertigende Gründe vor, ist nach der hier vertretenen Ansicht Unlauterkeit zu erkennen.

Auch mit Blick auf die Meta Tags gilt, dass bestimmte Zeichenverwendungen zulässig sind, selbst wenn damit von den Investitionen eines anderen in ein Kennzeichen profitiert wird¹¹⁸. Wer Ersatzteile verkauft, muss auch im Internet angeben dürfen, welche Originalteile damit ersetzt werden. Gleichermassen ist die Nennung von Kennzeichen im Internet notwendig im Zusammenhang mit Zubehör, Peripheriegeräten, Zwischenhandel von Markenprodukten, Reparaturen oder Gebrauchtwaren. Darüber hinaus soll auch die Berichterstattung über die bezeichneten Leistungen durch kommerzielle Informationsanbieter oder Private nicht beeinträchtigt werden.

¹¹⁶ Vgl. zum deutschen Recht Viefhues (Meta-Tags), 340. Nach Kotthoff (Metatags), 161, kennzeichnet sich die Rufausbeutung dadurch „(...), dass entweder die Gütevorstellungen, die mit dem Angebot eines Dritten verbunden werden, vom Verkehr auf das Angebot des Verletzers übertragen werden, der gute Ruf des Dritten wesentliche Voraussetzung für den Absatzerfolg des Verletzers ist oder aber der gute Ruf des Dritten beeinträchtigt wird. Daran fehlt es aber, wenn der Internet-Nutzer durch Metatags lediglich zu einem Konkurrenzangebot hingeführt wird, bei dem ihm im Normalfall klar ist, dass es sich nicht um das gesuchte Angebot handelt.“ Zustimmend: Menke (Meta-Tags), 987.

¹¹⁷ Vgl. zum deutschen Recht Kotthoff (Metatags), 161, und Menke (Meta-Tags), 987, der diese Vorgehensweise „Aufmerksamkeitsausbeutung“ nennt.

¹¹⁸ Vgl. zum deutschen Recht Kotthoff (Metatags), 161, wonach die Verwendung eines Meta Tags bei berechtigtem Interesse lauter ist.

Notwendige Kennzeichenverwendungen, wie die eben genannten, dürfen nicht über das erforderliche Ausmass hinausgehen¹¹⁹. In der deutschen Rechtsprechung wurde denn auch schon entschieden, die Verwendung von Kennzeichen in Meta Tags überschreite dieses Ausmass¹²⁰. Seitenbetreiber, die nicht Inhaber des Kennzeichens seien, hätten sich mit der Erwähnung der Kennzeichen im sichtbaren Text zu begnügen. Lediglich der Kennzeicheninhaber und von ihm autorisierte Seitenbetreiber dürfen demnach das Zeichen in den Meta Tags verwenden.

Diese Beurteilung ist nach der hier vertretenen Auffassung zu kritisieren, denn sie impliziert eine unnötige Bewertung. Danach ist für die Suchmaschinen die Plazierung des Kennzeichens in den Meta Tags bedeutungsvoller als im sichtbaren Text. Die Funktionsweisen der Suchmaschinen und damit die Gewichtung einzelner Elemente einer Website sind aber gar nicht hinlänglich bekannt, weil die Betreiber von Suchmaschinen ihre Suchalgorithmen als Geschäftsgeheimnis behandeln. Die Suchmethoden der Suchmaschinen entwickeln sich im Laufe der Zeit und messen Meta Tags einmal mehr und einmal weniger Bedeutung bei. Eine Verfestigung der Rechtsprechung, wonach Meta Tags wichtiger sind als sichtbarer Text, hätte zur Folge, dass man diese Gewichtung heute wie auch in Zukunft beibehält, obwohl man die technologische Entwicklung der Suchmaschinen nicht voraussieht. Eine solche gerichtliche Fiktion ist ein hemmender Fremdkörper in der Entwicklung von Suchmaschinen.

Zudem ist die Aussage, Suchmaschinen würden Meta Tags stärker gewichten als sichtbaren Text, schon heute unzutreffend. Gerade wegen des Missbrauchs von Meta Tags sind nämlich zahlreiche Suchmaschinen dazu übergegangen, Meta Tags differenziert oder gar nicht mehr zu beachten¹²¹. Damit verlieren Meta Tags gegenüber manchen Suchmaschinen an Bedeutung und treten hinter den sichtbaren Text zurück.

Sinnvoller scheint die qualitative Unterteilung innerhalb der Meta Tags. Eine solche Einteilung ist Ergebnis der technischen Entwicklung und wirkt deshalb nicht als Fremdkörper. Sie erstellt keine Rangordnung unter verschiedenen Darstellungsweisen. Meta Tags gibt es z.B. zur Angabe von Sprache, Autor, Herausgeber, Inhaber der Urheberrechte, Suchwörter, Beschreibung, Thema, Seitentyp und Zielgruppe. Verschiedene Suchmaschinen werden daraus und aus weiteren Arten von Meta Tags unterschiedliche

¹¹⁹ BGE 116 II 471, 475 (Kotflügel); BGE 104 II 58, 60 (Singer).

¹²⁰ LG Hamburg, 13.9.1999; CR 2000, 121, 122. Zustimmend: Ernst (Anm. LG Hamburg), 122. Vgl. auch für Dänemark, Berufungsgericht Kopenhagen, 16. Dezember 1998 (Melitta); GRUR Int. 1999, 881, 882.

¹²¹ O'Rourke (Metatagging), 286; Nathenson (Spamdexing), 65 f.

Angaben auswählen und bestmöglich gewichten. Denn die Suchmaschinen stehen ihrerseits im Wettbewerb untereinander.

Nach der hier vertretenen Meinung darf demnach die gerechtfertigte Nennung von fremden Kennzeichen gleichermassen in den Meta Tags wie auch im sichtbaren Text der Website stattfinden.

Schliesslich kann der Kennzeicheninhaber aufgrund der Verwendung seines Zeichens in Meta Tags nur Klage erheben, wenn er in seinen wirtschaftlichen Interessen verletzt oder bedroht wird¹²². Fremde Kennzeichen in Meta Tags sind demnach nur unlauter, wenn sie eine Verschiebung der Nachfrage vom Kennzeicheninhaber auf den Betreiber der Website mit den missbräuchlichen Meta Tags verursachen oder zu verursachen drohen.

G. Ergebnis

1. Ausgangslage

1.1 Rechtslage in den USA und der Schweiz

Nach der wenig gefestigten U.S.-Rechtsprechung ist die Verwendung fremder Kennzeichen in Meta Tags grundsätzlich verboten, weil damit für den Nutzer die Gefahr einer „initial interest confusion“ entsteht¹²³. Der Betreiber der Seite mit den Meta Tags lockt unter Zuhilfenahme des fremden Kennzeichens und zu Lasten des Kennzeicheninhabers die Nutzer auf seine Website. Damit profitiert er vom Ruf des fremden Kennzeichens, selbst wenn die Nutzer üblicherweise noch vor einem allfälligen Vertragsabschluss die wahre Identität des Seitenbetreibers erkennen. Trotz möglicher „initial interest confusion“ ist die Verwendung fremder Kennzeichen in Meta Tags erlaubt, wenn sie einen sog. „fair use“ darstellt, z.B. bei Umschreibung der eigenen Leistung, Berichterstattung oder Parodie.

Im Rahmen dieser Arbeit wurde die Regelwirkung von vier UWG-Rechtsbehelfen auf die Meta Tag-Problematik untersucht¹²⁴.

¹²² Art. 9 Abs. 1 UWG.

¹²³ Vgl. weiter vorne, VIII.E.4.2 (S. 325 ff.).

¹²⁴ Schutz vor Verwechslungsgefahr, Art. 3 lit. d UWG (VIII.F.2., S. 328 ff.); Irreführungsverbot, Art. 3 lit. b UWG (VIII.F.3., S. 337 f.); Ausstattungsschutz (VIII.F.4.1, S. 339 f.); Anlehnungsverbot (VIII.F.4.2, S. 340 ff.).

Betreffend das Verbot des Herbeiführens einer Verwechslungsgefahr ist zunächst zweifelhaft, ob die Verwendung eines Zeichens in Meta Tags überhaupt den erforderlichen kennzeichenmässigen Gebrauch darstellt. Aber selbst wenn man diesen entgegen der hier vertretenen Auffassung bejahen wollte, wird die Verwendung eines fremden Kennzeichens in einem Meta Tag kaum je die Gefahr einer Verwechslung auslösen. Die befristete Täuschung, die fremde Kennzeichen in Meta Tags möglicherweise verursachen, verbietet das Schweizer Recht laut Bundesgericht nicht; ein allfälliger Irrtum wird vor Vertragsschluss ausgeräumt.

Das Irreführungsverbot erfasst die missbräuchlichen Meta Tags ebenfalls nicht. Zwar leiten diese den Nutzer fehl. Die Irreführung findet jedoch nie in der Art und Intensität statt, dass sie eine Erwerbsentscheidung des Nutzers beeinflusst. Irrtümliche Geschäftsabschlüsse und daraus folgende Wettbewerbsverfälschungen bleiben aus. Darüber hinaus handelt es sich bei Begriffen in Meta Tags nicht um „Angaben“ im Sinne von Art. 3 lit. b UWG.

Dagegen finden die Grundsätze zum Ausstattungsschutz und zum Anlehungsverbot Anwendung auf die Meta Tag-Problematik. Systematik, Raffinesse und Planmässigkeit beim Heranschleichen an den guten Ruf des Zeichens machen die Verwendung fremder Kennzeichen in Meta Tags unlauter. Zwar findet beim Nutzer keine gedankliche Verbindung zwischen Kennzeichen und Website mit dem missbräuchlichen Meta Tag statt. Dennoch profitiert der Seitenbetreiber als Trittbrettfahrer von der Bekanntheit, welche das Kennzeichen bei den Nutzern hat. Bei rechtfertigenden Gründen ist die Verwendung fremder Kennzeichen in Meta Tags jedoch zulässig. Gemeinsam ist Anlehungsverbot und Ausstattungsschutz, dass sie die Interessen der Nutzerschaft nur reflexiv schützen.

Die U.S.-amerikanische und die Schweizer Regelung erkennen, dass fremde Zeichen in Meta Tags beim Nutzer keinen Irrtum auslösen, der die Nachfrage fehlleitet. Jedoch gewähren die Regeln in beiden Ländern dem Kennzeicheninhaber Schutz vor ungerechtfertigter Anmassung der Aufmerksamkeit gegenüber seinem Kennzeichen.

1.2 Weitere Umstände

Neben Gesetzen können weitere Gegebenheiten das Verhalten von Menschen im Internet steuern, nämlich die Technik, der Markt und die sozialen Normen¹²⁵. Versagen diese Mechanismen bei der Regulierung der Verwendung von Meta Tags, ist eine rechtliche Regelung geboten¹²⁶.

¹²⁵ Lessig (Code), 85 ff.

¹²⁶ Für die USA: Clark (Unfair Competition), 1356.

Eine soziale Norm zur Regelung der Verwendung von Meta Tags liegt nicht vor, wie die weite Verbreitung missbräuchlicher Meta Tags in den Quellcodes von Websites zeigt. Das erstaunt nicht, konnte sich doch eine solche Norm in der kurzen Zeit, in der sich weite Teile der Bevölkerung erst im Internet bewegen, kaum bilden. Ebenso wenig sind im gegebenen Zeitpunkt Markt und Technik in der Lage, das untersuchte Meta Tag-Problem zu lösen¹²⁷.

1.3 Anforderungen an eine Regulierung

Eine Regel betreffend die Verwendung von Meta Tags muss klug abgewogen sein. Eine strenge Regelung hätte einen sog. „chilling effect“ zur Folge¹²⁸. Seitenbetreiber würden zahlreiche Meta Tags, welche zulässig und sinnvoll wären, aus Angst vor Klagen betroffener Kennzeicheninhaber nicht mehr setzen. Bei zuviel Zurückhaltung der Seitenbetreiber würde die Suche im Internet erschwert, weil an sich relevante Seiten in den Suchergebnissen nicht enthalten wären. Ebenso wenig führte eine zu lasche Regelung zu einer Erleichterung der Suche im Internet, weil die Seitenbetreiber dann unpassende Meta Tags wählen und dadurch die Resultate der Suchmaschinen verschlechtern würden¹²⁹.

In die Überlegungen über eine geeignete Regulierung der Meta Tag-Problematik sind auch die Interessen der Kennzeicheninhaber einzubeziehen. Werden Kennzeichen zu wenig geschützt, verlieren Anbieter den Anreiz, Investitionen in die Zeichen zu tätigen. Für den Abnehmer wird es dadurch schwieriger, eine bekannte Leistung wiederzufinden. Darüber hinaus werden sich Produzenten weniger stark um gleichbleibende Qualität bemühen.

2. Regelungsvorschlag: Relevanzprinzip

2.1 Inhalt

An dieser Stelle wird vorgeschlagen, die Seitenbetreiber zu verpflichten, die Meta Tags nach dem Relevanzprinzip zu setzen.

Das Relevanzprinzip verlangt, dass Begriffe in den Meta Tags einen Bezug zum Inhalt der betreffenden Website haben, d.h. diesbezüglich relevant sind¹³⁰. Dadurch

¹²⁷ Vgl. weiter vorne, VIII.D. (S. 321 f.).

¹²⁸ Nathenson (Spamdexing), 48.

¹²⁹ Nathenson (Spamdexing), 49.

¹³⁰ Nathenson (Spamdexing), 74 ff.

erkennen Suchmaschinen die Websites im richtigen Zusammenhang. Relevanz von Begriffen in Meta Tags kennt drei Aspekte.

Erstens muss inhaltliche Relevanz vorliegen. Die Begriffe in den Meta Tags sollen den Inhalt der Website widerspiegeln¹³¹. Zweitens ist Relevanz hinsichtlich der Nähe der Stichworte in den Meta Tags zum dazugehörenden Inhalt erforderlich. Meta Tags dürfen nur beschreiben, was auf der jeweiligen Internet-Seite zu finden ist¹³². Ist auf einer Website z.B. ein Verzeichnis mit Links zu vielen weiteren Seiten, enthalten die Meta Tags dennoch zahlreiche Begriffe, sofern alle Themen erfasst werden. Und drittens ist auch an die Relevanz hinsichtlich der Wichtigkeit eines Begriffes innerhalb eines Meta Tags zu denken. Wiederholungen eines Schlagworts in den Meta Tags zur Hervorhebung seiner Wichtigkeit sind denkbar, jedoch in den wenigsten Fällen gerechtfertigt¹³³.

Streitpunkt dürfte zumeist die inhaltliche Relevanz sein. Für das Vorliegen inhaltlicher Relevanz ist ausreichend, dass die betreffende Internet-Seite schon nur die Tendenz hat, zur Konkretisierung des Schlagwortes im Meta Tag etwas beizutragen¹³⁴. Damit wird an dieser Stelle ein breiter Relevanzbegriff vertreten.

Wird das Relevanzprinzip beim Setzen von Meta Tags befolgt, findet der Nutzer im Internet die gesuchten Leistungen sowie Informationen darüber leichter. Seine Suchkosten sinken.

2.2 Einbezug des Nutzers

Man mag vorbringen, das Kriterium der Relevanz zum Inhalt der Website sei eine zu tiefe Hürde für die Zulässigkeit von Begriffen in Meta Tags. Websites könnten sich weiterhin in zahlreiche Suchresultate einschleichen, ohne wirklich in engem Zusammenhang mit dem Suchbegriff zu stehen. Das Relevanzprinzip würde die Suche nach Information im Internet nicht wesentlich erleichtern und die Suchkosten nur geringfügig vermindern.

Will man das Setzen der Meta Tags über das Relevanzprinzip hinaus regulieren, um die Suchergebnisse weiter zu verfeinern, sind weitergehende Vorschriften notwendig.

¹³¹ Nathenson (Spamdexing), 82. Vgl. auch LG Düsseldorf, 8.3.1999 (einstweilige Verfügung), wonach zu verbieten ist, „(...) im HTML-Code einer Internet-Seite im Metatag ‚keywords‘ den Begriff (...) zu verwenden, wenn auf der entsprechenden Seite keine Information zu einem Produkt mit diesem Namen bereitgehalten wird.“ Vgl. <http://www.netlaw.de/urteile/lgd_11.htm>.

¹³² Nathenson (Spamdexing), 83.

¹³³ Nathenson (Spamdexing), 83.

¹³⁴ Nathenson (Spamdexing), 74 f.

Unter diesen Umständen könnten Seitenbetreiber ihre Meta Tags nicht mehr nach dem klaren und einfachen Prinzip der Relevanz setzen, sondern müssten sich mit weiteren Regeln befassen. Die Grenzkosten dieser über das Relevanzprinzip hinausgehenden Regulierung wären hoch, weil die Seitenbetreiber hohe Kosten zum Erlernen und Umsetzen des anwendbaren Regelwerks zu tragen hätten. Weiter herrschte grosse Rechtsunsicherheit, die möglicherweise zu unerwünschter Zurückhaltung der Seitenbetreiber führen würde. Diese würden aus Angst vor Klagen an sich gerechtfertigte Meta Tags nicht mehr setzen. Die Suche im Internet erschwert sich, wenn an sich zulässige Meta Tags fehlen.

Der Nutzer hingegen hat, ausgehend vom Relevanzprinzip, tiefere Grenzkosten als der Seitenbetreiber zur weiteren Verbesserung von Suchresultaten. Sein Aufwand besteht darin, Suchtechniken zu erlernen und anzuwenden¹³⁵. Dazu gehört das Suchen mit informationsreichen eher als mit informationsarmen Suchbegriffen¹³⁶, die Verwendung von Bool'schen Operatoren sowie das Ausprobieren verschiedener Suchdienste¹³⁷. Dieser Aufwand ist zumutbar, erfordern doch neue Techniken generell neue Fähigkeiten¹³⁸.

Nach der hier vertretenen Ansicht können Suchmaschinen nützliche Resultate liefern, wenn einerseits die Seitenbetreiber Meta Tags setzen, welche zum Inhalt der dazugehörigen Seite relevant sind, und andererseits die Nutzer ihre Suchbegriffe geschickt wählen und kombinieren. Unter diesen Umständen sinken die Kosten für die Suche nach bestimmten Leistungen und Informationen im Internet.

2.3 Parallelen zum Relevanzprinzip im Recht der USA

Hinsichtlich der Zulässigkeit von fremden Kennzeichen in Meta Tags ist das Relevanzprinzip der „fair use“-Regel in den USA ähnlich. Danach ist der Gebrauch eines Kennzeichens auch ohne Einwilligung des Kennzeicheninhabers zulässig, solange er im Rahmen eines „fair use“ stattfindet. „Fair use“ liegt vor, wenn das Kennzeichen beschreibend verwendet wird¹³⁹. Denn im Rahmen von Vergleichen, Berichterstattung, Parodie usw. liesse sich schlecht ein Bezug zu einem bestimmten Produkt herstellen, wenn es nicht mit dem allseits bekannten Kennzeichen benannt werden dürfte.

¹³⁵ Allgemein kann nach Weber (Information), 67, das Problem der Überinformation vermindert werden, wenn die Informationsempfänger besser mit Informationen umzugehen lernen.

¹³⁶ Informationsreiche Begriffe sind unterscheidungskräftig, selten und eindeutig. Umgekehrt sind informationsarme Begriffe unterscheidungsschwach, häufig und mehrdeutig, vgl. Nathenson (Spamdexing), 76.

¹³⁷ Nathenson (Spamdexing), 91 f.

¹³⁸ Nathenson (Spamdexing), 78.

¹³⁹ *New Kids on the Block v. New America Publishing, Inc.*, 971 F.2d 302, 306 ff. (9th Cir. 1992).

An U.S.-Gerichten wurden Meta Tags unter dem „fair use“-Gesichtspunkt überprüft. Im ersten Sachverhalt verwendet die Beklagte in ihren Meta Tags das Kennzeichen der Klägerin, Playboy Enterprises, Inc., um sich gegenüber Suchmaschinen als „Playboy Playmate of the Year 1981“ zu erkennen zu geben¹⁴⁰. Das Gericht schützte diesen Gebrauch des Kennzeichens, denn er diene der Klägerin dazu, eine erhaltene Auszeichnung zu beschreiben. Demgegenüber verwendet die Beklagte im zweiten Sachverhalt die Kennzeichen derselben Klägerin in ihren Meta Tags, ohne je zuvor in irgendeiner Form mit Playboy Enterprises, Inc. in Verbindung gestanden zu haben¹⁴¹. Das Gericht verbot diesen Gebrauch der klägerischen Kennzeichen in den Meta Tags sowie im Domain Namen.

Überprüfte man die Zulässigkeit der Meta Tags in diesen beiden Entscheidungen nicht unter dem Kriterium des „fair use“, sondern nach dem Aspekt der Relevanz, man würde wohl zum selben Ergebnis gelangen¹⁴². Der Begriff „Playboy Playmate“ ist im ersten Sachverhalt relevant zum Inhalt der dazugehörenden Website. Die darauf gezeigten Bilder zeigen ein vormaliges Playboy Playmate. Demgegenüber gibt es im zweiten Sachverhalt keinen Bezug zwischen dem Begriff „Playboy“ und dem Inhalt der Website der Beklagten.

Im Einklang mit „fair use“ und Relevanzprinzip wird in der U.S.-Literatur vertreten, dass ein Händler von Markenprodukten ohne Einwilligung des Kennzeicheninhabers die Kennzeichen in den Meta Tags verwenden darf¹⁴³. Weiter sei es zulässig, bei redaktionellen Artikeln über gekennzeichnete Güter die Kennzeichen in den Meta Tags einzusetzen¹⁴⁴. Damit werde den Anliegen jener Nutzer Rechnung getragen, welche bei Eingabe eines Kennzeichens als Suchbegriff das entsprechende Produkt nicht erwerben wollten, sondern Information aus dritter Hand darüber suchten¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Playboy Enterprises, Inc. v. Terri Welles, Inc., 78 F.Supp.2d 1066, 1095 (S.D.Cal. 1999).

¹⁴¹ Playboy Enterprises, Inc. v. Asiafocus International, Inc., 1998 WL 724000 (E.D.Va. 1998).

¹⁴² Nathenson (Spamdexing), 129: „(...) the fair use defense seems to implicitly incorporate an element of necessity, or at least a requirement of a high degree of relevance between actual content and meta tag.“

¹⁴³ Tucker (Information Superhighway), Rz. 83.

¹⁴⁴ Tucker (Information Superhighway), Rz. 79.

¹⁴⁵ Tucker (Information Superhighway), Rz. 80, 82.

2.4 Parallelen zum Relevanzprinzip im Schweizer Recht

Nach Schweizer Recht ist wie nach U.S.-Recht der Gebrauch von fremden Kennzeichen ohne Zustimmung des Inhabers unter bestimmten Umständen zulässig. Beispiele sind die Berichterstattung in den Medien oder die Umschreibung der eigenen Leistung etwa als Ersatzteil, Peripheriegerät oder Zubehör zum gekennzeichneten Produkt¹⁴⁶. So diene z.B. in der „Kotflügel“-Entscheidung die beschreibende Verwendung des Kennzeichens „Volvo“ der schlanken Umschreibung des Angebots von Ersatzkotflügeln¹⁴⁷. Ebenso darf der Händler sein Angebot unter dem allseits bekannten Kennzeichen anpreisen, selbst wenn er weder Inhaber des Kennzeichens ist noch eine Lizenz zur Kennzeichenbenutzung hat¹⁴⁸.

Die Verwendung von fremden Kennzeichen darf aber nur im für den Zweck erforderlichen Ausmass erfolgen¹⁴⁹. Insbesondere soll durch die Darstellung nicht der Eindruck entstehen, man stehe mit dem Kennzeicheninhaber in geschäftlicher Beziehung, etwa im Rahmen eines Lizenzvertrages.

Nach diesen Kriterien verwendete Kennzeichen erfüllen regelmässig die Voraussetzung der Relevanz. Das fremde Kennzeichen hat einen inhaltlich logischen Bezug zur angebotenen Leistung. Das Relevanzprinzip ist demnach im Schweizer Recht bereits erkennbar. Beispiele zu Meta Tags liegen im gegebenen Zeitpunkt, soweit ersichtlich, jedoch keine vor.

3. Relevanzprinzip und UWG

3.1 Fremde Kennzeichen in Meta Tags

Die Grundsätze aus dem Ausstattungsschutz und dem Anlehungsverbot vermögen das Problem der Meta Tags gestützt auf das UWG zu regeln, wie weiter vorne gezeigt wurde¹⁵⁰. Diese Regeln haben aber den Nachteil, dass sie die Interessen der Abnehmer – im Internet sind dies die Nutzer – nicht direkt, sondern nur reflexiv über die Interessen der Kennzeicheninhaber bzw. Seitenbetreiber wahrnehmen.

¹⁴⁶ SIWR-Marbach, 209.

¹⁴⁷ BGE 116 II 471, 476 (Kotflügel). Vgl. darin die Begründung: „(...) sind Herstellung und Vertrieb von Ersatzteilen erlaubt, so muss der Hersteller oder Händler auch sagen können, was er anbietet.“

¹⁴⁸ MSchG-David, Art. 13, Rz. 24; SIWR-Marbach, 209.

¹⁴⁹ BGE 116 II 471, 476 (Kotflügel).

¹⁵⁰ VIII.F.4. (S. 339 ff.).

Das UWG berücksichtigt gleichermaßen die Interessen der Wirtschaft, der Konsumenten sowie der Allgemeinheit¹⁵¹. Das Relevanzprinzip wird diesem Anliegen gerecht. Es stellt die Qualität der Suchresultate und damit des Informationsflusses zwischen Anbietern oder anderen Informationsquellen und Nutzern ins Zentrum der Betrachtung. Dadurch leistet das Relevanzprinzip einen direkten Beitrag zur Verminderung der Transaktionskosten im Markt. Davon profitieren Wirtschaft, Konsumenten und die Allgemeinheit gleichermaßen.

Meta Tags erleichtern dem Nutzer die Suche nach Informationen im Internet, wenn sie dem Relevanzprinzip folgend den Inhalt der betreffenden Internet-Seite umschreiben. Ebenso helfen sie Anbietern und anderen Stellen, Informationen an interessierte Kreise heranzutragen. Gibt der Nutzer als Suchbegriff ein Kennzeichen ein, erhält er Internet-Seiten zur Auswahl, die in mannigfaltiger Weise einen Bezug zur gekennzeichneten Leistung haben. Zu denken ist an die Website des Kennzeicheninhabers, lizenzierter und unlizenzierter Händler, Gebrauchtgüterhändler oder Hersteller und Vertrieber von Ersatzteilen und Zubehör. Weiter haben auch Internet-Seiten einen Bezug zum Kennzeichen, die mit der Vermarktung der gekennzeichneten Leistung nichts zu tun haben. Dazu gehören Websites von Fachzeitschriften, Konsumentenforen, Fan-Seiten und private Meinungsäußerungen. Mit geschickter Suchtechnik verkleinert der Nutzer die Auflistung der einschlägigen Seiten.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist die Lauterkeit der Verwendung eines fremden Kennzeichens in einem Meta Tag nach Massgabe des Relevanzprinzips zu bestimmen. Das Relevanzprinzip wird sowohl funktional-ökonomischen wie auch geschäftsmoralischen Anliegen gerecht. Rechtliche Grundlage ist die Generalklausel¹⁵².

Aus funktional-ökonomischer Sicht erhöhen nach dem Relevanzprinzip gesetzte Meta Tags die Qualität des Wettbewerbs. Der Nutzer erlangt mit wenig Aufwand vom Anbieter sowie von Dritten eine Vielzahl von Informationen über eine gekennzeichnete Leistung. Seine Suchkosten und damit seine Transaktionskosten beim Erwerb von Leistungen sinken. Bei tieferen Suchkosten untersucht der Nutzer mehrere verschiedene Produkte einer Gattung. Diese grössere Aufmerksamkeit der Verbraucher führt zu höhe-

¹⁵¹ Art. 1 UWG; Botschaft UWG, 50. Vgl. auch BGE 116 II 471, 474 (Kotflügel): „Abzuwägen sind dabei das Interesse des Erstherstellers an der Erhaltung seines wettbewerblichen Vorsprungs, das Interesse des Nachahmers an freier Benützung einer nicht geschützten Konstruktion oder Form sowie das Interesse der Allgemeinheit, vor Irreführung, aber auch vor ungerechtfertigter Monopolisierung einer Leistung geschützt zu sein“.

¹⁵² Auch Gilliéron (noms de domaine), 81, will die Meta Tag-Problematik über die Generalklausel lösen.

rer Preis- und Qualitätssensibilität und damit zu einer Wettbewerbsintensivierung. Zugleich finden Nutzer bei der Prüfung zahlreicher Angebote und bei grosser Kenntnis darüber jene Leistungen, die weitgehend mit ihren Bedürfnissen übereinstimmen. Damit steigt die Wohlfahrt dieser Nutzer. Die Steigerung der Wohlfahrt ist, wie weiter vorne dargelegt wurde¹⁵³, eine Zielsetzung des UWG.

Gestattete man dem Kennzeicheninhaber, die Verwendung seines Kennzeichens in Meta Tags zu kontrollieren, so würde sich der Umfang leicht erhältlicher Informationen über das bezeichnete Produkt verkleinern. Denn zahlreiche relevante Websites wären nicht mehr berechtigt, das Kennzeichen in ihre Meta Tags aufnehmen und würden bei einer Suchanfrage schwerer gefunden. Nicht lizenzierte Händler, Gebrauchtwarenhändler, Hersteller von Ersatzteilen usw. würden verminderte Publizität erfahren und wären deshalb im Wettbewerb benachteiligt. Die Abnehmer bräuchten mehr Zeit, um sich über Anbieter und Eigenschaften des betreffenden Produkts zu informieren und würden deshalb ihre Abklärungen teilweise unterlassen. Die Folge davon wäre verminderte Preis- und Qualitätssensibilität sowie die erhöhte Schwierigkeit, Leistungen zu finden, die eigene Bedürfnisse weitestgehend befriedigen würden.

Allfälliges Trittbrettfahren auf dem guten Ruf des Kennzeichens eines Konkurrenten ist nur in jenem Ausmass schädlich, in welchem der Kennzeicheninhaber davon abgeschreckt wird, weiterhin in den guten Ruf seiner Leistung bzw. seines Kennzeichens zu investieren, weil seine Leistung nicht mehr von den Leistungen der Konkurrenten unterschieden werden kann¹⁵⁴. Ob Meta Tags in so grossem Ausmass eine Ausbeutung fremden Rufs ermöglichen, ist zumindest zweifelhaft¹⁵⁵.

Das Relevanzprinzip hält auch vor dem Prinzip der Geschäftsmoral stand¹⁵⁶. Gegenüber dem Nutzer verhält sich der Seitenbetreiber dann nach Treu und Glauben, wenn er für die Meta Tags jene Begriffe wählt, welche die Internet-Seite am besten umschreiben. Mit der bezugslosen Verwendung von Kennzeichen als Meta Tags ermöglicht sich der Seitenbetreiber dagegen die Aufmerksamkeit der Nutzer.

Das Relevanzprinzip steht auch hinsichtlich des Verhältnisses zwischen den Anbietern im Einklang mit der Geschäftsmoral. Unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsmoral darf ein Anbieter grundsätzlich ein fremdes Kennzeichen in Meta Tags einfügen, wenn

¹⁵³ IV.D.2.3 (S. 90 ff.).

¹⁵⁴ Für die USA: O'Rourke (Metatagging), 304.

¹⁵⁵ O'Rourke (Metatagging), 305.

¹⁵⁶ Zur Geschäftsmoral, vgl. weiter vorne, IV.B.3.2 (S. 57 f.).

die Umschreibung des eigenen Angebots dies erfordert, z.B. zwecks Hinweis auf die eigene Leistung, auf einen Produktvergleich, auf Berichterstattung usw. Unter diesen Umständen sind die Meta Tags zugleich relevant zum Inhalt der betreffenden Website.

Missbräuchlich und gegen Treu und Glauben ist die Verwendung des fremden Kennzeichens in Meta Tags jedoch, wenn gar kein Bezug zum Angebot auf der Website vorliegt oder wenn offensichtlich künstlich ein inhaltlicher Bezug geschaffen wurde, um eine Rechtfertigung für das Setzen des Meta Tags zu erhalten. Dabei verstösst der Seitenbetreiber auch gegen das Relevanzprinzip, weil das Kennzeichen im Meta Tag in Wirklichkeit keine oder zumindest keine echte Relevanz aufweist.

3.2 Erweiterter Anwendungsbereich des UWG

Meta Tags mit unrichtigen Angaben zur Website sind störend, weil sie die Suche nach den Websites mit den erwünschten Informationen erschweren. Jedoch beeinträchtigen nicht nur unpassende fremde Kennzeichen in Meta Tags die Suche, sondern auch Wörter des allgemeinen Sprachschatzes, wenn sie ohne Bezug zum Inhalt der Website verwendet werden. Dem Relevanzprinzip folgend, ist auch die unpassende Verwendung von Allgemeinbegriffen in Meta Tags unlauter. Sie erschwert die Suche nach Gütern und Dienstleistungen im Internet. Unter diesen Umständen kann der Nutzer seine Aufgabe als Schiedsrichter im Markt weniger gut wahrnehmen. Gesamtwirtschaftlich verursachen unpassende Meta Tags Wohlstandsverluste wegen höheren Suchkosten. Die Verwendung unpassender Allgemeinbegriffe ist auch gegenüber dem einzelnen Nutzer unfair, wird doch dessen Aufmerksamkeit ermogelt.

Eine gerichtliche Überprüfung der Verwendung unpassender Begriffe des gemeinen Wortschatzes in Meta Tags findet jedoch kaum einmal statt, weil der Kläger fehlt¹⁵⁷. Der Begriff im Meta Tag hat ungleich einem Kennzeichen keinen Inhaber, der seine gesetzestreue Verwendung durchsetzt. Und einzelne Nutzer fühlen sich durch einen unpassenden Allgemeinbegriff in einem Meta Tag kaum in dem Ausmass gestört, dass sie den Rechtsweg beschreiten. In den USA wird deshalb auch gefordert, die „Federal Trade Commission“ solle Seitenbetreiber mit unpassenden beschreibenden Meta Tags zurechtweisen¹⁵⁸. In der Schweiz müssten wohl Konsumentenorganisationen die rechtmässige Verwendung von Allgemeinbegriffen in Meta Tags durchsetzen, oder Konkurrenten, die gegenüber dem unkorrekt Handelnden einen Wettbewerbsnachteil erleiden.

¹⁵⁷ Für die USA: Chancey (Meta-Tags), 210.

¹⁵⁸ Nathenson (Spamdexing), 101 ff.