

Bei Werbung auf Google muss der Inserent klar sein

Die jüngsten EuGH-Entscheidungen machen die rechtlichen Regeln für Keyword-Advertising deutlich

Axel Anderl*

Zwei vor kurzem verlautbarte Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs zu Keyword-Advertising haben europaweit für Aufregung gesorgt. Der EuGH entschied über die Zulässigkeit der Werbeform (C-278/08 – Bergspechte) und über die Haftung von Google für das Anbieten des kostenpflichtigen Dienstes (C-237/08 – Google / Louis Vuitton). Der Oberste Gerichtshof hat bereits Jahre zuvor die Grundsätze dieser Entscheidungen mit seinen Urteilen zu 4 Ob 194/05s (Glucocochon-drin) und zu 17 Ob 1/07g (Wein & Co) vorweggenommen. Dennoch kommt den EuGH-Erkenntnissen große praktische Bedeutung zu:

Der EuGH stuft – wie schon der OGH – die Buchung eines Keywords, das mit einem registrierten Kennzeichen ident oder verwechselbar ähnlich ist, als markenrechtliche Benutzungshandlung ein. Diese liegt selbst dann vor, wenn das Keyword in der Anzeige nicht nochmals aufscheint. Damit ist eine „unsichtbare“ Nutzung, die bloß eine Anzeige generiert, markenrechtlich relevant.

Eine solche konsenslose Markenbenutzung ist laut EuGH immer dann rechtswidrig, wenn die Anzeige des Dritten eine wirtschaftliche Verbindung zwischen dem Werbenden und dem Markeninhaber suggeriert oder den Werbenden nicht klar erkennen lässt. Durch die Verwechslungsgefahr wird die Herkunftsfunktion der Marke untergraben.

Der OGH muss daher auch künftig im Einzelfall prüfen, ob ein Inserat den Werbenden hinreichend ausweist und sein Verhältnis zum Markeninhaber richtig darstellt. So darf ein Konkurrent seine Einschaltung nicht mit „Wein & Co“ überschreiben und im Anzeigentext einen bloß neu-

tralen Text wie „Tolle Weine für Sie oder Ihre Freunde“ verwenden. Dabei entsteht der Eindruck, dass der eigentliche Inhaber wirbt. Darin sah der OGH in der Vergangenheit zu Recht einen Markenverstoß. Wird hingegen „Adidas“ als Keyword gebucht, als Überschrift für einen Treffer verwendet und im Text „Mode von Adidas bei Otto!“ ergänzt, ist klar, dass hier ein Dritter, der als tatsächlicher Verkäufer dieser Ware ein berechtigtes Interesse an der Markennutzung hat, und nicht der Kennzeicheninhaber selbst wirbt.

Strenger Maßstab

Bei der Beurteilung der hinreichend klaren Offenlegung des Werbenden gilt ein dem sonstigen Werberecht entsprechend strenger Maßstab: So verwies der EuGH in der Entscheidung zu C-237/08 ausdrücklich auf das Bedürfnis nach Transparenz bei Anzeigen im Internet und auf die einschlägigen europäischen Normen – z. B. § 6 ECG. Der Inserent muss daher in der Überschrift oder im Anzeigentext klar ersichtlich sein.

Wer die Offenlegungspflichten verletzt, macht sich auch auf Basis des Wettbewerbsrechts angreifbar. Für das Markenrecht sieht der EuGH darüber hinaus keine Beeinträchtigung der Werbefunktion, wenn die Anzeige oberhalb des Trefferblocks geschaltet wird und der Markeninhaber innerhalb des eigentlichen Suchergebnisses „normal“ gereiht wird. Ob diese Wertung auch auf mögliche Ansprüche wegen Rufausbeutung im Wettbewerbsrecht übertragen werden kann, ist fraglich: Der Werbende profitiert bei der konkreten Werbeform ja ausschließlich vom Markenruf des Kontrahenten, den dieser mit entsprechender Mühe und finanziellem Einsatz aufgebaut hat.

Solange die Tätigkeit von Google „rein technischer, automatischer und passiver Art“ ist, kommen die Haftungsbeschränkungen für Hostprovider nach der E-Commerce-Richtlinie zur Anwendung. In diese Richtung hatte der

OGH auch im Glucocochon-drin-Fall entschieden. Allerdings muss Google ab Hinweis auf eine konkrete, für einen juristischen Laien erkennbare Rechtsverletzung tätig werden, um schlussendlich nicht selbst zu haften. Direkt verantworten muss sich Google wohl, wenn es dem Kunden aktiv Suchwörter vorschlägt oder entsprechende Auswertungen als Entscheidungsgrundlage für die konkrete Buchung zur Verfügung stellt.

Im Widerspruch dazu hat der deutsche BGH (1 ZR 139/07) die Haftung von Google auch bei Anbieten einer „catch all“ Funktion ausgeschlossen, bei dem die Anzeige des Kunden nicht nur beim gebuchten Wort, sondern auch bei ähnlichen Begriffen angezeigt wird. Diese Rechtsprechung ist im Lichte der jetzigen EuGH-Kriterien nicht länger haltbar.

*Dr Axel Anderl, LL.M. (IT-Law), ist Partner bei Dorda Brugger Jordis. axel.anderl@dbj.at