

ÖBL

[Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht]

- Beiträge** 148 **Zur Erfindungsqualität im Gebrauchsmusterrecht**
Rainer Beetz
- 153 **Die Gemeinschaftsmarke nach dem Beitritt von Bulgarien und Rumänien zur Europäischen Union**
Georg Kresbach und Veronika Gögerova
- Leitsätze** Nr 114 – 133
- Rechtsprechung** 164 **Perlinger**
Markenrechtsverletzung bei Verwendung des eigenen Namens
- 170 **Wein & Co**
Markenverletzung durch Keyword-Advertising
- 176 **BUZZ!**
Kennzeichenmäßiger Gebrauch; Markenschutz ohne tatsächliche Verwendung
- 181 **Haftungsverbund II**
Wettbewerbsverstöße gegen Art 81 EG innerhalb einer Kreditinstitutsgruppe; Gründung einer Haftungsgesellschaft
- 184 **Haftungsverbund III**
Zusammenschluss durch Kontrollerwerb

Juli 2007

04

MANZ 

Herausgeber
Österreichische Vereinigung
für gewerblichen Rechtsschutz
und Urheberrecht

Redaktion und Schriftleitung
Lothar Wiltschek
Helmut Gamerith
Walter Holzer

ISSN 0029-8921

ÖBL 2007/39

§ 4 Abs 1 Z 4,
Abs 2, § 10 Abs 1
Z 2 MSchG

OGH 20. 3. 2007,
17 Ob 1/07 g
(OLG Wien
2 R 28/06 m;
HG Wien
34 Cg 70/05 h)

Wein & Co

→ Markenverletzung durch Keyword-Advertising

→ Als rein beschreibend iSd § 4 Abs 1 Z 4 MSchG werden Zeichen verstanden, deren Begriffsinhalt von den beteiligten Verkehrskreisen zwanglos und ohne komplizierte Schlussfolgerungen erschlossen werden kann und die als beschreibender Hinweis auf das damit bezeichnete Objekt (Unternehmen, Ware oder Dienstleistung) verstanden werden. Dies ist der Fall, wenn der im Wort enthaltene Hinweis auf die Herstellung, die Beschaffenheit oder die Bestimmung der Ware oder Dienstleistung innerhalb der beteiligten Verkehrskreise allgemein und ohne besondere Denkarbeit erfasst werden kann.

→ Der Zusatz „& Co“ zu einer Warenbezeichnung ist ein fantasievolles Element, weil dieser Zusatz ein Gesellschaftsverhältnis bezeichnet und iZm einer Warenbezeichnung nur in einem anderen Sinn aussagekräftig ist. Mit dem Zusatz „& Co“ wird die Vorstellung eines Zusammenschlusses zum gemeinsamen Nutzen, wie dies ein Gesellschaftsverhältnis jedenfalls bezweckt, auf das gemeinsame Angebot einander ergänzender oder sonst zusammengehörender Waren übertragen. „Wein & Co“ ist damit nicht rein beschreibend und daher schutzfähig.

→ Unter „Keyword-Advertising“ wird eine Werbemethode verstanden, die das Aufscheinen von Anzeigen in Trefferlisten von Suchmaschinen mit der Eingabe bestimmter Begriffe verknüpft. Diese Begriffe „bucht“ das werbende Unternehmen beim Suchmaschinenbetreiber. Es sind dies regelmäßig Begriffe, die im Internet häufig als Suchwort eingegeben werden, darunter oftmals auch geschützte Kennzeichen eines Dritten. Gibt ein Nutzer der Suchmaschine ein solches Kennzeichen als Suchwort ein, so erscheint in der Trefferliste nicht nur ein Hinweis auf die Internet-Präsenz des an sich gesuchten Unternehmens, sondern auch ein Hinweis auf das werbende Unternehmen. Seine Einschaltung scheint entweder an erster Stelle der Trefferliste mit einer mehr oder weniger deutlichen Kennzeichnung als Werbung oder auch in einem getrennten Werbeblock in Form eines Werbebanners auf. Über einen Link gelangt der Nutzer zur Website des Werbenden.

Sachverhalt:

Die Kl tritt im geschäftlichen Verkehr unter ihrem Firmenschlagwort „Wein & Co“ auf. Sie betreibt unter dieser Bezeichnung ein Filialnetz zum Verkauf von Qualitätsweinen, eine Weinbar, eine Bar mit angeschlossenen Restaurant und unter der Internetadresse „www.weinco.at“ einen Online-Shop. Sie ist Inhaberin der zu AT 162034 und AT 162035 registrierten österr Wort-Bild-Marken bestehend aus dem Wortbestandteil „WEIN & CO“ in heller Schrift und Blockbuchstaben auf dunklem rechteckigem Hintergrund. Die Marken sind für Waren der Klasse 30, 32 und 33 geschützt. Bei einer im Juni 2002 durchgeführten Befragung war die Marke „WEIN & CO“ 46% bis 63% der Befragten – abgestuft nach Einkommen und Ausbildungsniveau – bekannt. Eine Marktanalyse im August 2004 ergab, dass 33% bis 37% von Personen, die Wein überwiegend im Fachhandel erwerben, bei der Kl kaufen.

Die Bekl betreibt in Österreich zahlreiche Lebensmittelgeschäfte mit einem umfangreichen Weinsortiment. Sie bietet Weine ua in einem Online-Shop unter der Internetadresse „www.weinwelt.at“ an. Sie hat beim Suchmaschinenbetreiber Google bestimmte Suchbegriffe (Keywords) – insgesamt waren es 815 – „gebucht“, darunter auch „Wein“, „Rotwein“ und „Wein & Co“, und damit erreicht, dass bei Eingabe eines dieser Suchbegriffe bezahlte Werbeanzeigen für die Homepage der Bekl www.weinwelt.at in der Trefferliste aufscheinen. Bei Eingabe des Suchbegriffs „Wein & Co“ am 3. 10. 2005 erschien die Werbeanzeige der Bekl unter der Überschrift „Wein & Co“ unmittelbar oberhalb der Suchergebnisse (Trefferliste) in der linken Hälfte eines hellblau unterlegten Felds, an dessen rechtem Rand sich das Wort „Anzeige“ befand. Klickte man die Überschrift der Anzeige („Wein & Co“) an, gelangte man zum Online-Shop der Bekl. Unterhalb der Überschrift „Wein & Co“ stand in deutlich kleinerer Schrift „www.weinwelt.at“. Neben dieser Adresse befand sich der Text „tolle Weine für Sie oder Ihre Freunde: Geschenk-Pakete bestellen“. Wie bei allen anderen Suchergebnissen waren der Titel violett, die Internetadresse grün und der übrige Text schwarz gestaltet.

→ Benützt jemand den Wortbestandteil einer fremden Wort-Bild-Marke und damit ein mit dieser Marke ähnliches Zeichen als Suchwort und auch zur Kennzeichnung seines eigenen Angebots, so ist, soweit er damit die Anzeige überschreibt, die Gefahr von Verwechslungen offenkundig. Verwechslungsgefahr wird jedoch auch dadurch begründet, dass bei Eingabe des Suchworts der Hinweis auf die Website des Eingebenden in der Trefferliste noch vor dem Hinweis auf die fremde Website aufscheint oder besonders hervorgehoben wird. Die Vorreihung lässt ebenso wie die Hervorhebung den Eindruck eines besonderen Zusammenhangs zwischen dem Suchwort und dem Angebot der Bekl entstehen, was wiederum den Eindruck wirtschaftlicher oder organisatorischer Nahebeziehungen zwischen den Beteiligten entstehen lässt.

Bei Eingabe des Suchbegriffs „Wein & Co“ am 19. 10. 2005 schien die Werbeeinschaltung der Bekl in einem mit der Überschrift „Anzeige“ versehenen Textblock am rechten oberen Seitenrand auf. Der Anzeigentext war optisch durch einen schwarzen vertikalen Strich vom Suchergebnis (Trefferliste) getrennt. Im Suchergebnis erstgereiht fand sich ein Link zur Website der Kl „Wein & Co – der Online Weinschop der Welt“.

Zur Sicherung ihres inhaltsgleichen Unterlassungsanspruchs begehrt die Kl, der Bekl bis zur Rk des über die Unterlassungsklage ergehenden U mit EV zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs,

1. durch den Erwerb des Keywords „Wein & Co“ bei Internet-Suchseiten, insb bei www.google.at, die Hervorhebung und/oder Vorreihung der Internetseite www.weinwelt.at vor der Internetseite www.weinco.at zu erreichen und

2. in Eintragungen in Ergebnislisten auf Internet-Suchseiten, insb bei www.google.at, den Begriff „Wein & Co“ zur Kennzeichnung des Eintrags der Website www.weinwelt.at zu verwenden oder verwenden zu lassen und eine interaktive Verlinkung des Begriffs „Wein & Co“ zur Internetseite www.weinwelt.at herzustellen oder herstellen zu lassen.

Die Reihung der Suchergebnisse bei Google erfolgte grds nach dem Prinzip des stärksten Zusammenhangs mit dem Suchbegriff. Je prominenter und häufiger ein Suchbegriff auf der Website verwendet werde, desto besser werde die entsprechende Website gereiht. Die Bekl erreiche durch den Kauf des dem Kennzeichen der Kl entsprechenden Suchworts (Keywords) eine Vorreihung ihres Werbeauftritts in den Suchergebnissen. Das Kennzeichen der Kl verfüge über hervorragende Bekanntheit bei den beteiligten Verkehrskreisen. Bei Eingabe ihres Zeichens am 3. 10. 2005 sei ein Link zur Homepage der Bekl www.weinwelt.at mit der Überschrift „Wein & Co“ an erster Stelle der Trefferliste aufgeschienen.

Die Bekl missbrauche die Möglichkeit, durch Eingabe des Kennzeichens zielgerichtet nach Produkten

Bewirkt die Verknüpfung eines fremden Kennzeichens mit der Werbeeinschaltung des Werbenden, dass die Anzeige bei Eingabe des Suchbegriffs unter der als Link zur Website des Werbenden ausgestalteten Überschrift (die aus dem fremden Kennzeichen besteht) unmittelbar oberhalb der Trefferliste und damit noch vor dem Hinweis auf die Website des fremden Zeicheninhabers aufscheint, liegt eine Kennzeichenverletzung wegen Herbeiführen einer Verwechslungsgefahr vor.

der Kl zu suchen und leite die Kunden unter Ausbeutung des guten Rufs dieses Zeichens bewusst auf die eigene Website um, um den Absatz gleichartiger Waren über die eigene Internetplattform zu fördern. Die optische Hervorhebung dieses Treffers durch die blassblaue Unterlegung erhöhe noch den Aufmerksamkeitswert gegenüber dem nachgereihten Suchergebnis. Der lediglich kleine Hinweis „Anzeige“ sei nicht geeignet, die Zuordnungsverwirrung und damit die Ausbeutung des guten Rufs der Kl zu beseitigen. Die von der Bekl veranlasste Vorreihung des eigenen Angebots wie auch die konkrete Ausgestaltung des zu ihrer Website gehörenden „Treffers“ täuschten ein nicht bestehendes wirtschaftliches oder gesellschaftliches Naheverhältnis zur Kl vor. Durch die Verwendung des Zeichens der Kl als Titel (Überschrift) des Eintrags und als interaktiver Link entstehe unweigerlich der Eindruck, dass es sich bei der Website der Bekl um jene der Kl handle. Die Bekl behindere den Absatz der Kl, weil sie gezielt bei Internetnutzern werbe, die am Angebot der Kl interessiert seien.

Die Bekl verletze im Übrigen die Rechte der Kl an Firma, Etablissementbezeichnung und Marken. Vom Schutz als – unterscheidungskräftiger – Markenbestandteil abgesehen, habe „Wein & Co“ auch innerhalb beteiligter Verkehrskreise – typische Weinkonsumenten – überragende Verkehrsgeltung erlangt. Die Kennzeichenverletzung sei offensichtlich, weil die Bekl das Zeichen der Kl zur Kennzeichnung ihrer Waren und Dienstleistungen im geschäftlichen Verkehr verwende. Der konkrete „Treffer“ sei nämlich mit dem Kennzeichen der Kl überschrieben und dieser Titel interaktiv als Link zur Website der Bekl ausgestaltet. Die Kl habe einer Verwendung ihres Zeichens nicht zugestimmt. Gründe, die dessen Gebrauch rechtfertigen könnten, lägen nicht vor.

Die Bekl habe ihre Vereinbarung mit Google nunmehr geändert. Bei Eingabe des Suchbegriffs „Wein & Co“ scheine zwar nunmehr die Website der Kl als erster Treffer auf, jene der Bekl finde sich aber in einer kleineren, nicht als Treffer ausgestalteten Anzeige am rechten Bildschirmrand. Sie sei nicht mit dem Kennzeichen der Kl überschrieben. Auch diese Einschaltung sei aus den bereits angeführten Gründen rechtswidrig. Die Werbemaßnahme der Bekl „visiere“ Kunden des Mitkonkurrenten an, wobei eine gleichartige Situation wie bei der Werbung unmittelbar vor dem Geschäftslokal des Konkurrenten entstehe. Der Vorwurf der sittenwidrigen Rufausbeutung, Behinderung und des Missbrauchs des Kennzeichens der Kl durch Keyword-Advertising bleibe aufrecht.

Die Bekl beantragte Abweisung des Sicherungsantrags. Sie habe vom Angebot des Suchmaschinenbetreibers Gebrauch gemacht und 815 Keywords gebucht, darunter auch „Wein & Co“. Bei Eingabe dieses Suchbegriffs erscheine eine Werbeanzeige mit dem Hinweis (Wordlink) auf die Website www.weinwelt.at in einem eigenen als solchen gekennzeichneten Werbeblock. Er befände sich oberhalb der Trefferliste und sei markant durch hellblaue Hinterlegung der Werbefläche und das Wort „Anzeige“ gekennzeichnet. Befinde sich der Werbeblock rechts neben der Trefferliste, sei er durch einen Strich von dieser abgetrennt und mit „Anzeige“ überschrieben. Das Markenrecht der Kl werde nicht verletzt. Geschützt sei eine Wort-Bild-Marke, der Zeichen-

bestandteil „Wein & Co“ sei rein beschreibend, ihm komme kein prägender Einfluss auf das Gesamtzeichen zu. Es bestehe ein absolutes Freihaltebedürfnis; einen Verkehrsgeltungsnachweis habe die Kl nicht erbracht. Selbst wenn man den Markenschutz bejahen wollte, so dürfte die Bekl die Marken als Metatags verwenden. Sogar eine geschützte Marke dürfe als Metatag verwendet werden, wenn auf der entsprechenden Website über diese Marke informiert werde. Dies müsse umso mehr für Keyword-Advertising gelten, weil hier dem Internetnutzer klargelegt werde, dass es sich um eine bezahlte Anzeige handle, die auch speziell gekennzeichnet sei. Die Bekl verstoße somit auch nicht gegen § 1 UWG. Die Wiedergabe der Werbeeinschaltung auf einem auffällig blau hinterlegten Feld über der Trefferliste lasse auf den ersten Blick erkennen, mit wem es der Internetnutzer zu tun habe, eine Verwechslung sei ausgeschlossen. Die Werbeanzeige mache nur auf ein eigenes Angebot aufmerksam und sei deutlich gekennzeichnet. Mangels Verwechslungsgefahr zwischen dem Online-Shop der Kl und jenem der Bekl sei auch eine Herkunftstäuschung nicht denkbar. Auch ein unlauteres Abfangen von Kunden oder eine unzulässige Kanalisierung von Kundenströmen scheide aus. Es werde weder die Kl verdrängt noch würden die Kunden abgehalten, das Internetangebot der Kl aufzusuchen. Der Internetnutzer werde nur auf das Werbeangebot der Bekl aufmerksam gemacht und auf eine mögliche Alternative hingewiesen, was für die Werbung typisch sei. Die Werbung der Bekl führe auch zu keiner nicht bloß unerheblichen Nachfrageverlagerung. Bei Eingabe des Suchbegriffs „Wein & Co“ seien ungefähr 2,570.000 Eintragungen gefunden worden, demgegenüber sei im Online-Shop der Bekl durchschnittlich nicht einmal eine Bestellung pro Monat eingegangen. Das Begehren sei auch zu weit gefasst, weil die Kl nicht behauptet und bescheinigt habe, dass die Bekl Keyword-Advertising auch bei anderen Internet-Suchmaschinen betreibe. Das angestrebte Verbot der Vorrückung der Internetseite „Weinwelt“ vor „Wein & Co“ sei überschießend, wenn sich die Werbeeinschaltung rechts neben der Trefferliste befände.

Das ErstG erließ eine EV des in Pkt 2 oben wiedergegebenen Inhalts. Das darüber hinausgehende Sicherungsbegehren zu Pkt 1 wies es ab.

Die Bekl ließ das Unterlassungsgebot des ErstG unbekämpft.

Das RekG gab dem gegen die Teilabweisung gerichteten Rek der Kl Folge und untersagte der Bekl überdies, durch den Erwerb des Keywords „Wein & Co“ bei Internet-Suchseiten, insb bei www.google.at, die Hervorhebung und/oder Vorreihung der Internetseite www.weinwelt.at vor der Internetseite www.weinco.at zu erreichen. Es sprach aus, dass der Wert des Egegenstands € 4.000,-, nicht aber € 20.000,- übersteige und der oRevRek zulässig sei, weil Rsp des OGH zur Zulässigkeit von Keyword-Advertising unter kennzeichenrechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten fehle. Der OGH gab dem RevRek der Bekl nicht Folge.

Aus der Begründung:

Der RevRek der Bekl ist aus den vom RekG angeführten Gründen zulässig, aber nicht berechtigt. Der weitere

Schriftsatz der Bekl v 22. 1. 2007 war wegen Verletzung des Grundsatzes der Einmaligkeit des RM zurückzuweisen.

Die Kl stützt ihren (verbleibenden) Unterlassungsanspruch auf Markenrecht und den Schutz ihrer Unternehmenskennzeichen (Firmenschlagwort und Etablissementbezeichnung) nach § 9 UWG. Sie macht überdies sittenwidriges Verhalten iSd § 1 UWG durch Behinderung und Ausbeutung ihres guten Rufs geltend.

1. Die Wort-Bild-Marken der Kl bestehen aus dem Wortbestandteil „WEIN & CO“ in heller Schrift und Großbuchstaben auf einem dunklen rechteckigen Hintergrund. Prägender Bestandteil ist die Wortkombination.

2. Die Bekl macht neuerlich geltend, das Zeichen der Kl sei iZm den angebotenen Produkten (Wein) rein beschreibend und – mangels Verkehrsgeltung – markenrechtlich nicht geschützt. Die Kl habe nur eine Bekanntheit des Zeichens bescheinigt, nicht aber den Grad der Zuordnung zu ihrem Unternehmen.

[Rein beschreibende Zeichen]

2.1. Als rein beschreibend iSd § 4 Abs 1 Z 4 MSchG werden Zeichen verstanden, deren Begriffsinhalt von den beteiligten Verkehrskreisen zwanglos und ohne komplizierte Schlussfolgerungen erschlossen werden kann und die als beschreibender Hinweis auf das damit bezeichnete Objekt (Unternehmen, Ware oder Dienstleistung) verstanden werden (stRsp, 4 Ob 7/05 s = ÖBl-LS 2005/145 und 146 – *car care mwN*; 4 Ob 38/06 a = ÖBl-LS 2006/169 = ÖBl 2007/5, 22 – *Shopping City*; RIS-Justiz RS0066456 und RS0117763). Dies ist der Fall, wenn der im Wort enthaltene Hinweis auf die Herstellung, die Beschaffenheit oder die Bestimmung der Ware oder Dienstleistung innerhalb der beteiligten Verkehrskreise allgemein und ohne besondere Denkarbeit erfasst werden kann (RIS-Justiz RS0066456; 4 Ob 158/05 x = ÖBl 2006, 179 – *Steirer Parkett*; 4 Ob 38/06 a = ÖBl-LS 2006/169 = ÖBl 2007/5, 22 – *Shopping City*).

[Zur verfremdenden Verwendung von „& Co“]

Das Zeichen „Wein & Co“ wird beim Vertrieb von Qualitätsweinen verwendet. Es nennt mit „Wein“ den Gegenstand des Vertriebs und ist insoweit beschreibend. Mit dem Zusatz „& Co“ ist jedoch ein fantasievolles Element im Zeichen enthalten, weil dieser Zusatz ein Gesellschaftsverhältnis bezeichnet und iZm einer Warenbezeichnung nur in einem anderen Sinn aussagekräftig ist (ähnlich 4 Ob 93/92 = ÖBl 1993, 15 – *Candy & Company*). Mit dem Zusatz „& Co“ wird die Vorstellung eines Zusammenschlusses zum gemeinsamen Nutzen, wie dies ein Gesellschaftsverhältnis jedenfalls bezweckt, auf das gemeinsame Angebot einander ergänzender oder sonst zusammengehörender Waren übertragen. Der Wortbestandteil der Wort-Bild-Marke „Wein & Co“ ist damit – entgegen der Auffassung der Bekl – nicht rein beschreibend und daher schutzfähig. Gleiches gilt für das Firmenschlagwort „Wein & Co“.

[Anforderungen an die Verkehrsgeltung]

2.2 Die Kl hat im Übrigen bescheinigt, dass ihre Marke 46% bis 63% der Befragten – abgestuft nach Einkommen und Ausbildungsstand – bekannt ist. Ist ein Zeichen

„als Marke“ bekannt, dann wird es als Herkunftshinweis verstanden. „Bekanntheit“ in diesem Sinn kann daher nicht mit dem Bekanntheitsgrad gleichgesetzt werden, der über die Verkehrsgeltung nichts aussagt, weil er nur angibt, wieweit die beteiligten Verkehrskreise ein Zeichen überhaupt kennen (4 Ob 2383/96 m = ÖBl 1997, 227 – *Stanford Boss*; RIS-Justiz RS0078788). Der Senat hat in der E 4 Ob 38/06 a (= ÖBl-LS 2006/170 = ÖBl 2007/5, 22 – *Shopping City*) die Anforderungen an die Verkehrsgeltung eines Zeichens eingehend dargestellt. Danach kommt es darauf an, in welchem Umfang das Zeichen von den beteiligten Verkehrskreisen einem bestimmten Unternehmen zugeordnet (= als Herkunftshinweis verstanden) wird, wobei der Name des Zeichenträgers nicht bekannt sein muss.

2.3 Das von der Kl vorgelegte Umfrageergebnis bestätigt eine – hohe – Bekanntheit ihres Zeichens als Marke und damit als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen; dass nicht auch eine Zuordnung zum Unternehmen der Kl bescheinigt ist, schadet nicht.

3. Die Kl macht geltend, die Bekl leite durch Keyword-Advertising Kunden, die durch Eingabe des Zeichens „Wein & Co“ zielgerichtet nach Produkten der Kl suchen, bewusst und unter Ausbeutung des guten Rufs dieses Zeichens auf die eigene Website um, um den Absatz gleichartiger Waren über den eigenen Onlineshop zu fördern.

[Beschreibung der Werbemethode des „Keyword-Advertising“]

3.1 Unter „Keyword-Advertising“ wird eine Werbemethode verstanden, die das Aufscheinen von Anzeigen in Trefferlisten von Suchmaschinen mit der Eingabe bestimmter Begriffe verknüpft. Diese Begriffe „bucht“ das werbende Unternehmen beim Suchmaschinenbetreiber. Es sind dies regelmäßig Begriffe, die im Internet häufig als Suchwort eingegeben werden, darunter oftmals auch geschützte Kennzeichen eines anderen. Gibt ein Nutzer der Suchmaschine ein solches Kennzeichen als Suchwort ein, so erscheint in der Trefferliste nicht nur ein Hinweis auf die Internetpräsenz des an sich gesuchten Unternehmens, sondern auch ein Hinweis auf das werbende Unternehmen. Seine Einschaltung scheint entweder an erster Stelle der Trefferliste mit einer mehr oder weniger deutlichen Kennzeichnung als Werbung oder auch in einem getrennten Werbeblock in Form eines Werbebanners auf. Über einen Link gelangt der Nutzer zur Website des Werbenden (zum Begriff des Keyword-Advertising s etwa *Georg Schönherr*, Wettbewerbsrechtliche Aspekte des Internet, ÖBl 1999, 267; *Jahn/Häussle*, Aktuelle Entscheidungspraxis zum Internet im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes, GesRZ 2003, 66 und 144 [155] FN 130).

[Meinungen aus dem Schrifttum]

3.2 Das Schrifttum in Österreich und Deutschland widmet Keyword-Advertising unter dem Blickwinkel der Kennzeichenverletzung wie auch eines sittenwidrigen Handelns im Wettbewerb breiten Raum. Teils wird eine Markenverletzung in Betracht gezogen (*Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, Wettbewerbsrecht²⁴ § 4 dUWG RN 10.31), und zwar vor allem dann, wenn – wie hier – die geschützte Marke im Anzeigentext des

Werbeblocks aufscheint (*Thiele*, Keyword Advertising – lauterkeitsrechtliche Grenzen der Onlinewerbung, RdW 2001, 492; *Hüsch*, Keyword-Advertising, MMR 2006, 357; *Renner*, Meta Tags und Keyword Advertising mit fremdem Kennzeichen im Marken- und Wettbewerbsrecht, WRP 2007, 49; *Geiseler-Bonse*, Internet-Suchmaschinen als rechtliches Problemfeld 166). Teils wird Keyword-Advertising als schmarotzerische Ausbeutung des guten Rufs und der Werbefunktion der Marke für das eigene Produkt (*Schönherr*, aaO ÖBL 1999, 267; *Renner*, aaO WRP 2007, 49; *Thiele*, aaO RdW 2001, 492; *Jahn/Häussle*, aaO 155) und/oder als sittenwidrige Behinderung durch unlauteres Abfangen von Kunden beurteilt, die ein bestimmtes Unternehmen aufsuchen wollen (*Silberbauer*, Unlauterer Wettbewerb im Internet, ecolex 2001, 345; *Thiele*, aaO RdW 2001, 492; *Gruber* in *Gruber/Mader*, Internet und E-Commerce 127; *Jahn/Häussle*, aaO GesRZ 2003, 155; *Stomper*, Praxishandbuch Internetrecht 179; *Ernst*, Suchmaschinenmarketing [Keyword Advertising, Doorwaypages uä] im Wettbewerbs- und Markenrecht, WRP 2004, 278; *Anderl*, Aktuelles zum Keyword Advertising, RdW 2006/129, 143). Teils wird auch Irreführung angenommen, wenn die Website des Werbenden bei der Suche nach einer bestimmten Firma aufscheint (*Seidelberger*, Wettbewerb und Internet, RdW 2000/500). Nach *Köhler* (in *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, Wettbewerbsrecht²⁴ RN 10.31) kann in der Einflussnahme auf Suchmaschinenergebnisse durch Verwendung fremder Unternehmenskennzeichen im Einzelfall eine Kennzeichenverletzung liegen; eine unlautere Behinderung der fremden Werbung liege nur unter besonderen Umständen vor, nämlich wenn der fremde Ruf ausgenutzt oder der Nutzer irreführt werde. Das Schalten von Werbung auf Trefferlisten sei zulässig, auch der Kauf von vorderen Plätzen auf einer Trefferliste sei nicht unlauter.

3.3 Der OGH hat sich bisher erst einmal mit Keyword-Advertising befasst (4 Ob 194/05 s, 195/05 p = SZ 2005/183 = ÖBL 2006, 235 – *Google*). Gegenstand des Verfahrens war eine behauptete Markenverletzung durch die Verknüpfung eines fremden Kennzeichens mit einer Werbeeinschaltung; Bekl war der Suchmaschinenbetreiber Google. Der OGH sprach aus, dass der Suchmaschinenbetreiber – gleich anderen Diensteanbietern im Internet – nur für Rechtsverletzungen haftet, die auch für einen juristischen Laien ohne weitere Nachforschungen offenkundig sind.

[Markenverstoß durch Herbeiführen einer Verwechslungsgefahr]

3.4 Im vorliegenden Fall richtet sich die Klage nicht gegen den Suchmaschinenbetreiber, sondern gegen den Werbekunden, der ein fremdes Kennzeichen als Suchwort ausgewählt hat. Die Verknüpfung dieses Kennzeichens mit der Werbeeinschaltung der Bekl bewirkte, dass die Anzeige bei Eingabe des Suchbegriffs unter der (als Link zur Website der Bekl ausgestalteten) Überschrift „Wein & Co“ unmittelbar oberhalb der Trefferliste und damit noch vor dem Hinweis auf die Website der Kl aufschien.

3.5 Nach § 10 Abs 1 Z 2 MSchG liegt eine Markenverletzung vor, wenn ein mit der Marke gleiches oder ähnliches Zeichen für gleiche oder ähnliche Waren oder Dienstleistungen benutzt wird und dies die Gefahr von Verwechslungen begründet. Die Bekl nutzt den Wortbestandteil der Wort-Bild-Marke der Kl 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 dadurch begründet, dass bei Eingabe des Suchworts der Hinweis auf die Website der Bekl in der Trefferliste noch vor dem Hinweis auf die Website der Kl aufscheint oder besonders hervorgehoben wird. Die Vorreihung lässt ebenso wie die Hervorhebung den Eindruck eines besonderen Zusammenhangs zwischen dem Suchwort und dem Angebot der Bekl entstehen, was wiederum den Eindruck wirtschaftlicher oder organisatorischer Nahebeziehungen zwischen der Kl und der Bekl entstehen lässt, weil – wie oben dargelegt – „Wein & Co“ ein für die Kl geschütztes Zeichen ist. Damit verletzt die Bekl die Markenrechte der Kl.

3.6 Ob eine Markenverletzung auch dann vorliegt, wenn die Verknüpfung nur dazu führt, dass – wie bei Eingabe des Suchbegriffs am 19. 10. 2005 – die Werbeeinschaltung der Bekl in einem mit „Anzeige“ überschriebenen Textblock am rechten oberen Seitenrand aufscheint, kann offen bleiben. Die – durch die vorangegangene Gestaltung der Anzeige begründete – Wiederholungsgefahr ist nicht dadurch weggefallen, dass die Bekl mit der Suchmaschinenbetreiberin eine Änderung der Gestaltung und Platzierung ihrer nach wie vor mit dem Kennzeichen der Kl verknüpften Anzeige vereinbart hat.

Der RevRek musste erfolglos bleiben.

Anmerkung:

Die vorliegende E ist – soweit ersichtlich – die erste höchstgerichtliche E in Europa zur Frage der Verantwortlichkeit des „Käufers“ von Keywords bei Suchmaschinen.^{1), 2)} Dementsprechend kommt diesem Beschluss über die Landesgrenzen hinaus Leitfunktion zu.³⁾

Zum Markenschutz „Wein & Co“

Als Vorfrage für die Zulässigkeit der Verwendung des fremden Kennzeichens hatte sich der OGH mit der Schutzfähigkeit des Begriffs „Wein & Co“ auseinanderzusetzen. Diese Wortkombination ist neben dem Fir-

menschlagwort und der Etablisementbezeichnung der renommierten österr. Vinothekenkette auch prägender Bestandteil zahlreicher Wort-Bild-Marken. Der OGH

1) In Österreich hat sich der OGH bislang nur zur Verantwortlichkeit des Suchmaschinenbetreibers selbst geäußert (OGH 19. 12. 2005, 4 Ob 194/05 s = ÖBL-LS 2006/116 = ÖBL 2006/57, 235 [Anm. *Noha*] – *Google*). Als Vorinstanz in diesem Verfahren hat das OLG Wien in seiner E (14. 7. 2005, 1 R 134/05 s) allgemeine, mit dem hier besprochenen B zu Recht verworfene Überlegungen zur Zulässigkeit von Keyword-Advertising angestellt.
 2) In Deutschland liegen lediglich einander widersprechende unterinstanzliche E vor. Siehe www.suchmaschinen-und-recht.de (Stand 26. 5. 2007).
 3) Siehe auch das große mediale Echo, das diese E über die Landesgrenzen hinaus ausgelöst hat.



sprach unter Bezugnahme auf die jüngste Judikatur (4 Ob 38/06 a = ÖBl 2007/5, 22 = ÖBl-LS 2006/169 – *Shopping City*) sowie der älteren *E Candy & Company* (4 Ob 93/92 = ÖBl 1993, 15) aus, dass der Zusatz „& Co“ ein fantasievolles Element zum beschreibenden Begriff „Wein“ ist. „& Co“ nimmt auf ein Gesellschaftsverhältnis Bezug und ist in Kombination mit einer Warenbezeichnung nur in einem anderen Sinn aussagekräftig. Damit ist die Wortkombination „Wein & Co“ aber ungewöhnlich und originell und ihr kommt somit Kennzeichenschutz zu.

Zum Keyword-Advertising

Damit war der Weg für den OGH frei, sich der eigentlichen Problematik – nämlich dem Keyword-Advertising – zu widmen. Richtig hielt der OGH fest, dass der „Kauf“ bzw die Buchung eines fremden Kennzeichens als Suchwort bei einer Suchmaschine eine markenmäßige Verwendung ist. Der „Käufer“ des Keywords nutzt das fremde Kennzeichen dazu, sein eigenes Angebot zu kennzeichnen (Treffer zu seiner Website). Ist der durch den Kauf generierte Treffer mit dem Keyword überschrieben, liegt jedenfalls eine offensichtliche Verwechslungsgefahr vor.⁴⁾ Dies ist auch richtig: Dem Kunden wird an prominenter Stelle (oberster Eintrag in der Trefferliste der Suchmaschine) ein mit dem Kennzeichen überschriebener „Treffer“ präsentiert. Erst nach dem Anklicken und der damit verbundenen Weiterleitung auf die Website erkennt er, dass er zum Konkurrenten und nicht zum gesuchten Markeninhaber umgeleitet wurde.

Der OGH spricht zudem aus, dass bei einer Vorreihung oder besonderen Hervorhebung des „Treffers“ des Keyword-Käufers eine Verwechslungsgefahr auch dann vorliegt, wenn das Suchwort im „Treffer“ gar nicht aufscheint. Durch die Vorreihung bzw Hervorhebung wird der Eindruck eines besonderen organisatorischen oder wirtschaftlichen Naheverhältnisses zum eigentlichen Berechtigten suggeriert. Der OGH setzt somit voraus, dass auch bei der „versteckten“ Verwendung des Kennzeichens eine markenmäßige Benutzung vorliegt. Dies ist – ebenso wie die Annahme einer Verwechslungsgefahr – richtig:

Auch wenn das Suchwort nicht in den konkreten „Treffer“ aufgenommen wird, ist es für den User dennoch sinnlich wahrnehmbar: Der Begriff bleibt nach Einblendung des Suchergebnisses im Suchfenster von Google weiterhin stehen und ist somit gemeinsam mit dem kostenpflichtig generierten „Treffer“ sichtbar. Damit liegt aber – anders als beim Metatagging – keine „unsichtbare“ Benutzung des Kennzeichens, sondern eine klare markenmäßige Verwendung vor.⁵⁾ Selbst wenn das Kennzeichen im Suchfeld gelöscht werden würde, bliebe es beim gleichen Ergebnis: Durch den Erwerb des Keywords wird unmittelbar eine offensichtliche Verknüpfung mit dem „Treffer“ bzw der Website des Käufers bewirkt, die Lotsenfunktion der Marke wird sichtbar benutzt.⁶⁾ Zu Recht hat der OGH bei den Rechtsfolgen daher nicht danach unterschieden, ob das Suchwort im „Treffer“ aufscheint oder nicht.

Das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr ist ebenso klar zu bejahen: Die über dem Trefferblock platzierten

„Anzeigen“ unterscheiden sich von der Aufmachung her kaum von den sonstigen Treffern. Die farbliche Hervorhebung lässt zwar eine Besonderheit des top gerankten Eintrags naheliegender erscheinen, wird aber vom durchschnittlichen User gerade als besonders hohe Relevanz des gekauften „Treffers“ ausgelegt. Die konkrete Ausgestaltung verstärkt daher sogar die Irreführungseignung. Der bloß am rechten Bildschirmrand außerhalb des eigentlichen Trefferblocks und Blickfelds angebrachte Hinweis „Anzeige“ vermag diese Zuordnungsverwirrung nicht zu beseitigen. Im Übrigen ist in der Verknüpfung des Keywords mit dem Nichtberechtigten auch eine unzulässige Bezugnahme bzw Gleichstellung des eigenen Angebots mit den Produkten des eigentlich Berechtigten zu sehen.

Jedenfalls liegt in der Vorreihung und Hervorhebung auch eine nach §§ 1 und 2 UWG sittenwidrige bzw irreführende Maßnahme. Der konkrete Sachverhalt kann mit dem unzulässigen Werben unmittelbar vor dem Geschäftslokal⁷⁾ oder im Branchenbuch bei einem fremden Buchstaben des Konkurrenten verglichen werden.⁸⁾

Das Ende des Keyword-Advertising?

Mit der vorliegenden E wird freilich nicht das Ende des Keyword-Advertising eingeläutet. Allerdings ist in Zukunft ein sorgsamerer Umgang mit fremden Kennzeichen geboten. Dies betrifft nicht nur den „Käufer“ eines Keywords, sondern auch den Suchmaschinenbetreiber oder sonstige Werbeunternehmen, die dem Werbenden automatisch bestimmte Suchwörter vorschlagen. Andernfalls drohen hier Regressansprüche. Jedenfalls unbedenklich bleibt die Hervorhebung von „Treffern“ aufgrund von Buchungen nicht geschützter Bezeichnungen.

Es darf nicht übersehen werden, dass der OGH in seinen Ausführungen nur auf die über dem eigentlichen Trefferblock platzierten Einschaltungen Bezug nimmt. Hier gelten die obigen Ausführungen unbeschränkt, eine nicht genehmigte Markenbenützung kann aufgrund der Verwechslungsgefahr nicht gerechtfertigt werden.

Die rechts neben dem Trefferblock ausgeworfenen Anzeigen wurden vom OGH dagegen ausdrücklich nicht beurteilt. Hier ist zu differenzieren. Auch in diesem Fall erfolgt oftmals eine Vorreihung vor dem Treffer des eigentlich Berechtigten. Allerdings sind die Einträge auf der rechten Seite vom eigentlichen Trefferblock räumlich relativ weit entfernt und zudem durch einen dünnen Strich getrennt dargestellt. Diese Anzeigen weichen auch in Format und Aufmachung von den Treffern



4) So auch schon die erste Instanz (HG Wien 27. 12. 2005, 34 Cg 70/05h). Dieser Teil des B wurde von der Bkl nicht angefochten.

5) Zum Diskussionsstand hinsichtlich der unsichtbaren Verwendung von Begriffen s die im B des OGH 19. 12. 2000, 4 Ob 308/00y = ÖBl 2001, 126 – *Numtec-Interstahl* wiedergegebene Lehre. In dieser E hat der OGH freilich offengelassen, ob die unsichtbare Benützung einer Marke als Metatag eine markenmäßige Verwendung begründet. Zuletzt richtig eine markenmäßige Verwendung bejahend OLG Wien 7. 6. 2006, 30 R 4/06 p = ÖBl 2007/7, 33 – *Kieser Training*, im Kern aufgrund der Ausbeutung der Lotsenfunktion der Marke.

6) Siehe schon *Anderl*, Aktuelles zum Keyword-Advertising, RdW 2006, 144 unter Hinweis auf die bisherige Literatur.

7) *Schanda*, *ecolex* 2001, 462; *Wiltshchek*, *UWG*⁷, E 2298 zu § 1 UWG.

8) *Schönherr*; Wettbewerbsrechtliche Aspekte des Internets, ÖBl 1999, 267 (273).



im Block ab. Über dem Anzeigenblock ist – freilich infolge der hellen Schrift und Schriftgröße nicht gerade deutlich – das Wort „Anzeigen“ angebracht. Bei einer Gesamtbetrachtung kann daher die Benutzung einer fremden Marke zur Generierung eines Treffers im rechten Anzeigenblock im Einzelfall durch § 10 Abs 3 MSchG gedeckt sein. Die Lehre hat aus der zitierten Bestimmung den allgemeinen Grundsatz abgeleitet, dass Dritte eine Marke bei Vorliegen eines berechtigten Interesses generell verwenden dürfen, sofern die Benutzung den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe und Handel entspricht. Diesem Grundsatz folgend hat der OGH in der E *Numtec Interstahl*⁹⁾ bereits ausgesprochen, dass das Verwenden einer fremden Marke als Metatag im Source Code zulässig ist, wenn die konkrete Website Informationen über die Markenartikel bereitstellt.

Führt nun der Käufer eines fremden Kennzeichens die Markenware auf seiner Plattform, könnte analog ein berechtigtes Interesse des Händlers, die Öffentlichkeit über diese Tatsache zu informieren und Werbung

zu betreiben, vertreten werden. Dazu müssten aber die engen Grenzen der „anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe und Handel“ eingehalten werden. Die Ausgestaltung des „Treffers“ darf daher weder reißerisch noch irreführend sein. Besondere Sorgfalt und Vorsicht sind geboten, wenn der Treffer direkt mit dem fremden Kennzeichen überschrieben wird. Der „Kauf“ fremder Kennzeichen als Keywords, ohne die gegenständliche Ware oder Dienstleistung tatsächlich anzubieten – wie dies insb bei Buchung fremder Etablissementbezeichnungen oder Firmennamen der Fall ist –, ist jedenfalls unzulässig.

*Axel Anderl, RA
DORDA BRUGGER JORDIS Rechtsanwälte GmbH,
als Klagevertreter am Verfahren beteiligt*

⁹⁾ OGH 19. 12. 2000, 4 Ob 308/00y = ÖBl 2001, 126 unter Bezugnahme auf EuGH, BMW Motorenwerke AG und BMW Netherlands/Carel Deenik, Slg 2001, I-905 = ÖBl 1999, 250.