

(Schein-)Selbständigkeit (Schein-)Abhängigkeit im Arbeitsrecht

Qualifikation von
Gewinnzusagen

Wieder unwirksame AGB in
Mobilfunkverträgen

Kapitalerhaltung bei
GmbH & Co KG

Altersdiskriminierung
Minderjähriger Arbeitnehmer

Kooperationsbeschränkungen für
Freiberufler

Rom I-VO
Europäisches Vertrags-IPR

Markenrechtliche Risiken bei Keyword-Advertising

Ob die Verwendung eines fremden Zeichens als Keyword eine Markenverletzung darstellt, ist umstritten. Die eine Seite stellt den Schutz des Markeninhabers in den Vordergrund, die andere die Interessen des Werbetreibenden. Die jüngste deutsche Rsp verneint eine Markenverletzung mangels Verwechslungsgefahr. Welche Schlüsse kann man daraus für die Praxis in Österreich ziehen?

ELKE DICHLBERGER

A. Hintergrund und Fragestellung

Keyword-Advertising ist eine Form des kontextorientierten Suchmaschinen-Marketings und gewinnt kontinuierlich an Bedeutung.¹⁾ Das Grundprinzip ist einfach: Der Werbetreibende formuliert eine Anzeige, die in einem als Werbung gekennzeichneten Textblock oberhalb oder neben den Suchergebnissen (Trefferliste) geschaltet wird. Mit Hilfe von Schlüsselwörtern (Keywords) und Einstellungsoptionen (Keyword-Optionen) kann der Werbetreibende den Kontext festlegen, in dem seine Anzeige erscheinen soll.

Aus kennzeichenrechtlicher Sicht stellen sich folgende Fragen:

- Ist die Verwendung eines fremden Zeichens im Text der Online-Anzeige eine Markenverletzung?
- Ist die Buchung eines fremden Zeichens als Keyword eine kennzeichenmäßige (markenmäßige) Verwendung?
- Welche Sorgfaltspflichten treffen den Werbetreibenden bei der Auswahl der Keyword-Optionen?

B. Funktionsweise von Google AdWords

Bestes Beispiel für kontextorientiertes Suchmaschinen-Marketing ist das von Google angebotene „Adwords“-Programm: Der Werbetreibende formuliert eine Werbeanzeige („Adwords-Anzeige“), kauft eine Anzahl an Werbeeinschaltungen und bucht Keywords („Adwords“). Enthält der vom Suchmaschinenbenutzer eingegebene Suchbegriff das gebuchte Keyword, dann wird die Anzeige eingeblendet. Die Anzeige erscheint – von der eigentlichen Trefferliste optisch getrennt und mit dem Hinweis „Anzeige“ gekennzeichnet – oberhalb oder rechts neben der eigentlichen Trefferliste. Das Keyword übernimmt somit eine „Filterfunktion“ für die optimierte Schaltung der Werbeanzeige.

Zusätzlich kann der Werbetreibende sog Keyword-Optionen auswählen. Diese Optionen beschränken oder erweitern den Kontext, in dem die Werbung geschaltet wird.²⁾

- „genau passende Keywords“:
Die einfachste Variante ist die Buchung eines bestimmten Keywords, zB „MP3“ und die Auswahl der Option „nur genau passender Begriff“. Die Anzeige wird nur angezeigt, wenn der Suchbegriff und das gebuchte Keyword genau übereinstimmen.

- „weitgehend passende Keywords“:
Bei Auswahl dieser Option wird die Anzeige angezeigt, wenn der Suchbegriff das Keyword oder
 - Synonyme,
 - Singular- oder Pluralformen,
 - relevante Variationen oder
 - Wortkombinationen des Keywords enthält.Gibt der Nutzer bspw als Suchbegriff „Tulpen“ ein und beurteilt Google diesen Begriff als relevante Variation des gebuchten Keywords „Blumen“, dann wird die Anzeige eingeblendet. Diese Option erweitert den Kreis für die Einblendung der Werbeanzeige erheblich und legt die Beurteilung, bei welchen Suchbegriffen die Anzeige eingeblendet wird, weitgehend in die Hände von Google.
- „passende Wortgruppe“:
Hier erscheint die Anzeige, wenn genau nach der gebuchten Keyword-Gruppe, also bspw „Flüge USA“, gesucht wird. Gibt der Nutzer „Flüge in die USA“ ein, erscheint die Anzeige nicht. Enthält die Suchanfrage vor oder nach der gebuchten Wortkombination ein fremdes Zeichen, also bspw „Flüge USA Lufthansa“, dann wird die Anzeige ebenfalls eingeblendet.
- „ausschließende Keywords“:
Diese Option verhindert, dass die Anzeige bei irrelevanten Sucheingaben eingeblendet wird. Bucht ein Anbieter von exklusiven Reisen das Keyword „Reisen“, möchte aber verhindern, dass seine Anzeige bei der Suchanfrage „günstige Reisen“ erscheint, dann kann er durch Ausschluss des Begriffs „günstig“ verhindern, dass seine Anzeige eingeblendet wird. Unter dieser Option kann der Werbetreibende markenrechtlich geschützte Begriffe oder Wortkombinationen ausschließen.

Mag. Elke Dichlberger ist Rechtsanwältin bei Sattler & Schanda, Rechtsanwältin in Wien und Expertin für Rechtsfragen im Bereich Marketing & Vertrieb. Kontaktadresse: Sattler & Schanda Rechtsanwälte, Stallburggasse 4, A-1010 Wien, Tel: (01) 533 80 80, Fax: (01) 535 60 76, E-Mail: office@sattler.co.at, www.sattler.co.at

1) Vgl www.zenithoptimedia.com/gff/pdf/Adspend%20forecasts%20March%202008.pdf, zuletzt abgerufen am 1. 8. 2008.

2) Vgl <https://adwords.google.de/select/KeywordToolExternal>, zuletzt abgerufen am 1. 8. 2008.

C. Rechtsgrundlagen und Rsp

1. Rechtliche Grundlagen

Das Markenrecht verleiht dem Inhaber das ausschließliche Recht, ein Zeichen zu benutzen und Dritten die Benutzung des Zeichens oder eines ähnlichen Zeichens zu verbieten. Als verletzungstypische Benutzungshandlung erwähnt § 10 a Z 4 MSchG ua die Verwendung von Zeichen in der Werbung.

Die Verwendung eines geschützten Zeichens oder eines ähnlichen Zeichens stellt allerdings nicht in jedem Fall eine „Benutzung“ iSd § 10 a MSchG dar. Nach der Rsp des EuGH ist es erforderlich, dass die Verwendung die Herkunftsfunktion der Marke beeinträchtigt, das Zeichen also zur Unterscheidung von Waren/Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens benutzt wird.³⁾ Weiters kann der Markeninhaber sein Ausschließlichkeitsrecht nur durchsetzen, wenn die unbefugte Benutzung eine Verwechslungsgefahr hervorruft,⁴⁾ die Verkehrskreise also glauben könnten, dass die in Frage stehenden Waren/Dienstleistungen aus dem Unternehmen des Markeninhabers oder aus einem mit ihm verbundenen Unternehmen stammen. Aus diesem Grund stellt die Benutzung einer Marke zu rein beschreibenden Zwecken⁵⁾ sowie die bloße „Markennennung“ im Rahmen von vergleichender Werbung⁶⁾ keine kennzeichenmäßige (markenmäßige) Benutzung dar.

2. Überblick aktuelle Rsp

a) Österreichische Rsp

In Österreich hat sich der OGH erst zweimal mit der Frage der markenrechtlichen Verantwortlichkeit des Werbetreibenden bei Keyword-Advertising auseinandergesetzt.

In der E *Wein & Co*⁷⁾ hatte der OGH zwei – verschieden gestaltete – Werbeanzeigen zu beurteilen: Im ersten Fall verwendete der bekl Werbetreibende die fremde Marke „Wein & Co“ als Keyword und im Text der Werbeanzeige. Die Einblendung der Werbeanzeige erfolgte oberhalb der eigentlichen Trefferliste in einem blau hinterlegten Feld. Der OGH sah in diesem Verhalten eine Markenverletzung und begründete dies im Wesentlichen damit, dass hier der Eindruck einer wirtschaftlichen Nahebeziehung zwischen dem Markeninhaber und dem Mitbewerber erweckt wurde. Die zweite Werbeanzeige enthielt keinen Hinweis auf „Wein & Co“ und wurde im Werbeblock rechts neben der Trefferliste eingeblendet. Die Frage, ob auch diese (unsichtbare) Benutzung eine Markenverletzung ist, ließ der OGH ausdrücklich offen.

In einer jüngst ergangenen E⁸⁾ hat der OGH nun die Frage, ob die Buchung einer fremden Marke oder eines ihr ähnlichen Zeichens als Keyword eine markenrechtliche Benutzung darstellt, dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt. Dieser E lag der Sicherungsantrag der Inhaberin der Wortbildmarke „Bergspechte“ zugrunde. Diese hatte geklagt, da bei der Eingabe des Suchbegriffs „Bergspechte“ die Werbeanzeige des bekl Mitbewerbers erschien. Das ErstG gab dem Sicherungsantrag statt. Das RekursG schränkte das Sicherungsbegehren ein und verbot dem Bekl

die Einblendung der Werbeanzeige oberhalb der Trefferliste.

b) Deutsche Rsp

Einige deutsche Oberlandesgerichte haben in ähnlich gelagerten Fällen die Verwendung eines geschützten Zeichens als Keyword als rechtswidrigen Eingriff in fremde Markenrechte beurteilt.⁹⁾ Keywords würden – ebenso wie Metatags – das Suchergebnis beeinflussen und dazu dienen, den Nutzer auf das werbende Unternehmen hinzuweisen. Die optische Abtrennung der Werbung reiche nicht aus, um eine Verwechslungsgefahr zwischen dem Angebot des Werbetreibenden und den Produkten des Markeninhabers auszuschließen. Daraus leitet diese Jud ab, dass der Werbetreibende auch dann für eine Markenverletzung haftet, wenn seine Anzeige aufgrund der Funktionsweise der Keyword-Option „weitgehend passende Keywords“ eingeblendet wird.

c) Trendwende in der deutschen Rsp?

Im Gegensatz zu dieser „strengen“ Judikaturlinie, die den Schutz des Markeninhabers in den Mittelpunkt stellt, geben zwei aktuelle E Anlass zur Annahme, dass sich in Deutschland nun eine „werbefreundlichere“ Rechtsansicht durchsetzt.

■ E des OLG Frankfurt¹⁰⁾

Dort klagte der Hersteller eines Erfrischungsgetränks einen Mitbewerber, da dessen Anzeige immer dann erschien, wenn der Produktname des Kl als Suchbegriff eingegeben wurde. Wie sich herausstellte, hatte der bekl Mitbewerber den Produktnamen des Kl als Keyword für seine Anzeige gebucht.

Das OLG Frankfurt sah in diesem Verhalten keine Markenverletzung und wies die Beschwerde des Markeninhabers zurück. Es verwarf die Rechtsansicht zur kennzeichenrechtlichen Gleichbehandlung von Metatags und Keywords und sprach aus, dass die Verwendung eines Zeichens als Keyword keine kennzeichenmäßige Benutzung darstellt. Die „Lotsenfunktion“ des Zeichens werde nur zur Präsentation von Eigenwerbung benutzt.

■ E des LG München¹¹⁾

Der Inhaber der Wortbildmarke „Posterlounge“, der unter dieser Marke Poster und Kunstdrucke verkauft, klagte den Betreiber einer Angebots- und Informationsplattform, der ua auch Druckangebote auf seiner Website anbot. Der bekl Plattformbetreiber hatte die Begriffe „Poster“ und „Lounge“ als Keywords gebucht und die Option „weitgehend passende Key-

3) EuGH 23. 2. 1999, C-63/97, *BMW*, Rz 38; 12. 11. 2002, C-206/01, *Arsenal*, Slg 2002, I-10273 Rz 45; 11. 9. 2007, C-17/06, *Céline*, Slg 2007, I-7041 Rz 15.

4) Lediglich in Fällen der „Doppelidentität“ (Identität der Zeichen und Waren/Dienstleistungen) und beim Schutz von bekannten Marken ist das Vorliegen von Verwechslungsgefahr keine Voraussetzung.

5) OGH 4 Ob 308/00 y, *Numtec-Interstahl*, ÖBl-LS 2001/48, 49.

6) EuGH 12. 6. 2008, C-533/06, *O2*.

7) OGH 17 Ob 1/07 g, *Wein & Co*, ÖBl 2007/39.

8) OGH 17 Ob 3/08 b, *Bergspechte*, ecolex 2008/348.

9) OLG Braunschweig 11. 12. 2006, 2 W 177/06, *Jette*; OLG Stuttgart 9. 8. 2007, 2 U 23/07, *PCB-Pool*.

10) OLG Frankfurt 26. 2. 2008, 6 W 17/08.

11) LG München 14. 4. 2008, 1 HKO 550/08.

words“ ausgewählt. Dies führte dazu, dass bei Eingabe des Suchbegriffs „Posterlounge“ die Anzeige des Plattformbetreibers eingeblendet wurde.

Das LG München verneinte eine Markenverletzung und sprach aus, dass die Tatsache, dass die Zusammensetzung der (beschreibenden) Begriffe markenrechtlich geschützt ist, nichts daran ändere, dass die Einzelbegriffe für sich nicht schutzfähig sind. Ihre Verwendung als Keyword verletze daher keine Markenrechte. Ferner sprach das Gericht aus, dass der Werbetreibende nicht schon bei der Buchung der Keywords, sondern erst nach einer Abmahnung durch den Markeninhaber die geschützten Zeichen sperren müsse. Die E wurde durch das OLG München¹²⁾ bestätigt.

D. Kritische Auseinandersetzung

Die aktuellen deutschen E sind in Hinblick auf mehr Leistungswettbewerb zu begrüßen. Zu den anfangs aufgeworfenen Fragen ergeben sich folgende Schlussfolgerungen:

1. Verwendung eines fremden Zeichens im Anzeigentext?

Was in der Offline-Werbung gilt, muss auch online gelten. Verwendet der Werbetreibende ein fremdes Zeichen in der Adwords-Anzeige, dann stellt dies eine Markenverletzung dar.¹³⁾ Insoweit ist dem OGH in der E *Wein & Co* im Ergebnis zuzustimmen.

2. Verwendung eines fremden Zeichens als Keyword?

Zu Recht lehnt das OLG Frankfurt eine kennzeichenrechtliche Gleichbehandlung der Verwendung eines fremden Zeichens als Metatag bzw als Keyword ab und erkennt, dass die angesprochenen Verkehrskreise keine markenrechtlich relevante Verbindung zwischen den im Werbelink angebotenen Produkten und dem Markeninhaber herstellen. Entscheidend ist, ob der Nutzer die Werbelinks mit den Suchergebnissen verwechselt, denn nur dann kann eine kennzeichenmäßige Benutzung iSd § 10 a MSchG angenommen werden.

a) Keine Gleichbehandlung Metatag – Keyword

Metatags eröffnen die Möglichkeit, eine bessere (vorrangige) Reihung einer Website in der Trefferliste zu erreichen und damit die Aufrufhäufigkeit der eigenen Website zu steigern.¹⁴⁾ Daraus leitet die Rsp ab, dass die Benutzung einer fremden Marke als Metatag einen kennzeichenmäßigen Gebrauch begründet.¹⁵⁾

Keywords dienen als Instrument zur kontextbezogenen und zielgruppengenauen Schaltung von Werbung. Im Unterschied zu Metatags beeinflussen Keywords aber nicht die Reihung von Links in der Trefferliste, sondern nur die Platzierung der Werbeanzeige. Keywords haben also eine reine „Filterfunktion“. Die Tatsache, dass die Werbung im Umfeld der Trefferliste eingeblendet wird, bedeutet nicht, dass der Suchbegriff mit den unter dem Werbelink angebotenen Waren/Dienstleistungen zu identifizieren ist. Die angesprochenen Verkehrskreise gehen also nicht

davon aus, dass die beworbenen Produkte vom Markeninhaber stammen.

Folglich wird das Zeichen nur zur effizienten Werbeplanung und nicht als Herkunftshinweis benutzt. Die Buchung einer fremden Marke oder eines ihr ähnlichen Zeichens als Keyword ist daher nicht als Benutzung iSd § 10 a MSchG zu qualifizieren, sondern als Fall der bloßen „Markennennung“.

b) Keine Verwechslungsgefahr zwischen Trefferliste und Werbeanzeige

Dass sich Suchmaschinen über Werbung finanzieren, ist allgemein bekannt. Weiters ist davon auszugehen, dass der durchschnittliche Nutzer Werbeeinschaltungen eine andere Bedeutung zumisst als redaktionellen Beiträgen.¹⁶⁾ § 6 Z 1 ECG normiert, dass Diensteanbieter – und damit auch Suchmaschinenbetreiber – ihre Werbung klar und eindeutig als solche kennzeichnen müssen. Was die Erkennbarkeit von Werbung im Internet betrifft, genügt – wie dies auch § 26 MedienG für Printmedien vorsieht – eine deutliche Trennung der Werbung vom redaktionellen Teil durch entsprechende Gestaltung bzw Anordnung und/oder der Bezeichnung als „Anzeige“ oder „Werbung“.¹⁷⁾

Google kennzeichnet Werbeblöcke durch farbliche Unterlegung bzw durch eine Abtrennung mittels einer senkrechten Linie und überschreibt sie mit dem Hinweis „Anzeige“. Durch diese optische und räumliche Abgrenzung sowie die verbale Kennzeichnung sind die Werbeblöcke für den Nutzer klar und eindeutig als Werbung erkennbar. Diese Trennung ist dem Suchmaschinenbenutzer auch geläufig.

Folglich besteht keine Gefahr, dass der durchschnittliche Suchmaschinenbenutzer annimmt, die unter den Werbelinks angebotenen Waren/Dienstleistungen würden aus dem Unternehmen des Markeninhabers oder aus einem mit ihm verbundenen Unternehmen stammen. Keywords sind daher nicht geeignet, beim Publikum Verwechslungen zwischen den Waren/Dienstleistungen des Markeninhabers und dem Angebot des Werbetreibenden hervorzurufen. Unter der Voraussetzung, dass das geschützte Zeichen nicht im Anzeigentext enthalten und die Anzeige gem § 6 Z 1 ECG gekennzeichnet ist, kann der Markeninhaber mE die Benutzung seiner Marke oder eines ihr ähnlichen Zeichens als Keyword nicht verbieten.¹⁸⁾ Der Ansicht, dass Keyword-Advertising rechtlich nicht anders zu bewerten ist als kontextbezogene Werbung in Printmedien, ist daher zuzustimmen.¹⁹⁾

12) OLG München 6. 5. 2008, 29 W 1355/08.

13) Ausgenommen privilegierte Benutzungen nach § 10 Abs 3 MSchG.

14) *Kur*, Metatags – pauschale Verurteilung oder differenzierende Betrachtung, CR 2000, 448 (448).

15) OLG Wien 30 R 4/06 p, *Kieser Training*, ÖBl 2007/7, 33.

16) *Berkal/Höhnel/Noll/Polley*, Mediengesetz Praxiskommentar (2002) § 26 Rz 1.

17) *Lagal/Sehrschön*, E-Commerce-Gesetz (2002) 34.

18) Aufgrund der Haftungsfreistellung gem § 14 ECG kommt mE auch keine Haftung des Suchmaschinenbetreibers infrage.

19) *Hüsch*, Keyword-Advertising – Rechtmäßigkeit suchwortabhängiger Werbeanzeigen in der aktuellen Rechtsprechung, MMR 2006, 357.

c) Sorgfaltspflichten bei Auswahl der Keyword-Optionen?

Folgt man der Argumentation der „strengen“ deutschen Jud, kann es auch bei der Buchung eines nicht geschützten Begriffs als Keyword zu einer Markenverletzung kommen. Dies ist dann der Fall, wenn

- die Suchanfrage neben dem gebuchten Keyword ein geschütztes Zeichen enthält,
- keine Einschränkung durch die Keyword-Option „genau passende Keywords“ erfolgt ist und/oder
- das geschützte Zeichen nicht unter der Keyword-Option „ausschließliche Keywords“ gesperrt wurde.

Demnach wäre der Werbetreibende verpflichtet, bei jeder Keyword-Buchung eine detaillierte markenrechtliche Prüfung aller von Google vorgeschlagenen Keyword-Kombinationen durchzuführen. Die Auferlegung einer derartigen Prüfungspflicht überschreitet mE die Grenzen der zumutbaren Sorgfaltspflicht. Hier erscheint der Ansatz des LG München²⁰⁾ sinnvoll, eine Sperrverpflichtung erst nach einer Aufforderung durch den Markeninhaber anzunehmen.

3. Wettbewerbsrechtliche Aspekte

Die angesprochenen Verkehrskreise nehmen die Werbeanzeigen als alternatives Angebot zum eigentlichen Suchergebnis wahr. Da es im Rahmen des freien Leistungswettbewerbs Unternehmen freisteht, das Interesse von Konsumenten an Konkurrenz-Produkten zu nutzen, um auf eigene Produkte aufmerksam zu machen, ist Keyword-Advertising ein zulässiges Mittel zur Kundengewinnung.

E. Handlungsempfehlung für Werbetreibende

Obleich die jüngsten E in Deutschland Grund zur Annahme geben, dass sich eine Trendwende abzeich-

net, bleibt abzuwarten, welche Rechtsansicht der EuGH zu diesem Thema einnehmen wird.

Bis zum Vorliegen dieser EuGH-Entscheidung sollten Werbetreibende daher keine fremden Marken als Keyword buchen bzw nur beschreibende Angaben verwenden. Auch die Optionen „weitgehend passende Keywords“ und „passende Wortgruppe“ sollten vermieden werden. Für den Fall, dass eine Werbeagentur mit der Durchführung beauftragt wurde, sollten genaue Anweisungen zur Buchung von Keywords und zur Auswahl von Keyword-Optionen vorgegeben werden.

Werbe- und Media-Agenturen sollten ihre Kunden über die markenrechtlichen Risiken aufklären und klare Vereinbarungen zu den Keyword-Buchungen schließen, um Haftungsrisiken zu beschränken.

Abschließend sei noch darauf hinzuweisen, dass Markeninhaber die Möglichkeit haben, ihre Marke bei Google sperren zu lassen. Nach bisheriger Geschäftspraxis sperrt Google allerdings nur registrierte Wortmarken.

20) LG München 10. 4. 2008, 1HK O 5500/08, MIR 06/2008.

SCHLUSSSTRICH

Die Verwendung fremder Zeichen als Keywords birgt markenrechtliche Risiken. Die jüngste deutsche Rsp gibt Anlass zur Annahme, dass die Verwendung von fremden Zeichen als Keywords zulässig ist. In Österreich sind Werbetreibende aufgrund fehlender Rsp zu besonderer Vorsicht aufgerufen.