

■ RdW 2006/129, 143

# Aktuelles zum Keyword-Advertising

Besprechung der Entscheidungen des OGH vom 19. 12. 2005, 4 Ob 195/05p<sup>\*)</sup>, sowie des OLG Wien vom 14. 7. 2005, 1 R 134/05s

RA Dr. Axel Anderl, LL.M.  
Wien

## 1. Ausgangslage

Google reiht seine Ergebnislisten grundsätzlich absteigend sortiert nach Relevanz der Website zum jeweiligen Suchwort: Toppplatziert scheint der relevanteste Treffer auf. Daneben können bei Google im Rahmen des „AdWords“-Programms von jedermann frei wählbare Suchwörter gekauft werden. Bei Aufruf eines gekauften Suchwortes erscheint ein im Wesentlichen wie ein Treffer ausgestalteter Eintrag entweder mittig und toppplatziert oder rechts neben dem eigentlichen Trefferblock. Mittig angeordnete „Treffer“ sind – anders als normale Treffer – hellblau unterlegt und rechts klein mit „Anzeige“ gekennzeichnet. Rechts erscheinende „Treffer“ sind vom eigentlichen Suchergebnis durch einen dünnen Strich getrennt. Google führt keine Prüfung beim Kauf von Suchwörtern durch. Daher ist es auch möglich, Kennzeichen Dritter als Suchwort zu erwerben.

## 2. Die OGH-Entscheidung

Mit Beschluss vom 19. 12. 2005 zu 4 Ob 195/05p ist nunmehr die erste meritorische höchstgerichtliche Entscheidung zu Keyword-Advertising im deutschsprachigen Raum ergangen<sup>1)2)</sup>. Mit dem Beschluss wurde nur ein Teilbereich, nämlich die Frage der Verantwortlichkeit des Suchmaschinenbetreibers, entschieden: Dabei stellt der OGH für die Frage der Verantwortlichkeit von Google für etwaige Marken- oder Wettbewerbsverletzungen seiner Kunden durch Kauf von fremden Keywords auf die Entscheidung fpo.at I<sup>3)</sup> und II<sup>4)</sup> sowie die Nachfolgejurisdikatur ab. So wie die Domain-Vergabestelle soll ein Suchmaschinenbetreiber nur für solche Rechtsverletzungen seiner Kunden haften, die auch für einen juristischen Laien ohne weitere Nachforschungen offenkundig sind. Eine aktive Kontrollpflicht von Google – etwa durch Abgleich der bestellten Suchwörter mit dem Firmen- oder Markennamen des Kunden – lehnt der OGH ab.

Die Entscheidung des OGH ist mit der Vorjudikatur zur Haftung von Diensteanbietern stringent und wenig überraschend.

\*) Abgedruckt in diesem Heft auf S. 152, RdW 2006/146.

1) In der E 4 Ob 141/04w vom 18. 8. 2004 hatte der OGH im Zusammenhang mit Keyword-Advertising nur zu Details der Urteilsveröffentlichung zu entscheiden: Der Beklagte hatte nämlich das auf Unterlassung der Benützung des fremden Kennzeichens als Keyword gerichtete Unterlassungsbegehren bereits anerkannt.

2) In Deutschland sind bisher lediglich divergierende unterinstanzliche Entscheidungen ergangen. Siehe <http://www.suchmaschinen-und-recht.de>, abgerufen am 19. 2. 2006.

3) OGH 13. 9. 2000, 4 Ob 166/00s = RdW 2001/155.

4) OGH 12. 9. 2001, 4 Ob 176/01p.

Freilich bestehen im Detail Unterschiede zwischen dem hier entschiedenen Sachverhalt und der Haftung der Domain-Vergabestelle. Die Gefahr von Rechtsverletzungen durch Nutzer ist bei Keyword-Advertising noch wesentlich höher als bei der bereits riskanten Domain-Vergabe. Zudem sind Suchmaschinenbetreiber jedenfalls keine – wie der OGH dies bei den nationalen Domain-Registrierungsstellen angenommen hat – gemeinnützige Einrichtungen<sup>5)</sup>. Im Gegenteil, die Suchmaschinenbetreiber lukrieren für jeden „Klick“ auf den rechtswidrigen „Treffer“ ein Entgelt. Durch die Eröffnung einer besonderen, für Rechtsverletzungen prädestinierten Gefahrenquelle sowie die zumindest bedingt vorsätzliche Inkaufnahme von Rechtsverletzungen wäre daher der Ausspruch einer (beschränkten) Überprüfungspflicht von Suchmaschinenbetreibern nicht zwingend, aber doch vertretbar gewesen.

## 3. Die OLG-Entscheidung

### 3.1 Inhalt

Der Beschluss des OGH zu 4 Ob 195/05p lässt die Frage der Haftung des Käufers eines fremden Kennzeichens als Keyword völlig offen. Das OLG Wien hat als Vorinstanz in seiner Entscheidung zu 1 R 134/05f noch vertreten, dass Keyword-Advertising als solches nicht rechtswidrig wäre: Durch die klare Kennzeichnung des „Treffers“ als „Anzeige“<sup>6)</sup> bei Google läge keine Verwechslungsgefahr und daher keine Markenrechtsverletzung vor. Auch sei keine trittbrettfahrerische Ausnützung des wirtschaftlichen Rufes gegeben, weil keine Gleichsetzung des beworbenen Angebots mit den Eigenschaften des Kennzeichens erfolgen würde. Unter Zitierung der Entscheidung des LG Hamburg vom 21. 9. 2004 zu 312 O 324/04 führte das OLG Wien weiter aus, dass Internet-User lediglich auf das Angebot des Käufers des fremden Kennzeichens und so zulässigerweise auf eine alternative Bezugsquelle aufmerksam gemacht würden. Nur wenn der „Treffer“ selbst das gekaufte Keyword sichtbar enthält, würde eine Verwechslungsgefahr und damit eine Markenrechts- und Wettbewerbsverletzung vorliegen.

**Erste höchstgerichtliche Entscheidung zur Haftung des Suchmaschinenbetreibers für Keyword-Advertising. Das zielgruppengenaue Werben bleibt für den unmittelbaren Verletzer riskant.**

5) Siehe mit zahlreichen Nachweisen *Anderl*, Kritische Gedanken zur Judikatur über die Haftung der Domain-Vergabestellen, AnwBl 2002, 138.

6) Bereits diese Annahme ist zu hinterfragen und wird von den Gerichten bisweilen anders entschieden: Siehe die Entscheidung des HG Wien vom 29. 11. 2005 zu 34 Cg 65/05y (unveröffentlicht).

### 3.2 Kritische Auseinandersetzung

Die vom OGH im Beschluss zu 4 Ob 195/05p nicht kommentierte Ansicht des OLG<sup>7)</sup> ist aus mehreren Gründen zu kritisieren: Die gesamte österreichische Lehre – soweit überblickbar – geht von einer Unzulässigkeit von Meta-Tagging und Keyword-Advertising aus<sup>8)</sup>. Dies zu Recht und mit guten Argumenten: Google wirbt damit, dass mit Hilfe von Keyword-Advertising „Ihre Werbebotschaft genau zu dem Zeitpunkt zu den Kunden gelangt, wenn diese nach Information über Ihr Produkt oder Ihren Service suchen“<sup>9)</sup>. Damit wird klar, dass die Verwendung fremder Kennzeichen sittenwidrig ist. Diesfalls tritt der Keyword-Käufer nämlich zwischen den Kunden und den Markeninhaber. Damit wird aber der oft jahrelang und mit großem finanziellem Aufwand aufgebaute wirtschaftliche Ruf zu fremden Werbezwecken missbraucht. Zu Recht wird daher allgemein bei Keyword-Advertising mit fremden Kennzeichen ein sittenwidriges Abfangen von Kunden und eine schmarotzerische Rufausbeutung angenommen<sup>10)</sup>. Die von der Lehre gezogenen Vergleiche mit unzulässiger Werbung in unmittelbarer Nähe zum Geschäftslokal des Konkurrenten oder im Branchenverzeichnis bei einem fremden Buchstaben sind daher nahe liegend<sup>11)</sup>. Die Rechtsverletzung besteht jedenfalls und unabhängig vom Aufscheinen des Keywords im „Treffer“ selbst. Bereits mit dem Aufscheinen des gekauften „Treffers“ ist der Ruf ausgebeutet – unabhängig davon, wie dieser Treffer konkret ausgestaltet ist. Auch erfolgt alleine durch diese Verknüpfung eine Bezugnahme auf bzw eine Gleichstellung des eigenen Angebots mit den Produkten des eigentlichen Berechtigten.

Die vom OLG Wien getroffene Unterscheidung zwischen sichtbarer und unsichtbarer Verwendung des Keywords im „Treffer“ ist daher abzulehnen. Entscheidungsrelevant ist vielmehr, ob der vom Dritten gekaufte Begriff rechtlich geschützt ist oder nicht. Rechtlich zulässiges Keyword-Buying mit fremden Kennzeichen muss sich mangels konkreter Berechtigung zur Verwendung der fremden Marke – wie von der Lehre vertreten – auf nicht geschützte Begriffe beschränken<sup>12)</sup>.

Im Übrigen ist die in der Entscheidung des OLG Wien zu 1 R 134/05s zur Frage der allgemeinen Zulässigkeit des Keyword-Advertisings zitierte Entscheidung des LG Hamburg für die Frage der Haftung des Käufers eines Keywords nicht einschlägig: Der zitierte Fall behandelt ausschließlich die Verantwortlichkeit des Suchmaschinenbetreibers selbst und ist dementsprechend auch von den für Gehilfen geltenden haftungsbeschränkenden Gedanken getragen<sup>13)</sup>. Diese sind aber für die Beurteilung der Frage der Haftung des Käufers, also des unmittelbaren Verletzers, nicht einschlägig. Es ist daher bei der Frage der Haftung für Rechtsverletzungen durch Keyword-Advertising zwischen (beschränkten) Ansprüchen gegen den Diensteanbieter und der unbeschränkten Verantwortlichkeit des eigentlichen Verletzers zu unterscheiden<sup>14)</sup>.

Die neueste deutsche Entscheidung, nämlich die des LG Braunschweig vom 28. 12. 2005 zu 9 O 2852/05, betrifft dagegen das Rechtsverhältnis zwischen Käufer des Keywords und Markeninhaber. Diese Entscheidung spricht ausdrücklich und zu Recht aus, dass der Erwerb fremder Kennzeichen als Keyword unabhängig davon, ob der Begriff im „Treffer“ selbst vorkommt oder nicht, unzulässig ist. Bereits die unsichtbare Verknüpfung zwischen dem Suchwort und dem Aufscheinen des „Treffers“ nützt die Kraft der fremden Marke und deren „Lotsenfunktion“ unzulässig aus. Dem ist nichts hinzuzufügen.

- 7) Der OGH musste nicht auf die Zulässigkeit des Keyword-Advertising eingehen, weil er bereits vorher die Haftung mangels Zurechenbarkeit des Verstoßes zu Google verneint hat.
- 8) Siehe *Silberbauer*, Unlauterer Wettbewerb im Internet, *ecolex* 2001, 350; *Stomper*, *Praxishandbuch Internetrecht* (2002) 177; *Zankl*, OGH erlaubt meta-tags im Internet, *AnwBl* 2001, 316; *Schauer*, Rechtsprobleme bei Google & Co in *Schwaighofer et al*, *Informationstechnik in der juristischen Realität* (2004) 397; *Schönherr*, Wettbewerbsrechtliche Aspekte des Internets, *ÖBl* 1999, 273; *Gruber in Gruber/Mader*, Internet und e-commerce, 2000, 127; *Seidlberger in Brenn*, ECG Kommentar (2002) 70; *ders*, Wettbewerb und Internet, *RdW* 2000, 520.
- 9) Siehe <https://adwords.google.de/select/Login?sourceid=AWO&subid=DE-ET-ADS&hl=de>, abgerufen am 14. 2. 2006.
- 10) *Stomper*, *Praxishandbuch* 179, bezeichnet Keyword-Advertising als „virtuellen Parafall“.
- 11) Siehe zB *Gruber in Gruber/Mader*, 127.

- 12) Siehe zB *Seidlberger in Brenn*, 70.
- 13) Diese Einschränkungen ergeben sich in Deutschland aus den allgemeinen Grundsätzen für die wettbewerbsrechtliche Haftung für Gehilfen; zudem aus den einschränkenden Haftungsregelungen für Diensteanbieter im Teledienstegesetz. In Österreich sieht das E-Commerce-Gesetz Haftungseinschränkungen vor.
- 14) In diese Richtung deutet auch der Beschluss des OGH, 19. 12. 2005 zu 4 Ob 195/05p, der bei der Haftung von Google auf die für Domain-Registrierer geltenden Haftungsbeschränkungen abstellt. Der eigentliche Verletzer muss dann aber – so wie Domain-Grabber – unbeschränkt haften.



#### Der Autor:

Dr. Axel Anderl, LL.M. (IT-Law), ist auf IT- und allgemeines Wirtschaftsrecht spezialisierter Anwalt bei DORDA BRUGGER JORDIS Rechtsanwälte GmbH. Er ist Autor zahlreicher Publikationen und hält regelmäßig Vorträge. Seit dem Sommersemester 2005 ist er mit einem Lehrauftrag am Management Center Innsbruck im Rahmen des FH-Lehrganges „Management und Recht“ zum Thema „Business-related Information Law“ betraut. E-Mail: [Axel.Anderl@dbj.at](mailto:Axel.Anderl@dbj.at).

#### Publikationen des Autors:

Zahlreiche Artikel und Beiträge in Fachzeitschriften und Tagungsbänden im In- und Ausland; zuletzt in *RdW* erschienen: Versteigerung bleibt Versteigerung, 2005, 401 ff; Missbrauchsrisiko von Kreditkarten im Internet, 2005, 730 ff.