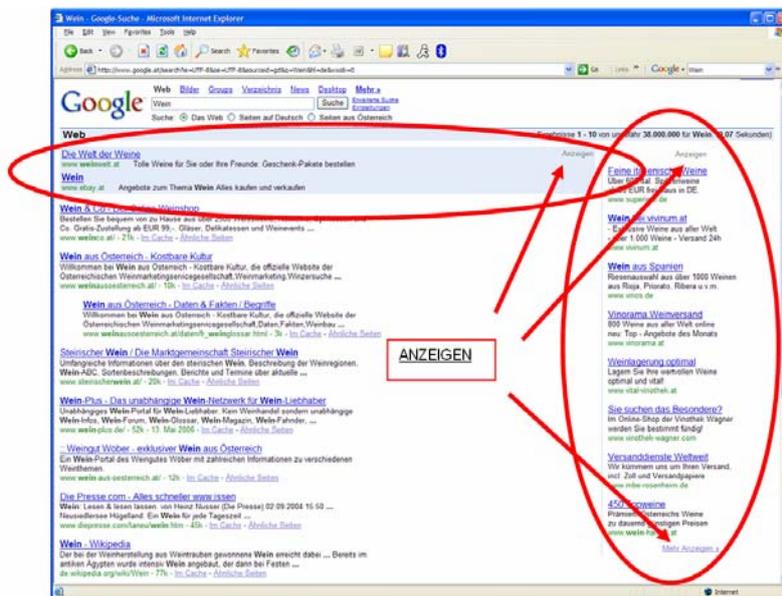


Anmerkung zu 17 Ob 1/07g

von Birgit Noha

Der OGH hatte sich damit zum zweiten Mal mit Keyword Advertising (in beiden Fällen bei der Suchmaschine Google) auseinanderzusetzen. In der älteren Entscheidung (4 Ob 194/05s, 195/05p – Google) sprach der OGH aus, dass der Suchmaschinenbetreiber – gleich anderen Diensteanbietern im Internet, nur für Rechtsverletzungen haftet, die auch für einen juristischen Laien ohne weitere Nachforschungen offenkundig sind. Der aktuelle Beschluss des OGH (17 Ob 1/07g) ließ auch nach wie vor ungeklärt, ob die Verwendung eines fremden geschützten Zeichens beim Keyword Advertising zulässig ist.

Unter Keyword Advertising versteht man stichwortbezogene Werbung. Werbekunden können gegen Entgelt (cost per click) Suchworte buchen. Bei Eingabe eines vom Werbenden gebuchten Suchbegriffes erscheint in einem von der Trefferliste (natural search results) *klar abgegrenzten* und *als solches gekennzeichneten Werbeblock* eine Anzeige des Werbenden, wie folgende - allgemeine, nicht verfahrensgegenständliche - Grafik veranschaulicht:



Der OGH beurteilte hier *zwei verschiedene konkrete Anzeigen*: Einmal verwendete die Beklagte das geschützte Zeichen der Klägerin als Suchwort (Keyword) und gleichzeitig auch in der Überschrift der Anzeige (Anzeige vom 3.10.2005). Jene Anzeige befand sich im Anzeigenblock oberhalb der Trefferliste. Die zweite Anzeige (Anzeige vom 19.10.2005) befand sich im Anzeigenblock rechts neben der Trefferliste und enthielt die fremde Marke nicht im Anzeigentext.

Der OGH hielt erstere für eine Markenverletzung und ließ die Frage hinsichtlich der zweiten explizit offen.

In den Entscheidungsgründen des OGH heißt es: „Die Beklagte nutzt den Wortbestandteil der Wortbildmarke der Klägerin und damit ein mit dieser Marke ähnliches Zeichen als Suchwort und auch zur Kennzeichnung ihres eigenen Angebots. Soweit sie damit ihre Anzeige überschreibt, ist die Gefahr von Verwechslungen offenkundig. Verwechslungsgefahr wird jedoch auch damit begründet, dass bei Eingabe des Suchworts der Hinweis auf die Website der Beklagten in der Trefferliste noch vor dem Hinweis auf die Website der Klägerin aufscheint oder besonders hervorgehoben wird. Die Vorreihung lässt ebenso wie die Hervorhebung den Eindruck eines besonderen Zusammenhanges zwischen dem Suchwort und dem Angebot der Beklagten entstehen, was wiederum den Eindruck wirtschaftlicher oder organisatorischer Nahebeziehungen zwischen der Klägerin und Beklagten entstehen lässt.“

An dieser Begründung bleibt mE einiges unklar: Schon die Formulierung „als Suchwort und zur Kennzeichnung ihres eigenen Angebotes“ ist etwas missverständlich. Ebenso nicht ganz unmissverständlich ist, was der OGH mit „Soweit sie damit ihre Anzeige überschreibt....“ meint.

Anmerkung zu 17 Ob 1/07g

von Birgit Noha

Damit meint der OGH vermutlich nicht die Platzierung der Anzeige oberhalb der Treffer, sondern dass in der ersten Anzeige das fremde Zeichen nicht nur als Suchwort, sondern auch im Text, nämlich in der Überschrift, verwendet wurde.

Dass im *gegebenen Fall* die Verwendung des fremden Zeichens in der Überschrift der Anzeige oberhalb der Trefferliste eine Verwechslungsgefahr begründet, hat aber schon das Erstgericht gesehen.

Die oberstgerichtliche Entscheidung wäre dann aber insofern nicht verständlich, weil der Beklagten die Verwendung des fremden Zeichens in der Überschrift der Anzeige, die der OGH für markenrechtswidrig hielt, schon mit dem Sicherungsbegehren Punkt 1) in erster Instanz rechtskräftig untersagt wurde. Es wurde mE daher nur mehr die Frage der Zulässigkeit der zweiten Anzeige an den OGH herangetragen, und diese Frage ließ der OGH explizit offen.

Interpretationsbedürftig bleibt aber mE der Satz „Verwechslungsgefahr wird jedoch auch damit begründet, dass bei Eingabe des Suchworts der Hinweis auf die Website der Beklagten *in der Trefferliste* noch vor dem Hinweis auf die Website der Klägerin aufscheint oder besonders hervorgehoben wird“.

Was ist gemeint mit „*in der Trefferliste*“? Der OGH geht möglicherweise entweder davon aus, dass ein Werbender durch das Buchen eines Suchwortes die Trefferliste manipulieren kann, indem dadurch die eigene Anzeige den Treffern vorgereiht wird. Wenn das so wäre, wäre der OGH hier im Provisorialverfahren von unrichtigen Tatsachen ausgegangen: Das wäre nämlich gar nicht möglich und war auch hier nicht der Fall: Hier wurde jeweils eine von der Trefferliste klar abgegrenzte als solche gekennzeichnete Anzeige geschaltet, und nicht die Trefferliste manipuliert.

Ebenso nicht klar ist mE, warum der OGH annimmt, dass die Vorreihung und Hervorhebung den Eindruck wirtschaftlicher oder organisatorischer Nahebeziehung begründe. Hier handelt es sich lediglich um eine bezahlte Anzeige, die entsprechend dem medien- und werberechtlichen Trennungsgebot auch als bezahlte Anzeige „hervorgehoben“ wurde.

Möglicherweise hält der OGH lediglich die Platzierung einer Anzeige oberhalb der Treffer in der konkreten Ausgestaltung - als vorgereiht im Sinn von „im besseren Rang“ - für unzulässig. Das hieße, dass die Verwendung eines fremden Zeichens als Suchwort an sich zulässig ist, solange die an das Suchwort geknüpfte Anzeige abgegrenzt rechts neben oder unterhalb der Treffer erscheint und das fremde Zeichen nicht im Text enthalten ist.

Oder der OGH geht davon aus, dass ein verständiger Internetuser die klar abgegrenzten Anzeigen oberhalb der Trefferliste, die farblich unterlegt und als Anzeigen gekennzeichnet sind, mit der Trefferliste an sich verwechselt? Diese Fragen wären aber mE nach dem UWG, und nicht nach dem Markenrecht zu beurteilen.

Leider wurde die Sache im Provisorialverfahren verglichen und wird uns daher die Klärung der Fragen durch den OGH im Hauptverfahren vorenthalten bleiben.

Aus lauterkeitsrechtlicher Sicht hat der OGH zu Recht keine Bedenken angemeldet. Soweit es in Österreich dazu Rechtsmeinungen gab, blieben diese teils unbegründet oder stützten sich auf ältere, überholte (da nunmehr gegenteilig entschiedene) deutsche Judikatur.

Die Werbeanzeigen der Website www.google.at (einschließlich der hier streitgegenständlichen Anzeige der Beklagten) werden – wie oben veranschaulicht - nicht etwa blickfangartig durch einen Banner optisch hervorgehoben. Um die Übersichtlichkeit des Suchmechanismus nicht unnötig zu beeinträchtigen, verzichtet Google auf aufdringliche bunte, bildliche oder grafische die Aufmerksamkeit des Benutzers auf sich lenkende Werbebanner, die sofort mit Eingabe des keywords, oder sogar vorher, erscheinen.

Der zu beurteilende Sachverhalt ist daher mit jenem, der der Entscheidung des LG Düsseldorf¹ zugrunde gelegen ist, und auf die sich Thiele² stützt, nicht zu vergleichen. Im übrigen stimmt Thiele den "überzeugenden Argumenten" des LG Hamburg zu, dass die Herkunftshinweisfunktion der klägerischen Marken durch die unmittelbare Verknüpfung lediglich der Werbung der Online-Parfümerie mit der Eingabe der Suchbegriffe nicht beeinträchtigt werde, weil für den Suchmaschinenbenutzer beim ersten Blick auf die eingeblendete Werbung deutlich werde, dass er es

¹ Entscheidung vom 19.1.2005, 2a O 10/05

² Keyword-Advertising - lauterkeitsrechtliche Grenzen der Online-Werbung

Anmerkung zu 17 Ob 1/07g

von Birgit Noha

nicht mit der Klägerin, sondern mit dem sich erkennbar bezeichnenden und identifizierenden beklagten Kosmetik-Discounter bzw den von ihm betriebenen virtuellen Parfümerien zu tun habe. Damit wird also auch von Thiele die Verwechslungsgefahr verneint.

Der zu beurteilende Sachverhalt ist auch mit jenem, der jener veralteten deutschen Entscheidung zugrunde liegt, auf die Schönherr³ damals seine Ansicht stützte, nicht zu vergleichen. Dort wurde eine Werbung im Telefonbuch bei einem Mitbewerber, der einen anderen Anfangsbuchstaben hat, damals nur deshalb nicht zugelassen, weil sie groß geschrieben und blickfangartig – im Gegensatz zu den klein geschriebenen Adressen - herausgestrichen war.

Jene deutsche Entscheidung zur Gegenwerbung ist auch veraltet, Gegenwerbung wird in Deutschland für zulässig erachtet:

Unter Gegenwerbung ist jene Werbung zu verstehen, die bewusst in räumlicher Nähe zur Werbung eines Mitbewerbers angebracht bzw. verteilt wird mit dem Ziel, den Verbraucher auf das eigene Angebot hinzulenken. Derartige Maßnahmen sind aber, sofern keine besonderen Umstände hinzukommen, nicht unlauter. Es ist daher nicht zu beanstanden, mit einem Inserat im Fernsprechnachbuch auf der Seite eines Mitbewerbers zu werben, obwohl die Firma des Werbenden mit einem anderen Buchstaben anfängt. Der Leistungsvergleich wird damit nicht ausgeschlossen, sondern überhaupt erst ermöglicht. Unerheblich ist, ob die Gegenwerbung optisch hervorgehoben ist und dementsprechend den Verbraucher stärker anspricht⁴;

Allgemein wird in Deutschland vertreten, dass Keyword Advertising lauterkeitsrechtlich grundsätzlich zulässig ist⁵.

Für eine sittenwidrige Rufausbeutung fehlt es mE bereits an der geforderten Rufübertragung. Es geht hier nicht darum, dass Gütevorstellungen auf billige „no-name“ Waren übertragen werden. Es fehlt auch an der Bescheinigung des für eine Rufausbeutung notwendigen überragenden Rufs der Waren der Klägerin, und eine gewisse Reputation besitzen im gegenständlichen Fall sowohl die Waren der Klägerin als auch die der beklagten Supermarktkette.

Auch ein Kundenfang kommt nicht in Frage:

Eine Suchmaschine ist eine Möglichkeit, sich sehr rasch zu einem Begriff zu informieren und sich einen Überblick zu verschaffen. Ein Suchbegriff wird von den meisten Suchmaschinenbenutzern nicht (nur) deshalb eingegeben, um auf die Website und damit zu dem Produkt- oder Dienstleistungsangeboten des Markeninhabers selbst zu gelangen. Vielmehr wird oft nach Erfahrungen Dritter mit dem Produkt bzw. der Dienstleistung des Markeninhabers oder den Produkten/Dienstleistungen von Mitbewerbern des Markeninhabers, also eine Marktübersicht, gesucht. Häufig hoffen die Nutzer gerade einen Produktvergleich oder Produkttest zu finden oder grundsätzliche Informationen zu finden über ein Produkt.

Der Sachverhalt ist tatsächlich, wie Schönherr⁶ anmerkt, ähnlich der Schaltung von Anzeigen in den Gelben Seiten eines Telefonbuchs. Wenn jemand in den Gelben Seiten eines Telefonbuchs namentlich einen Installateur, Baumarkt oder Rechtsanwalt sucht, findet er daneben – zulässigerweise – (oft sogar blickfangartig gestaltete) Anzeigen von Mitbewerbern. Das ist in Österreich und in Deutschland – wie oben ausgeführt - zulässig und üblich. Tagtäglich werden in periodischen Druckwerken bezahlte Anzeigen neben bzw. ober- oder unterhalb von redaktionellen Berichterstattungen geschaltet. § 26 Mediengesetz schreibt lediglich die ausdrückliche Kennzeichnung als Werbung vor. Eine solche klare Kennzeichnung wurde von Google hier vorgenommen.

Aus markenrechtlicher Sicht mE liegt bei der Wahl eines fremden geschützten Kennzeichens schon keine Benutzungshandlung im Sinn des § 10a MSchG vor. Es stellt sich die Frage der

³ Schönherr, Wettbewerbsrechtliche Aspekte des Internet, ÖBl 1999, 267

⁴ Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamp, Wettbewerbsrecht, 24. Aufl. 2006, RZ 10.75 zu § 4 UWG

⁵ Hüsch: Keyword Advertising – Rechtmäßigkeit suchwortabhängiger Werbebanner in der aktuellen Rechtsprechung, MMR 2006 Heft 6, S. 357 ff; Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamp, Wettbewerbsrecht, 24. Aufl. 2006, RZ 10.31 zu § 4 UWG; Piper/Ohly, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 4. Aufl. 2006 Rz 10/53 zu § 4.10).

⁶ Schönherr, Wettbewerbsrechtliche Aspekte des Internet, ÖBl 1999, 267

Anmerkung zu 17 Ob 1/07g

von Birgit Noha

Verwechslungsgefahr gar nicht. Das fremde Zeichen wird gerade nicht in der Werbung benutzt, sondern kommt nur dadurch ins Spiel, weil der Internetuser das Suchwort eingetippt hat. Anders als bei der Verwendung der Marke als Metatag, die dazu führt, dass die Website des Dritten in der Trefferliste auftaucht und deshalb vom Internetuser mit dem Suchbegriff in Verbindung gebracht wird. Die Anzeigen sind hingegen klar von der Trefferliste getrennt und als solche gekennzeichnet. Es wird also kein Internetuser die Werbeanzeige der Beklagten als Treffer zur Klägerin missverstehen, sondern schlicht als die Werbung eines anderen zur Kenntnis nehmen.

Auch nach der europarechtlichen Rechtsprechung liegt keine markenmäßige Nutzung vor: Eine Marke wird ernsthaft benutzt, wenn sie entsprechend ihrer Hauptfunktion – die Ursprungsidentität der Waren und Dienstleistungen, für die sie eingetragen wurde, zu garantieren – benutzt wird⁷. Der EuGH hat in der Rechtssache C-206/01 (Arsenal-Reed) klargestellt, dass die Hauptfunktion der Marke darin besteht, dem Verbraucher oder Endabnehmer die Ursprungsidentität zu garantieren, indem sie ihm ermöglicht, diese Waren oder Dienstleistungen anderer Herkunft zu unterscheiden. In der Rechtssache C-63/79 (BMW-Deenik) hat der EuGH ebenso ausgesprochen, dass es darauf ankommt, ob die Marke zur Unterscheidung von Waren oder Dienstleistungen als solche eines bestimmten Unternehmens, also als Marke, benutzt werden oder ob die Benutzung zu anderen Zwecken erfolgt.

Ähnlich der OGH: Kennzeichenmäßiger Gebrauch eines Zeichens liegt nur dann vor, wenn im geschäftlichen Verkehr eine wörtliche oder bildliche Bezeichnung zur Kennzeichnung einer Ware oder Dienstleistung oder in Beziehung auf sie so gebraucht wird, dass der unbefangene Durchschnittsabnehmer annehmen kann, das Zeichen diene der Unterscheidung der so gekennzeichneten Ware oder Dienstleistung von gleichen oder gleichartigen Waren oder Dienstleistungen anderer Herkunft, weise also auf die Herkunft der Ware oder Dienstleistung aus einem bestimmten Betrieb hin⁸. Das Verbot des kennzeichenmäßigen Gebrauchs eines Wortes bedeutet nämlich keineswegs das Verbot, dieses Wort überhaupt in den Mund zu nehmen⁹.

Bei der Verwendung einer Marke als Suchwort wird diese aber nicht herkunftsweisend verwendet. Alleine das Erscheinen einer gekennzeichneten bezahlten Anzeige eines Dritten bringt den Internetuser nicht dazu, anzunehmen, die Streitparteien ständen in organisatorischer oder wirtschaftlicher Nahebeziehung.

Es fehlt daher mE bei der Verwendung eines fremden Begriffes am schon am markenmäßigen Gebrauch, jedenfalls dann, wenn das Suchwort nicht in der Anzeige selbst aufscheint; wobei aber auch die Verwendung eines fremden Zeichens in der Anzeige im Einzelfall etwa gem. § 10 Abs 3 MSchG gerechtfertigt sein könnte.

Leider hat der OGH in dieser Entscheidung genau diese Herkunftsfunktion der Marke nicht verdeutlicht und auch die Rechtsunsicherheit der Werbekunden nicht ausgeräumt. Da daher mit weiteren Verfahren, jedenfalls betreffend rechts neben den Treffern gelegene Anzeigen, zu rechnen ist, bleibt zu hoffen, dass der OGH dann die Zulässigkeit dieser Werbeform bestätigen wird.

Mag. *Birgit Noha*, LL.M ist Rechtsanwältin und Regiepartnerin der selbständigen Rechtsanwältinnen Noha Mühlfellner Orou in Wien

⁷ EuGH 11.3.2003, C-40/01 – Minimax

⁸ st Rsp, ÖBl 1995, 170 – Förderbandabstreifer Systeme, Adolf Loos Haus – 4 Ob 199/99i, 4 Ob 262/02m, ÖBl 1979, 15 – Alfa Laval, 4 Ob 391/84

⁹ 4 Ob 17/90).