

ZUR VERFÜGUNG GESTELLT DURCH DAS ÖSTERREICHISCHE FORSCHUNGSINSTITUT FÜR IT-RECHT

Hinweis: Die mit "i4j" gekennzeichneten Entscheidungen sind auf der Webseite www.internet4jurists.at zugänglich; die mit "JurPC Web-Dok." bezeichneten Entscheidungen sind mit der Web-Dok.-Nummer unter www.jurpc.de abrufbar. Artikel aus heise können mit der Artikelnummer im Suchfeld unter heise.de gefunden werden.

II. Wettbewerbsrechtliche Probleme im Zusammenhang mit Online-Angeboten

A. Einleitung

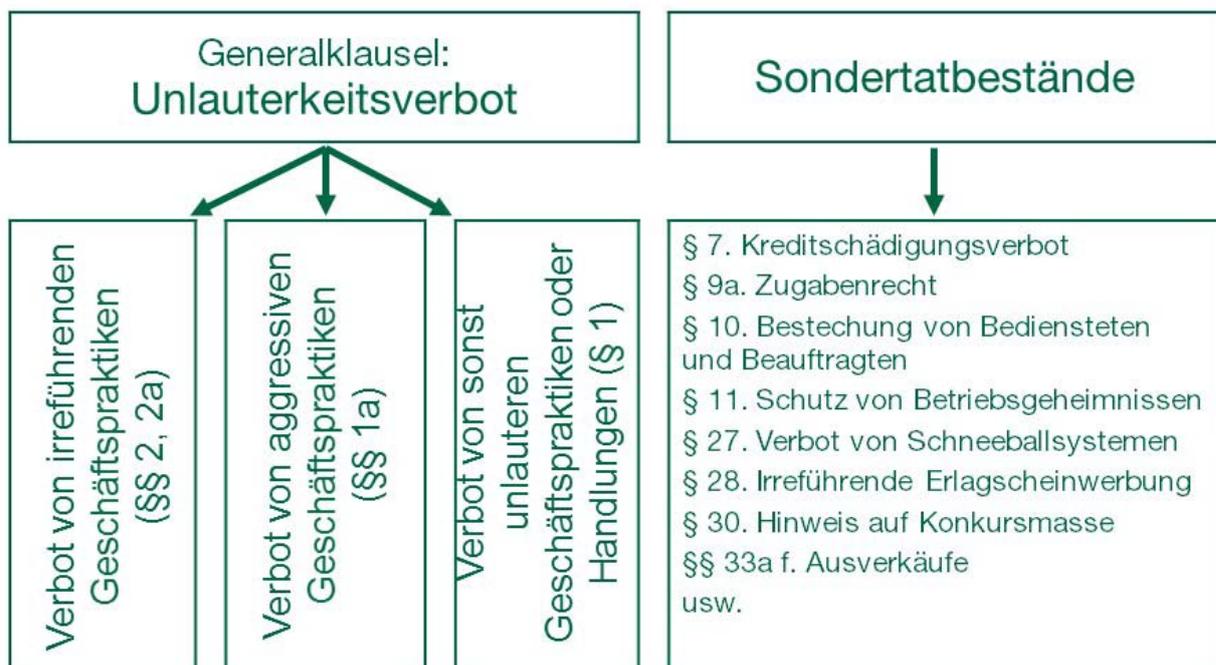
1. Wettbewerbsrecht und Online-Aktivitäten

- ⊆ Nationales Wettbewerbsrecht ist nach moderner Auffassung drei Anliegen verpflichtet:
 - ⊆ Mitbewerberschutz
 - ⊆ Marktschutz
 - ⊆ Schutz der Marktgegenseite (insb Verbraucher)
- ⊆ Wettbewerbsrecht reguliert das (primär der Absatzförderung dienende) Auftreten von Unternehmern am Markt
 - ⊆ Marktverhaltensrecht
- ⊆ Relevanz für das Thema:
 - ⊆ Das Internet als weltweiter Marktplatz ist auch Vertriebs- und Werbemedium. Damit gewinnen die für das kommerzielle Agieren bestehenden gesetzlichen Rahmenbedingungen auch für Online-Aktivitäten besondere Bedeutung
 - ⊆ Hier sind nur spezifische wettbewerbsrechtlichen Fragestellungen anzuschneiden, die ausschließlich oder primär im Rahmen von Online-Aktivitäten relevant werden

2. Regelungsstruktur

- ⊆ Spezialtatbestände und Generalklausel

Das UWG



Anm.: Paragraphenzitate beziehen sich, wenn nicht anders angegeben, hier und im Folgenden auf das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG)

B. Wettbewerbsrechtliche Bezüge des Domainrechts

1. Die irreführende Domain

Lit.: Zu .ag-Domains: *Kresbach/Schnider*, .ag-Domains: Exklusiv-Recht für Aktiengesellschaften?, MR 2005, 457; *Himmelsbach*, Anmerkung zur Entscheidung des LG Hamburg - 312 O 271/03 - vom 02.09.2003, JurPC Web-Dok. 268/2003.

a) Offline Grundlagen: Das wettbewerbsrechtliche Irreführungsverbot des § 2 UWG

- ⊆ § 2 UWG bestimmt:
 - ⊆ Eine Geschäftspraktik gilt als irreführend, wenn sie unrichtige Angaben (§ 39) enthält oder sonst geeignet ist, einen Marktteilnehmer in Bezug auf das Produkt über einen oder mehrere der folgenden Punkte derart zu täuschen, dass dieser dazu veranlasst wird, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte:
 1. das Vorhandensein oder die Art des Produkts;

- 2. die wesentlichen Merkmale des Produkts oder die wesentlichen Merkmale von Tests oder Untersuchungen, denen das Produkt unterzogen wurde;
 - 3. den Umfang der Verpflichtungen des Unternehmens, die Beweggründe für die Geschäftspraktik, die Art des Vertriebsverfahrens, die Aussagen oder Symbole jeder Art, die im Zusammenhang mit direktem oder indirektem Sponsoring stehen oder die sich auf eine Zulassung des Unternehmens oder des Produkts beziehen;
 - 4. den Preis, die Art der Preisberechnung oder das Vorhandensein eines besonderen Preisvorteils;
 - 5. die Notwendigkeit einer Leistung, eines Ersatzteils, eines Austauschs oder einer Reparatur;
 - 6. die Person, die Eigenschaften oder die Rechte des Unternehmers oder seines Vertreters, wie Identität und Vermögen, seine Befähigungen, sein Status, seine Zulassung, Mitgliedschaften oder Beziehungen sowie gewerbliche oder kommerzielle Eigentumsrechte oder Rechte an geistigem Eigentum oder seine Auszeichnungen und Ehrungen;
 - 7. die Rechte des Verbrauchers aus Gewährleistung und Garantie oder die Risiken, denen er sich möglicherweise aussetzt.
- ε Nach § 2 Abs 2 gelten die im Anhang zum UWG in den Ziffern 1 bis 23 angeführten Geschäftspraktiken jedenfalls als irreführend (per se-Verbote der schwarzen Liste)
 - ε Weitere Detailregelungen in den Abs 3 bis 7 des § 2 UWG, insb zu irreführenden Unterlassungen
 - ε Es geht daher um das Verbot von zur Irreführung geeigneten Angaben über geschäftliche Verhältnisse
 - ε Eckpunkte:
 - ε Maßgeblich für die Anwendung des § 2 UWG ist einerseits, dass
 - ε eine Angabe (Angaben sind Äußerungen mit objektiv feststellbarem, nachprüfbarem Inhalt, während sich Werturteile einer objektiven Überprüfung entziehen) vorliegt, andererseits,
 - ε welche Bedeutung der Verkehr der Angabe zumisst (Bedeutungsgehalt)
 - ε Die bloße Irreführungseignung der Angabe reicht nicht aus. Der unrichtige Eindruck muss auch geeignet sein, den Entschluss der angesprochenen Interessenten, die geschäftliche Entscheidung des Umworbene zu beeinflussen (es reicht aus, dass er sich wegen der Irreführung mit dem Angebot näher zu befassen; die Aufklärung vor Vertragsabschluss beseitigt die Irreführung nicht)
 - ε Sehr weiter Anwendungsbereich:
 - ε Erfasst sind sämtliche irreführenden Angaben über geschäftliche Verhältnisse, wie zB Quantität oder Qualität der Leistung, Preis, usw.
 - ε Auch die konkrete Firmierung kann gegen § 2 UWG verstoßen, wenn die angesprochenen Verkehrskreise der Firma eine bestimmte Angabe entnehmen

Grundlagen	Detail
<ul style="list-style-type: none"> ε Zur Firma "Holland Blumen Markt GmbH": <ul style="list-style-type: none"> ε Diese ist irreführend, weil hierunter kein Markt, sondern der Groß- und Einzelhandel mit Blumen betrieben wird. Der Zusatz "Markt" ist daher irreführend: OGH ÖBI 1978, 119 - Holland-Blumen Markt I 	<ul style="list-style-type: none"> ε Der Bedeutungswandel des überlieferten Markt Begriffes hat den Verkauf von Blumen noch nicht erfasst, weil es hier nach wie vor klassische Märkte gibt: OGH ÖBI 1980, 102 - Holland-Blumen Markt II

b) Konsequenzen

- ε Auch mit einer Domain können bestimmte Inhalte transportiert werden bzw kann eine Domain bei den angesprochenen Verkehrsteilnehmern eine Erwartungshaltung in Bezug auf den Informationsanbieter, die Informationsherkunft oder die Information selbst erzeugen
- ε Das kann zB dahin geschehen, dass die angesprochenen Verkehrsteilnehmer infolge der Domain
 - ε eine bestimmte Struktur des Anbieters (vgl OGH immobilienring.at) oder
 - ε eine bestimmte Herkunft der Information erwarten (vgl OLG Innsbruck - stubaital.at vs. OGH galtuer.at)

Grundlagen	Detail
<ul style="list-style-type: none"> ε Zum Firmenschlagwort "Immobilienring": <ul style="list-style-type: none"> ε Das Firmenschlagwort „Immobilienring“ bzw die entsprechende (Wortbild-)Marke erweckt beim verständigen Verbraucher den Anschein, damit werde das Dienstleistungsangebot einer Unternehmensvereinigung im Bereich Immobilienwirtschaft gekennzeichnet ε Wird diese Bezeichnung von einem einzelnen Immobilienbüro verwendet enthält sie (konkret ging es um eine Marke) Angaben, die den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechen und zur Täuschung des Publikums geeignet sind ε Als Marke einer OHG ist "Immobilienring" daher irreführend iSd § 4 Abs 1 Z 8 MSchG und nicht eintragungsfähig ε An die gegenteilige Auffassung des Patentamtes ist der OGH bei Beurteilung des wettbewerbsrechtlichen Schutzes einer registrierten Marke nicht gebunden: OGH wbl 2001, 335 - immobilienring.at (14j) 	<ul style="list-style-type: none"> ε Die E immobilienring.at ist keine Domain-Entscheidung. Die dort angesprochenen Grundsätze werden aber auf die Beurteilung von Unternehmenskennzeichen und Domains übertragbar sein: <ul style="list-style-type: none"> ε Vgl. die E centro-hotels.com, in welcher der OGH darauf hinweist, dass es für Domains anders als für Marken und Firmen kein sondergesetzliches Täuschungsverbot gäbe, und dann die allgemeinen Grundsätze des § 2 UWG zur Anwendung bringt: OGH ÖBI 2003, 241 - centro-hotels.com (für den konkreten Fall wurde eine Irreführung verneint)

Grundlagen	Detail

Die Domain als Hinweis auf den offiziellen Charakter der unter der Domain angebotenen Informationen?

Unter der Domain "galtuer.at" werden umfassende Fremdenverkehrsinfos über Galtür angeboten. Die Kl erblickt in der Verwendung der Domain einen Verstoß gegen (ua) § 2 UWG. Da aber die Informationen unentgeltlich sind, besteht keine Relevanz der Irreführung für einen allfälligen Kaufentschluss. Fraglich kann nur sein, ob ein Einfluss der Domain darauf besteht, sich mit den unter ihr angebotenen DL zu befassen. Hierfür wäre Voraussetzung, dass den offiziellen DL der Vorzug gegenüber privaten DL gegeben würde, was nach Ansicht des OGH nicht anzunehmen ist. Ein Verstoß gegen § 2 UWG wird daher verneint: OGH 13.11.2002, 4 Ob 255/01f - galtuer.at (i4j).

Bis zur E galtuer.at war die Rechtsprechung der Instanzgerichte uneinheitlich:

- Vgl auch OLG Linz 3 R 167/01a - obertauern.at: Die angesprochenen Verkehrsteilnehmer entnehmen einer Domain nach der Struktur gemeindename.at nicht, dass es sich um eine offiziöse Webseite handelt
- AA OLG Innsbruck 11.7.2001, 2 R 148/01h - stubaital.at (i4j): Die angesprochenen Verkehrsteilnehmer erwarten bei den Domains "stubaital.at", "stubai.at" und "neustift.at" ein Angebot eines "offiziellen" oder offiziellen Anbieters. Daher stellt das Angebot einer privaten Webseite, auf welcher über die Region bzw die Gemeinden informiert wird, einen Verstoß gegen § 2 UWG dar
- Vgl zur Bedeutung des Disclaimers: "Soweit die klagenden Gemeinden ihren Anspruch auf § 2 UWG stützen, hat das Rekursgericht eine Irreführung durch den auf der Startseite der Homepage des Beklagten ersichtlichen Hinweis ausgeschlossen, dass diese Seite nicht von den Klägerinnen betrieben werde, dies unter gleichzeitiger Nennung der Internet-Adressen der Klägerinnen und des Fremdenverkehrsvereins Obertauern": OGH 13.11.2001, 4 Ob 260/01s - obertauern.at
- Aus der Begründung OGH Adnet II: "Zum behaupteten Verstoß gegen § 2 UWG hat die Klägerin vorgebracht, durch die Domain adnet.at entstehe der unrichtige Eindruck, der Beklagte sei 'mit der touristischen Bewerbung und Vermarktung der Gemeinde Adnet beauftragt'. Dieser Eindruck kann schon deshalb nicht entstehen, weil der Beklagte schon auf der Startseite deutlich darauf hinweist, dass es sich bei seiner Website nicht um die offizielle Website der Gemeinde handelt. Es ist auch nicht zu erkennen, inwiefern eine Irreführung über den Betreiber der Website für einen Kaufentschluss der angesprochenen Verkehrskreise relevant sein könnte. Dass auf der Website Dienstleistungen angeboten würden, ist gar nicht behauptet": OGH ÖBI 2004, 65 - adnet.at II (i4j)

.ag-Domains als Irreführung:

- Vor einigen Jahren wurde in der BRD darüber diskutiert, ob die Verwendung von .ag-Domains irreführend sein kann
- Die TLD .ag ist im ccTLD-System Antigua und Barbuda zugewiesen
- Es handelt sich also um eine ccTLD, .ag ist kein generischer Hinweis zB auf eine bestimmte Rechtsform
- Nach einer in der BRD vertretenen Ansicht ist die Verwendung dieser Domain für das Internetangebot eines Unternehmens uU irreführend, wenn der Unternehmensträger keine Aktiengesellschaft ist

Grundlagen

SV: Eine in Deutschland registrierte GmbH bietet unter der Domain "tipp.ag" ihren Mitgliedern als Tippgemeinschaft die Teilnahme an wöchentlichen Lottoziehungen an. Hierfür verwendet sie die Bezeichnung "Tipp-Abgabegemeinschaft" (kurz Tipp AG), die in verkürzter Form der Domain zu Grunde liegt. Gegen die Domain sowie die abgekürzte Unternehmensbezeichnung klagt eine konkurrierende Tipp-Abgabegemeinschaft gestützt auf § 3 dUWG (= § 2 UWG). Die Vorinstanzen haben dem Klagebegehren stattgegeben, der BGH hat die Zulassungsbeschwerde verworfen: OLG Hamburg - tipp.ag JurPC Web-Dok. 262/2004 (vgl LG Hamburg - tipp.ag JurPC Web-Dok. 263/2003)
Begr.: Die Verwendung der Bezeichnung, insb der Domain ist eine wettbewerbsrelevante Täuschung über die Unternehmensform; der Bedeutungsgehalt der Äußerung richtet sich nach dem Verwendungszusammenhang (der Begriff "Abgabegemeinschaft" ist dem Verkehr unbekannt und ein Kunstwort); der Verkehr weiß, dass hinter dem Punkt die TLD steht, doch ist die Praxis verbreitet, die TLD in den Domainnamen zu integrieren; die Irreführung ist auch wettbewerbslich relevant, weil die Gesellschaftsform ein

Detail

- Auswirkungen der E sind offen, beim BGH ist ein weiteres Verfahren betreffend eine .ag-Domain anhängig

Seriositätskriterium darstellt (was gerade im Internet von besonderer Bedeutung ist, weil der Unternehmensinhaber idR nicht bekannt ist)

2. Das Problem der Gattungsdomains

a) Offline Grundlagen: Das Abfangen von Kunden als unlautere Geschäftspraxis iSd § 1 UWG

- ⊗ Kunden zu gewinnen ist legitimes Ziel jedes Wettbewerbshandelns
 - ⊗ Daher kann das sog Abfangen von Kunden nur unter bestimmten Voraussetzungen wettbewerbswidrig sein
- ⊗ Zum unlauteren Kundenfang wird die Beeinflussung dann, wenn der freie Willensentschluss des Kunden beeinträchtigt oder ausgeschlossen wird:
 - ⊗ Daher ist zB Abfangen von Kunden ist in Form von *Gewalt oder Nötigung* immer wettbewerbswidrig
 - ⊗ Aber auch das Werben vor dem *Geschäftslokal eines Mitbewerbers* (Reklamezettelverteilung, Aufstellen von Reklametafeln, Ansprechen usw) wurde als unlauter beurteilt
 - ⊗ Dies insb dann, wenn ein gezieltes Abfangen der Kunden eines bestimmten Mitbewerbers in unmittelbarer Nähe seines Geschäfts erfolgt
 - ⊗ Denn durch dieses Dazwischenschieben wird ein sachlicher Leistungsvergleich ausgeschlossen
 - ⊗ Allerdings mehren sich die Stimmen, die unter Berufung auf das in den letzten Jahren liberalisierte Wettbewerbsrecht dafür plädieren, hier keine Unlauterkeit mehr anzunehmen

Grundlagen	Detail
<ul style="list-style-type: none"> ⊗ Planmäßiges Verteilen von Reklamezetteln vor dem Geschäft des Konkurrenten, in der Absicht, diesem die Kunden auszuspannen, kann sittenwidrig sein: OGH ÖBI 1996, 180 - Kärntnering-Garage; OGH ÖBI 1985, 43 - Sonderpreise für Studenten; OGH ÖBI 1971, 14 - Reklamezettelverteilen 	<ul style="list-style-type: none"> ⊗ Vmtl keine Abfangfunktion einer Gemeinschaftsanzeige mehrerer Apotheker auf Seite 1 eines örtlichen Telefonbuches: OLG Schleswig MMR 2001, 827

b) Konsequenzen

- ⊗ Ausgehend von den wettbewerbsrechtlichen Rahmenbedingungen ist sehr intensiv darüber diskutiert worden, ob die Verwendung von sog Gattungsdomains wettbewerbswidrig ist
 - ⊗ Gattungsdomains sind solche Domains, die auf 2 Ebene (Second Level Domain) ausschließlich Gattungsbegriffe verwenden:
 - ⊗ ZB recht.at, steuerberater.at, arzt.at usw
 - ⊗ Im Internet stößt man nahezu permanent auf solche Domains (vgl nur internetrecht.at, wettbewerbsrecht.at, kartellrecht.at, markenrecht.at, vergaberecht.at, cyberlaw.at, urheberrecht.at usw)
 - ⊗ Die Attraktivität dieser Domains rührt einerseits
 - ⊗ aus ihrer besonderen Merkbarekeit, andererseits
 - ⊗ aus ihrer Antizipierbarkeit (Erratbarkeit)
 - ⊗ Beides erzeugt wohl einen gewissen Kanalisierungseffekt
 - ⊗ Beurteilung:
 - ⊗ Kennzeichenrecht
 - ⊗ Kennzeichenrechtlich ist ein Schutz derartiger Gattungsbezeichnungen aus Allgemeininteressen ausgeschlossen (vgl § 4 Abs 1 Z 5 MSchG)
 - ⊗ Nach heute hA ist eine Analogie insoweit nicht geboten, dh, dass die entsprechenden markenrechtlichen Registrierungshindernisse einer Registrierung von Gattungsdomains nicht entgegenstehen
 - ⊗ UWG - Irreführung?
 - ⊗ Was ist die Angabe?
 - ⊗ Einziger Anbieter?
 - ⊗ Kann wohl nur in Ausnahmefällen zutreffen, trifft aber den Kern des Problems idR nicht
 - ⊗ UWG - Abfangen?
 - ⊗ Tragfähig wäre allenfalls ein wettbewerbsrechtlicher Ansatz, der sämtliche Aspekte des Einsatzes von Gattungsdomains kombiniert, denn
 - ⊗ es besteht eine nicht zu unterschätzende tatsächliche Suchpraxis von Internet-Usern, bei Interesse an einem bestimmten Thema zunächst keine Suchmaschine zu konsultieren, sondern den Versuch zu unternehmen, einen Gattungsbegriff aus dem Suchbereich als Domain zu verwenden (zB: wer nach urheberrechtlichen Informationen sucht, tippt "www.urheberrecht.at") und
 - ⊗ auf zahlreichen der hierbei aufscheinenden Seiten werden tatsächlich umfangreiche Informationen zum gesuchten Thema dargeboten
 - ⊗ Wenn nun eine Praxis der User bestehen würde, ausschließlich auf diesem Portal zu verbleiben, wäre hieraus wettbewerbsrechtlich ein Ansatz zu gewinnen, indem man
 - ⊗ zunächst einen Kanalisierungseffekt der Gattungsdomain herausarbeitet (Abfangen) und in weiterer Folge
 - ⊗ die hieraus (Verbleiben) resultierende Konsequenz für die Mitbewerber als Behinderung (keine Möglichkeit, das eigene Angebot zur Geltung zu bringen) einstuft
 - ⊗ Tatsächlich hat ein nicht unerheblicher Teil der dRsp bis zur E des BGH in der Sache Mitwohonzentrale.de diesen Ansatz vertreten und Gattungsdomains als Verstoß gegen § 1 dUWG

qualifiziert

Die Leitentscheidung des BGH: Mitwohnzentrale.de JurPC Web-Dok. 219/2001 [Bekl sh]; bestätigt zB in BGH - weltonline.de JurPC Web-Dok. 107/2005

- ⌘ Beklagt war die Domain "mitwohnzentrale.de"
 - ⌘ Was sind Mitwohnzentralen?
- ⌘ Beurteilung:
 - ⌘ Das Abfangen von Kunden ist nur unter bestimmten Voraussetzungen wettbewerbswidrig.
 - ⌘ Zwar besteht ein bestimmtes Suchverhalten der Internet-User (Direkteingabe) und hieraus resultiert eine gewisse Kanalisierung, doch macht sich der Inhaber der Domain den aus der Kanalisierung resultierenden Vorteil nicht in unlauterer Weise zu nutze, denn
 - ⌘ mit einer Gattungsdomain schiebt sich der Inhaber der Domain nicht "zwischen" den Kunden und den Konkurrenten, weil diesem die Internet-User, die die Gattungsdomain verwenden, noch gar nicht zuzurechnen sind (plakativ: kein Ablenken durch die Gattungsdomain, sondern ein Hinlenken)
 - ⌘ er hält den Kunden auch nicht davon ab, sich mit dem Angebot des Konkurrenten zu befassen (wer die Direkteingabe wählt, weiß idR von den Unzulänglichkeiten dieser Methode; im Verzicht nach der Suche weiterer Angebote aus Bequemlichkeit liegt keine unsachliche Beeinflussung)
 - ⌘ Der Internet-User wird daher nicht beeinflusst, sondern es wird nur eine dem Internet immanente Möglichkeit, prominent präsent zu sein, ausgenutzt
 - ⌘ Der Kunde weiß idR bei den meisten Gattungsdomains auch, dass es noch weitere Anbieter gibt (zB bei rechtsanwaelte.de, autovermietung.com, sauna.de), weshalb nicht auf dem Konkurrenten zuzurechnende Kunden in unlauterer Weise eingewirkt wird
- ⌘ Fazit und heute hA:
 - ⌘ Das Verwenden von Gattungsdomains ist daher grundsätzlich nicht wettbewerbswidrig, es sei denn die Domain erweist sich im Einzelfall als irreführend (ob dies im Streitfall gegeben ist, bleibt mangels Feststellungen offen)
 - ⌘ Dieser Irreführung kann aber auch durch einen entsprechenden Hinweis auf der Startseite begegnet werden (auch das Reg von Gattungsdomains unter mehreren TLD's wird skeptisch gesehen)

Grundlagen	Detail
<p>Aus der älteren Rsp</p> <ul style="list-style-type: none"> ⌘ Weder Irreführung noch Verstoß gegen § 1 UWG durch Domain "wirtschaft-online.de": OLG Frankfurt GRUR 1997, 481 - wirtschaft-online ⌘ Sittenwidriges Abfangen und Vorspann für die eigene DL durch die Domain "hauptbahnhof.de": LG Köln MMR 2000, 45 	<ul style="list-style-type: none"> - Nachfolge-E zu mitwohnzentrale: OLG Hamburg - Mitwohnzentrale II JurPC Web-Dok. 165/2003: Die Irreführungseignung ist nach dem Inhalt der Webseite zu beurteilen; der Hinweis, dass nur Vereinsmitglieder aufgeführt sind, kann zur Beseitigung der mglw gegebenen Irreführungseignung ausreichen - Gegen die Analogie zum Markenrecht: OLG Braunschweig - stahlguss.de JurPC Web-Dok. 27/2001; OLG Frankfurt GRUR 1997, 481 - wirtschaft-online; vgl hierzu auch BGH - Mitwohnzentrale.de JurPC Web-Dok. 219/2001

3. Domain-Grabbing (= Cyber-Squatting)

a) Offline Grundlagen

- ⌘ Auch die Behinderung von Mitbewerbern ist wettbewerbsimmanent
 - ⌘ Sittenwidriger Behinderungswettbewerb liegt daher erst dann vor, wenn
 - ⌘ ein Unternehmer durch die Behinderung des Konkurrenten erreichen will, dass
 - ⌘ dieser seine Leistung auf dem Markt nicht oder nicht mehr rein zur Geltung bringen kann
 - ⌘ dann ist dessen Ausschaltung nicht mehr eine unvermeidliche Folge des Wettbewerbs, sondern die Folge der Ausschaltung des Mitbewerbers vom Leistungswettbewerb (stRsp)
 - ⌘ Die Behinderungsabsicht muss nicht der einzige Beweggrund sein; es genügt, wenn es sich um ein wesentliches Motiv handelt
- ⌘ Behinderungswettbewerb ist vielgestaltig, zB
 - ⌘ Werbebehinderung
 - ⌘ Boykott
 - ⌘ Missbrauch wirtschaftlicher Macht
 - ⌘ Anzapfens
 - ⌘ Abwerben von Dienstnehmern
- ⌘ Eine wesentliche Fallgruppe des Behinderungswettbewerbs ist die Behinderung durch Markenerwerb

Grundlagen	Detail
<ul style="list-style-type: none"> ⌘ Sittenwidriger Behinderungswettbewerb durch Nicht-Konkurrenten bei Registrierung eines "fremden" Zeichens als Marke um Entgelt oder Geschäftsbeziehung zu erzwingen: OGH ÖBl 1998, 229 - Nintendo ⌘ Sittenwidriger Behinderungswettbewerb durch Konkurrenten bei Registrierung des "fremden" Zeichens als Marke um Marktzutritt zu verhindern oder zu erschweren: OGH ÖBl 2000, 25 - PinkPlus 	<ul style="list-style-type: none"> -

b) Konsequenzen

Grundlagen	Detail
<ul style="list-style-type: none"> ⊗ Der "Klassiker": OGH ÖBI 2000, 72 - Format (i4j) ⊗ Grabbing durch Privaten?: OGH ÖBI 1999, 225 - jusline II (i4j): Die Domainregistrierung wird durch einen Nichtkonkurrenten ausschließlich deshalb bewirkt, den Kennzeicheninhaber gegen Zahlung eines "Lösegeldes" zur Freigabe der Domain zu bewegen; dies begründet sittenwidrigen Behinderungswettbewerb 	

- ⊗ Zwei Varianten des Grabbings (vgl zB OGH 10.2.2004, 4 Ob 229/03k - pfandleihanstalt.at ([i4j](#))):
 - ⊗ Domain-Vermarktung (Private)
 - ⊗ Domain-Blockade (Konkurrenten)
- ⊗ Bei Unternehmern: Behinderungsabsicht indiziert durch
 1. Kenntnis der Marketing- und Expansionsstrategie
 2. Bereits erfolgte Registrierung des Zeichens durch den Konkurrenten in vielen Staaten
 3. Keine eigene Vorbenutzung oder Vorbereitungsmaßnahmen in dieser Hinsicht
- ⊗ Bei Privaten: OGH MR 2001, 245 - täglichaltes.at ([i4j](#)); zuletzt OGH 20.1.2004, 4 Ob 258/03z - aistersheim.at
 1. Bewusstsein der Behinderung im Registrierungszeitpunkt
 2. Motiv des finanziellen Vorteils
 3. Kein nachvollziehbares Eigeninteresse
- ⊗ In Fällen der Domain-Vermarktung: Veränderte Beweislast: OGH MR 2001, 245 - täglichaltes.at ([i4j](#))

Grundlagen	Detail
<ul style="list-style-type: none"> ⊗ Domain-Grabbing und Gattungsbegriff: OGH 10.2.2004, 4 Ob 229/03k - pfandleihanstalt.at (i4j) ⊗ OGH 16.7.2002, 4 Ob 156/02y - kinder.at (i4j) 	<ul style="list-style-type: none"> ⊗ Hierzu auch LG Leoben - tapezierer.at - AIV-Home (offline)

C. Werbung und Verkaufsförderung

Lit.: *Michael*, Anmerkung, K&R 2001, 172.

1. Keyword-Advertising**a) Einleitung**

- ⊗ Unter Keyword-Advertising versteht man, dass der Anbieter einer Suchmaschine im Internet auf seiner Seite Werbeflächen anbietet, die mit unterschiedlichen Inhalten gefüllt werden, je nach dem welchen Suchbegriff der User in der Suchmaschine eingibt
 - ⊗ Das Aufscheinen von **Anzeigen auf den Trefferseiten** der Suchmaschinen ist mit der **Eingabe bestimmter Suchbegriffe verknüpft**
 - ⊗ Werbungtreibenden werden bestimmte Suchbegriffe, sog. "**AdWords**", verkauft, dh das werbungtreibende Unternehmen bezahlt dafür, dass bei Eingabe eines bestimmten Suchwortes seine Werbung (idR außerhalb der eigentlichen Trefferliste) am Bildschirm erscheint
 - ⊗ Beispiel: Serie Google
- ⊗ Als Suchworte kommen zB häufig verwendete Suchbegriffe, insb. Gattungsbzeichnungen (Arzt, Steuerberater, Heizung, Rotwein usw), aber auch fremde Kennzeichen in Betracht
- ⊗ Zudem kommt das Keyword-Advertising auch noch in der Variante vor, dass dem werbungtreibenden Unternehmen bei Eingabe eines bestimmten Suchwortes ein prominenter Platz innerhalb der Trefferliste zugesagt wird

b) Offline Grundlagen

- ⊗ Kennzeichenrecht
 - ⊗ Kennzeichenrechtlich relevant ist im gegebenen Zusammenhang insb, ob durch die Verwendung eines Zeichens als Keyword eine kennzeichenrelevante Benutzung eines fremden Zeichens vorliegt
 - ⊗ Markenrechtlich umschreibt § 10a MSchG die einen Markeneingriff begründenden Benutzungshandlungen. Die Aufzählung ist demonstrativ. Allen Benutzungshandlungen des § 10a MSchG scheint zunächst gemeinsam, dass die Marke in durch die Sinne wahrnehmbarer Weise verwendet werden muss; in ähnlicher Weise spricht auch § 9 UWG von der Benützung des Zeichens (zu § 43 ABGB vgl OGH catch-all)
 - ⊗ Fraglich ist weiters, ob die Verwendung zB einer fremden Marke als Keyword als kennzeichenmäßiger bzw markenmäßiger Gebrauch anzusehen ist
 - ⊗ Bejaht man die grundsätzliche Eingriffsmöglichkeit in fremde Kennzeichenrechte, ist zu klären, unter welchen Voraussetzungen Keywords verwendet werden dürfen
 - ⊗ In diesem Zusammenhang ist insb § 10 Abs 3 MSchG zu beachten
 - ⊗ Zudem muss berücksichtigt werden, dass der Wiederverkäufer eines Markenprodukts auch das Recht hat, in seiner Werbung das "markierte" Produkt zu bewerben; das "Werberecht" erschöpft sich bei Inverkehrbringen des Produkts iSd § 10b MSchG (sog befugtes Werbehinweisrecht)
- ⊗ Wettbewerbsrecht
 - ⊗ Kunden zu gewinnen ist legitimes Ziel jedes Wettbewerbshandelns
 - ⊗ Zum unlauteren Kundenfang wird die Beeinflussung dann, wenn der freie Willensentschluss des Kunden beeinträchtigt oder ausgeschlossen wird
 - ⊗ Zum Abfangen der Kunden schon oben

c) Konsequenzen

- ⌘ Keyword-Advertising ist sowohl unter kennzeichen- wie unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten zu beachten
- ⌘ Im Ergebnis sind hier **mehrere Ebenen** auseinanderzuhalten:
 - ⌘ Markenverletzung durch den Buchenden, die durch das Buchen des AdWords realisiert wird
 - ⌘ Markenverletzung durch den Buchenden, die durch das Anbieten der beworbenen Produkte realisiert wird
 - ⌘ Haftung des Suchmaschinenbetreibers für das Buchen des AdWords

Zum Markenrecht bezüglich des Buchenden: OGH 20.3.2007, 17 Ob 1/07g - Wein & Co

- ⌘ Die Kl tritt im geschäftlichen Verkehr unter ihrem FSW "Wein & Co" (Filialnetz zum Vertrieb von Qualitätsweinen usw); sie ist Inhaberin der zu AT 162034 und AT 162035 registrierten österreichischen WBM bestehend insb aus dem Wortbestandteil "WEIN & CO".
- ⌘ Die Bekl betreibt in Österreich zahlreiche Lebensmittelgeschäfte mit einem umfangreichen Weinsortiment. Sie betreibt auch einen Online-Shop unter "www.weinwelt.at" an.
- ⌘ Sie hat beim Suchmaschinenbetreiber Google bestimmte Suchbegriffe (Keywords) - insgesamt waren es 815 - "gebucht", darunter auch "Wein", "Rotwein" und "Wein & Co". Sie erreichte damit, dass bei Eingabe eines dieser Suchbegriffe bezahlte Werbeanzeigen für die Homepage der Beklagten 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 Feldes, 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". Bei Eingabe des Suchbegriffs "Wein & Co" am 19. 10. 2005 schien die Werbeeinschaltung der Beklagten 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 Klägerin "Wein & Co - der Online Weinshop der Welt".
- ⌘ OGH:
 - ⌘ Markenverletzung iSd § 10 Abs 1 Z 2 MSchG (Verwechslungsgefahr).
 - ⌘ Marke "Wein & Co" nicht beschreibend.
 - ⌘ Ähnliche Zeichen und zumindest stark ähnliche Waren -> daher Markenverletzung, wenn die Marke zur Kennzeichnung des Angebots der Bekl (Überschrift der Anzeige) Verwendung findet
 - ⌘ Ebenso die durch die Verwendung der Marke der Kl erreichte Vorreihung in der Trefferliste.
 - ⌘ Offenlassend ob dies auch gilt, wenn Verwendung der Marke nur zu einem mit Anzeige umschriebenen Textblock führt.
- ⌘ Anm.:
 - ⌘ Zu letzterem Aspekt dürfte sich aus der Entscheidung des EuGH zu Google Frankreich (siehe sogleich) ergeben, dass auch insoweit eine Markenverletzung durch den Buchenden gegeben ist.

Zum Markenrecht allgemein und zur Haftung des Suchmaschinenbetreibers: EuGH 23.3.2010, C-236/08 bis C-238/08 - [Google France SARL](#)

- ⌘ In den nationalen Ausgangsverfahren werfen die Kläger (ua. Vuitton, Thonet und Viaticum) Google vor, es habe in seiner Suchmaschine bei der Eingabe von Wörtern, die ihren Marken entsprechen, unter der Rubrik "Anzeigen" Links zu Websites gezeigt, auf denen Nachahmungen von Waren von Konkurrenten dargeboten worden seien oder auf Websites von Konkurrenten verlinkt.
- ⌘ Die klagenden Unternehmen erblicken hierin einen Verstoß gegen das Markenrecht durch Google.
- ⌘ **EuGH zum Identitätsschutz:**
 - ⌘ Zum geschäftlichen Verkehr (Rz 50 ff):
 - ⌘ Ein mit der Marke identisches Zeichen wird im geschäftlichen Verkehr benutzt, wenn die Benutzung im Zusammenhang mit einer auf einen wirtschaftlichen Vorteil gerichteten kommerziellen Tätigkeit und nicht im privaten Bereich erfolgt (Urteile vom 12. November 2002, Arsenal Football Club, C-206/01, Slg. 2002, I-10273, Randnr. 40, und Céline, Randnr. 17, sowie Beschluss UDV North America, Randnr. 44).
 - ⌘ Was zunächst den Werbenden angeht, der die Referenzierungsdienstleistung kauft und als Schlüsselwort ein mit einer Marke eines anderen identisches Zeichen auswählt, ist festzustellen, dass er dieses Zeichen im Sinne dieser Rechtsprechung benutzt.
 - ⌘ Sodann steht fest, dass der Anbieter des Referenzierungsdienstes eine kommerzielle Tätigkeit ausübt und einen wirtschaftlichen Vorteil anstrebt, wenn er für bestimmte seiner Kunden mit Marken identische Zeichen als Schlüsselwörter speichert und dafür sorgt, dass anhand dieser Schlüsselwörter Werbeanzeigen erscheinen.
 - ⌘ Zur Benutzung (Rz 55 ff):
 - ⌘ Auch wenn sich aus diesen Gesichtspunkten ergibt, dass der Anbieter des Referenzierungsdienstes „im Geschäftsverkehr“ handelt, wenn er die Werbenden mit Marken identische Zeichen als Schlüsselwörter aussuchen lässt, diese Zeichen speichert und anhand dieser Zeichen die Werbeanzeigen seiner Kunden einblendet, folgt daraus jedoch noch nicht, dass dieser Anbieter diese Zeichen selbst „benutzt“ im Sinne von Art. 5 der Richtlinie 89/104 und Art. 9 der Verordnung Nr. 40/94.
 - ⌘ Insoweit genügt der Hinweis, dass Benutzung eines mit einer Marke identischen oder ihr ähnlichen Zeichens durch einen Dritten jedenfalls bedeutet, dass der Dritte das Zeichen im Rahmen seiner eigenen kommerziellen Kommunikation benutzt. Im Fall eines Referenzierungsdienstes lässt dessen Anbieter zu, dass seine Kunden Zeichen benutzen, die mit Marken identisch oder ihnen ähnlich sind, benutzt diese Zeichen jedoch nicht selbst.
 - ⌘ Google macht geltend, wenn das Zeichen in der Anzeige selbst nicht vorkomme, könne in seiner Benutzung als Schlüsselwort keine Benutzung für Waren oder Dienstleistungen gesehen werden. Die

Inhaber der Google entgegengehaltenen Marken und die französische Regierung sind gegenteiliger Ansicht.

z Hierzu ist festzustellen, dass Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 89/104 und Art. 9 Abs. 2 der Verordnung Nr. 40/94 nur eine nicht erschöpfende Aufzählung von Benutzungsformen, die der Markeninhaber verbieten kann, enthalten (vgl. Urteile Arsenal Football Club, Randnr. 38, vom 17. März 2005, Gillette Company und Gillette Group Finland, C-228/03, Slg. 2005, I-2337, Randnr. 28, sowie Adam Opel, Randnr. 16). Daher kann der Umstand, dass das von dem Dritten zu Werbezwecken benutzte Zeichen nicht in der Werbung selbst vorkommt, für sich allein noch nicht bedeuten, dass diese Benutzung nicht von dem Begriff „Benutzung für Waren oder Dienstleistungen“ im Sinne von Art. 5 der Richtlinie 89/104 erfasst wird.

z Im Fall des Referenzierungsdienstes ist unstreitig, dass der Werbende durch die Auswahl des mit einer Marke identischen Zeichens als Schlüsselwort darauf abzielt, dass die Internetnutzer, die dieses Wort als Suchbegriff eingeben, nicht nur auf die vom Inhaber dieser Marke herrührenden angezeigten Links klicken, sondern auch auf den Werbelink des Werbenden.

z Zudem ist klar, dass der Internetnutzer, der einen Markennamen als Suchbegriff eingibt, in den meisten Fällen Informationen oder Angebote über die Waren oder Dienstleistungen dieser Marke finden will. Wenn nun neben oder über den natürlichen Suchergebnissen Werbelinks zu Websites gezeigt werden, auf denen Waren oder Dienstleistungen von Mitbewerbern des Inhabers dieser Marken vorgeschlagen werden, kann der Internetnutzer diese Werbelinks somit, sofern er sie nicht von vornherein als irrelevant außer Acht lässt und sie nicht mit denen des Inhabers der Marke verwechselt, als Vorschlag einer Alternative zu den Waren oder Dienstleistungen des Markeninhabers betrachten.

z **In dieser Situation, die dadurch gekennzeichnet ist, dass ein Mitbewerber eines Markeninhabers ein mit der Marke identisches Zeichen als Schlüsselwort ausgewählt hat, um den Internetnutzern eine Alternative zu den Waren oder Dienstleistungen dieses Markeninhabers vorzuschlagen, wird das Zeichen für Waren oder Dienstleistungen benutzt.**

z Zum kennzeichenmäßigen bzw. markenverletzenden Gebrauch:

z Unter dem Aspekt der Herkunftsfunktion unter bestimmten Voraussetzungen bejaht in Rz 75 ff.

z Zwischenergebnis:

z Art. 5 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 89/104 und Art. 9 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 40/94 sind dahin auszulegen, dass der Inhaber einer Marke es einem Werbenden verbieten darf, auf ein mit dieser Marke identisches Schlüsselwort, das von diesem Werbenden ohne seine Zustimmung im Rahmen eines Internetreferenzierungsdienstes ausgewählt wurde, für Waren oder Dienstleistungen, die mit den von der Marke erfassten identisch sind, zu werben, wenn aus dieser Werbung für einen Durchschnittsinternetnutzer nicht oder nur schwer zu erkennen ist, ob die in der Anzeige beworbenen Waren oder Dienstleistungen von dem Inhaber der Marke oder einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen oder vielmehr von einem Dritten stammen.

z Der Anbieter eines Internetreferenzierungsdienstes, der ein mit einer Marke identisches Zeichen als Schlüsselwort speichert und dafür sorgt, dass auf dieses Schlüsselwort Anzeigen gezeigt werden, benutzt dieses Zeichen nicht im Sinne von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 89/104 bzw. Art. 9 Abs. 1 Buchst. a und b der Verordnung Nr. 40/94.

z **EuGH zum Bekanntheitsschutz:**

z Daher ist auf die zweite Frage in der Rechtssache C-236/08 zu antworten, dass der Anbieter eines Internetreferenzierungsdienstes, der ein mit einer bekannten Marke identisches Zeichen als Schlüsselwort speichert und dafür sorgt, dass anhand dieses Schlüsselworts Anzeigen gezeigt werden, dieses Zeichen nicht im Sinne von Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 89/104 bzw. Art. 9 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 40/94 benutzt.

z **EuGH zur Providerhaftung:**

z Die in Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31 vorgesehene Beschränkung der Verantwortlichkeit gilt im Fall eines „Dienstes der Informationsgesellschaft, der in der Speicherung von durch einen Nutzer eingegebenen Informationen besteht“, und bedeutet, dass der Anbieter eines solchen Dienstes nicht für die im Auftrag eines Nutzers gespeicherten Informationen zur Verantwortung gezogen werden kann, es sei denn, er hat die Informationen nicht unverzüglich entfernt oder den Zugang zu ihnen gesperrt, nachdem er durch eine Information einer geschädigten Person oder auf andere Weise von der Rechtswidrigkeit dieser Informationen oder Tätigkeiten des Nutzers Kenntnis erlangt hat.

z Wie in den Randnrn. 14 und 15 des vorliegenden Urteils ausgeführt, hat der Gesetzgeber in die Definition des Begriffs „Dienst der Informationsgesellschaft“ Dienstleistungen einbezogen, die im Fernabsatz mittels Geräten für die elektronische Verarbeitung und Speicherung von Daten auf individuellen Abruf eines Empfängers und in der Regel gegen Entgelt erbracht werden. Angesichts der Merkmale des in den Ausgangsverfahren in Frage stehenden Referenzierungsdienstes, wie sie in Randnr. 23 des vorliegenden Urteils zusammengefasst worden sind, ist zu folgern, dass dieser Dienst in sämtlichen Punkten dieser Definition entspricht.

z **Folglich ist auf die dritte Frage in der Rechtssache C-236/08, die zweite Frage in der Rechtssache C-237/08 und die dritte Frage in der Rechtssache C-238/08 zu antworten, dass Art. 14 der Richtlinie 2000/31 dahin auszulegen ist, dass die darin aufgestellte Regel auf den Anbieter eines Internetreferenzierungsdienstes Anwendung findet, wenn dieser keine aktive Rolle gespielt hat, die ihm eine Kenntnis der gespeicherten Daten oder eine Kontrolle über sie verschaffen konnte. Hat dieser Anbieter keine derartige Rolle gespielt, kann er für die Daten, die er auf Anfrage eines Werbenden gespeichert hat, nicht zur Verantwortung gezogen werden, es sei denn, er hat die Informationen nicht unverzüglich entfernt oder den Zugang zu ihnen gesperrt, nachdem er von der Rechtswidrigkeit dieser Informationen oder Tätigkeiten des Werbenden Kenntnis erlangt hat.**

In der nur wenige Tage später über Vorlage des OGH ergangenen Entscheidung Google II hat der EuGH auf die weitgehend auf die Vorentscheidung verwiesen. Allerdings werden die Beurteilungsergebnisse sehr pointiert zusammengefasst: EuGH 25.3.2010, C-278/08 - [Google II](#) (zT auch Bergspechte II)

z **Sachverhalt:**

- ε Die Klägerin ist unter ihrer Firma „Die Bergspechte Outdoor-Reisen und Alpenschule Edi Koblmüller GmbH“ im Firmenbuch eingetragen.
- ε Sie ist Inhaberin der zur Nr 230763 registrierten österreichischen Wortbildmarke mit den Wortbestandteilen „BERGSPECHTE Outdoor-Reisen und Alpenschule Edi Koblmüller“.
- ε Die Marke hat folgendes Erscheinungsbild:



- ε Diese Marke ist seit 27. März 2006 für Waren der Klasse 25 (Bekleidungsstücke, insbesondere T-Shirts, Sweatshirts, Anoraks), 39 (Veranstaltung von Reisen, insbesondere Berg-, Trekking-, Expeditions- und Mountainbike-Reisen) und 41 (Ausbildung und sportliche Aktivitäten; Veranstaltung von Bergsportkursen und -führungen, Ausbildungslehrgänge für Wandern, Kletter-, Eis- und Schitouren in Theorie und Praxis; Abhaltung von Lawinenfachkursen und Bergsportseminaren) geschützt.
- ε Bei Eingabe des Suchbegriffs "Edi Koblmüller" im Herbst 2007 in die Suchmaschine Google erschien eine Werbeanzeige der Zweitbeklagten unter der Überschrift "Trekking- und Naturreisen" unmittelbar oberhalb der Suchergebnisse (Trefferliste) in einem Feld, an dessen rechtem oberen Rand das Wort "Anzeigen" aufschien. Klickte man die Überschrift der Anzeige (Trekking- und Naturreisen) an, gelangte man zur Homepage der Zweitbeklagten.
- ε Bei einer Google-Suche nach dem Suchbegriff "Bergspechte" (ebenfalls im Herbst 2007) erschien eine Werbeeinschaltung der Zweitbeklagten mit der Überschrift "Äthiopien mit dem Bike - Traumreise durch den Norden mit viel Kultur, 16 Tage ab 20. 10.". Dieser Anzeigentext befand sich unter der Überschrift "Anzeigen" am rechten oberen Seitenrand, rechts neben dem Suchergebnis. Unmittelbar darüber, gleichfalls unter der Überschrift "Anzeigen", befand sich die Werbeeinschaltung eines weiteren Anbieters. Klickte man auf die Anzeigenüberschrift "Äthiopien mit dem Bike", so gelangte man wiederum zur Homepage der Zweitbeklagten.
- ε Die Klägerin begehrt im Wesentlichen Unterlassung.
- ε Der OGH unterbricht und leitet ein Vorabentscheidungsverfahren ein.
- ε **EuGH zum Handeln im geschäftlichen Verkehr:**
 - ε Wie in Vorentscheidung bejaht.
- ε **EuGH zur Benutzungshandlung:**
 - ε Es liegt eine Benutzung für Waren oder Dienstleistungen des Werbenden auch dann vor, wenn das als Schlüsselwort ausgewählte Zeichen in der Anzeige nicht vorkommt.
 - ε In dem von Art. 5 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 89/104 erfassten Fall, in dem ein Dritter ein mit einer Marke identisches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen benutzt, die mit denjenigen identisch sind, für die die Marke eingetragen ist, darf der Markeninhaber diese Benutzung verbieten, wenn sie eine der Funktionen der Marke beeinträchtigen kann.
 - ε In dem anderen, von Art. 5 Abs. 1 Buchst. b dieser Richtlinie erfassten Fall, in dem ein Dritter ein mit einer Marke identisches oder ihr ähnliches Zeichen für Waren und Dienstleistungen benutzt, die mit den von dieser Marke erfassten identisch oder ihnen ähnlich sind, kann der Inhaber der Marke nur dann der Benutzung dieses Zeichens widersprechen, wenn Verwechslungsgefahr besteht (Urteil Google France und Google, Randnr. 78 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- ε **EuGH zur Herkunftsfunktion (nach OGH):**
 - ε **Die herkunftshinweisende Funktion der Marke ist beeinträchtigt, wenn aus der Anzeige für einen normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer nicht oder nur schwer zu erkennen ist, ob die in der Anzeige beworbenen Waren oder Dienstleistungen von dem Inhaber der Marke oder einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen oder vielmehr von einem Dritten stammen** (Rz 35 mwN). Auf eine Beeinträchtigung der herkunftshinweisenden Funktion ist zu schließen, wenn die Anzeige des Dritten suggeriert, dass zwischen diesem Dritten und dem Markeninhaber eine wirtschaftliche Verbindung besteht. Auch wenn die Anzeige das Bestehen einer wirtschaftlichen Verbindung zwar nicht suggeriert, aber hinsichtlich der Herkunft der fraglichen Waren oder Dienstleistungen so vage gehalten ist, dass ein normal informierter und angemessen aufmerksamer Internetnutzer aufgrund des Werbelinks und der ihn begleitenden Werbebotschaft nicht erkennen kann, ob der Werbende im Verhältnis zum Markeninhaber Dritter oder vielmehr mit diesem wirtschaftlich verbunden ist, ist auf eine Beeinträchtigung der herkunftshinweisenden Funktion zu schließen (Rz 36 mwN).
- ε **EuGH zur Verwechslungsgefahr (nach OGH):**
 - ε Auf das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr - bei Prüfung nach der in Art 5 Abs 1 lit b der Marken-RL festgelegten Regel - ist zu schließen, wenn den Internetnutzern anhand eines einer Marke ähnlichen Schlüsselworts eine Anzeige eines Dritten gezeigt wird, aus der für einen normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer nicht oder nur schwer zu erkennen ist, ob die in dieser Anzeige beworbenen Waren oder Dienstleistungen vom Inhaber der Marke oder einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen oder vielmehr von einem Dritten stammen (Rz 39).
- ε **Fazit:**
 - ε Die Verwendung einer fremden Marke als Keyword ist aus markenrechtlicher Sicht dann unzulässig, wenn Verwechslungsgefahr ausgelöst wird.
 - ε Dies ist der Fall, wenn
 - ε aus der Gestaltung der Anzeige für einen normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer nicht oder nur schwer zu erkennen ist,
 - ε ob die in der Anzeige beworbenen Waren (Dienstleistungen) vom Markeninhaber (einem mit ihm verbundenen Unternehmens) oder einem Dritten (dem mit Schlüsselwörtern Werbenden) stammen.

Folgerungen des OGH: OGH 17 Ob 3/10f - Bergspechte III.

- ε Der rechtlichen Beurteilung dieses Falls ist daher zugrunde zu legen, dass beim Keyword-Advertising eine markenmäßige Nutzung des fremden Kennzeichens durch den werbenden Dritten erfolgt, und zwar unabhängig

davon, ob die Marke in der so generierten Anzeige des Wettbewerbers sichtbar ist oder nicht.

- z In den inkriminierten Anzeigen wird für Reisen geworben. Es wird nicht klargestellt, dass keine (wirtschaftliche) Verbindung zwischen der werbenden Beklagten und der Klägerin besteht.
- z Auch die in der Werbeanzeige angegebene Internetadresse (trekking.at) lässt sich aufgrund des verwendeten Gattungsbegriffs keine Zuordnung zu einem bestimmten Unternehmen erkennen.
- z "Für einen normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer war damit nicht zu erkennen, dass die Anzeigen von einem Anbieter stammen, der mit der Klägerin in keiner Weise wirtschaftlich verbunden ist. Es lag für ihn vielmehr nahe, das Gegenteil zu vermuten, weil beide Suchworte ein hohes Maß an Originalität aufweisen und die angebotenen Dienstleistungen nicht einmal ansatzweise beschreiben" (OGH Rz 11).
- z Der normal informierte und angemessen aufmerksame Internetnutzer konnte daher annehmen, durch Anklicken der jeweiligen Überschriften auf Seiten zu gelangen, die, wenn nicht von der Klägerin, so doch von einem ihr wirtschaftlich verbundenen Unternehmen betrieben werden. Der dadurch begründeten Verwechslungsgefahr hätten die Beklagten durch entsprechende Gestaltung der Anzeigen, wie etwa durch Aufnahme eines aufklärenden Hinweises, entgegenwirken müssen (s Anderl, Anm zu C-278/08 - Bergspechte II, ecolex 2010, 477 f; Stadler, EuGH: Google verletzt mit AdWords keine Markenrechte, MMR Fokus, MMR 5/2010, VIII f).
- z **"Leitsatz": "Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass die durch die Verwendung einer Marke (eines Markenbestandteils) als Keyword generierte Werbung eines Dritten (der Beklagten) in die Rechte des Markeninhabers nur dann nicht eingreift, wenn aus dieser Werbung für einen normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer leicht zu erkennen ist, dass die in der Anzeige beworbenen Waren oder Dienstleistungen weder vom Inhaber der Marke noch von einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen stammen."**

<p>Grundlagen</p> <p>z</p>	<p>Detail</p> <p>Vgl. auch: Die KI betreibt unter ihrer Marke "Impuls" eine Informationsplattform zu Versicherungs- und Finanzdienstleistungen; die Bekl bucht die Marke der KI beim Suchmaschinenbetreiber Google als AdWord; dies führt dazu, dass bei Eingabe der Marke als Suchbegriff rechts neben der Trefferliste eine Anzeige der Bekl erscheint; über einen Link gelangt man direkt auf die Seite der Bekl. Hierin liegt nach Ansicht des Gerichts eine Markenverletzung: LG Braunschweig 28.12.2005, 9 O2852/05: AdWords sind wie Meta-Tags zu behandeln; beim Zeichen "Impuls" handelt es sich hinsichtlich der in Betracht kommenden DL um eine typische Marke, die keinen beschreibenden Inhalt erkennen lässt; das Zeichen wird daher vom User auch als Herkunftshinweis verstanden; Sichtbarkeit der Markenverwendung ist nicht zu fordern; Markeneingriff (str).</p>
<p>Grundlagen</p> <p>Zur Haftung des Suchmaschinenbetreibers</p> <ul style="list-style-type: none"> z Ebenso wie der EuGH (allerdings auf einer etwas anderen Rechtsgrundlage, da das ECG die Haftung des Suchmaschinenbetreibers anders als die EC-RL explizit regelt) hat der OGH die Haftung des Suchmaschinenbetreibers bei rechtsverletzenden AdWords bereits im Jahr 2005 beurteilt: z OGH 19.12.2005, 4 Ob 194/05s - Google MR 2006, 109: <i>"Es trifft daher auch nicht zu, dass die Beklagte eine 'Tatgelegenheit' für Markenverletzungen einräumte und dass das von ihr angebotene Verknüpfungsmodell von vornherein auf die Verletzung von Markenrechten oder auf unlautere Werbemaßnahmen (Anlehnung, schmarotzerische Ausbeutung, vermeidbare Herkunftstäuschung) angelegt wäre. Die Beklagte ist daher nicht verpflichtet, die von ihren Werbekunden verwendeten Suchworte ohne vorherige Abmahnung auf allfällige Markenverletzungen oder Wettbewerbsverstöße zu überprüfen. Eine Pflicht zum Handeln träfe die Beklagte nur, wenn die Rechtsverletzung auch für einen juristischen Laien offenkundig wäre. Nur bei einer offenkundigen Rechtsverletzung könnte nämlich davon gesprochen werden, dass der Suchmaschinenbetreiber den Rechtsverletzer bewusst fördert."</i> <p>-> Offenkundigkeit vor Abmahnung verneint (wohl auch mit Blick auf das konkrete AdWord "Glucoschondrin"); ob danach Offenkundigkeit gegeben war muss nicht entschieden werden, weil Verknüpfung der Anzeige mit AdWord ohnedies sofort nach Abmahnung durch Suchmaschinenbetreiber gelöscht wurde.</p>	<p>Detail</p>
<p>Grundlagen</p>	<p>Detail</p>

Wettbewerbsrecht

- ε Das Buchen eines für einen Konkurrenten geschützten Kennzeichens als AdWord ist als Abfangen von Kunden unlauter iSd § 1 UWG und beutet den Ruf des Konkurrenten aus: LG Berlin K&R 2001, 171.
- ε Das Buchen allgemeiner Begriffe ("Heizung", "Solar") durch ein Branchenunternehmen verstößt - insb unter dem Aspekt des Abfangens - nicht gegen § 1 UWG: LG Frankfurt a.M. K&R 2001, 173.

Buchen einer bekannten Kosmetikmarke durch einen außerhalb des selektiven Vertriebssystem des Markeninhabers stehenden Discounter ist Rufausbeutung: LG Hamburg CR 2000, 392.

2. Meta-Tags, Word-Stuffing**a) Einleitung**

- ε Ein wesentliches Funktionselement des Internet sind eigens für dieses konzipierte **Suchmaschinen**, z.B. Google, Yahoo, msn usw.
 - ε Suchmaschinen "durchstöbern" das Internet nach (neuen) Inhalten, analysieren diese und weisen den Inhalten (den Internet-Seiten) bestimmte Schlüsselwörter zu. In den Suchmaschinen kann über Suchwörter nach Informationen, die auf zahlreichen Internet-Seiten zu dem gesuchten Thema vorhanden sind, gesucht werden.
 - ε Wie die Suchmaschinen die jeweiligen Internet-Seiten thematisch auswerten, ist unterschiedlich. Von manchen Suchmaschinen wird der Inhalt der Web-Seiten analysiert. Andere orientieren sich an sog. Meta-Tags. IdR findet beides parallel statt.
- ε Bei **Meta-Tags** (korrekt: name-Meta-Tags) handelt es sich um spezifische Informationen, die vom Programmierer in nicht am Bildschirm sichtbaren **Quellcode** einer Web-Seite eingetragen werden. Welche Informationen in den Meta-Tags eingegeben werden, obliegt grundsätzlich dem Programmierer. Die Suchmaschine liest die Meta-Tags aus und indiziert die jeweilige Internet-Seite (auch) anhand der in den Meta-Tags enthaltenen Informationen, d.h. es werden der Seite die in den Meta-Tags gespeicherten Informationen als Suchbegriffe zugewiesen.
 - ε Beispiel: Quellcode Rechtsinformationssystem des Bundes.
- ε Mittels Meta-Tags lässt sich daher das Verhalten einer Suchmaschine in gewisser Weise steuern, weil die Meta-Tags gleichsam als Indizes einer Web-Seite dienen.
 - ε Gegen die Verwendung von Meta-Tags bestehen daher grundsätzlich keine Bedenken.
 - ε Freilich bieten Meta-Tags auch ein Missbrauchspotential. Werden insb. bekannte oder fremde Kennzeichen in die Meta-Tags eingetragen (uU auch unrichtige sonstige Informationen), kann hiermit die Leistung der eigenen Web-Seite in Suchmaschinen beeinflusst werden. Hieraus resultieren wettbewerbs- und markenrechtliche Probleme.
- ε In ähnlicher Weise können Suchmaschinen durch das sog. **Word-Stuffing** manipuliert werden:
 - ε Hierbei werden bestimmte Begriffe in den Inhalt der Webseite eingetragen. Die Begriffe sind aber am Bildschirm nicht sichtbar, weil diese Wörter in der Hintergrundfarbe eingegeben werden.
 - ε Werden diese Wörter in einer hohen Ebene der Seite mehrfach verwendet, glauben manche Suchmaschinen, dass es sich bei diesen Wörtern um für die Seite wichtige Themen handelt, weshalb eine Indexierung (auch) nach diesen erfolgt. Auch mittels Word-Stuffing kann daher eine Suchmaschine manipuliert werden, indem fremde Namen, Marken usw. Verwendung finden, mit denen das eigene Web-Angebot in Wahrheit nichts zu tun hat.

b) Offline Grundlagen

- ε Das Keyword-Advertising wirft ähnliche Probleme auf wie der Einsatz von Keywords
 - ε Zu den insoweit bestehenden Rahmenbedingungen aus kennzeichen- und wettbewerbsrechtlicher Sicht daher schon oben.

c) Konsequenzen Markenrecht

- ε Markenrechtlich ist zu klären, ob eine die Markenverletzung begründende Markenbenützung nur dann vorliegt, wenn die Marke in sinneswahrnehmbarer Weise Verwendung findet. Da Meta-Tags lediglich im Quellcode aufscheinen, liegt zumindest keine unmittelbare sinnesmäßige Wahrnehmbarkeit vor
- ε Ein großer Teil der Lehre und auch Teile der dRsp verneinen diese Frage. Danach kann eine Markenverletzung auch dann vorliegen, wenn die Marke als Meta-Tag oder in der Methode des Word-Stuffing verwendet wird, obwohl bei dieser "Benützung" die Marke nicht sinnesmäßig wahrnehmbar ist. Weder in der BRD noch in Österreich existieren zu dieser Frage höchstgerichtliche Entscheidungen (offengelassen in OGH - numtec; ebenso OGH - catch-all)
- ε Schließt man sich dieser Meinung an, ist noch zu klären, ob diese für alle Marken gilt oder eine Einschränkung insoweit zu machen ist, als die Marke ein reines Phantasiewort ohne beschreibenden Gehalt zu sein hat (vgl. OLG Hamburg - AIDOL)
- ε Die für einen Markeneingriff zu fordernde Verwechslungsgefahr ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen (bezogen auf die Zeichenähnlichkeit wird idR Identität oder hochgradige Ähnlichkeit vorliegen, weil andernfalls der intendierte Zweck nicht erreicht wird; zur Waren- und Dienstleistungsähnlichkeit schon oben). Auch ein Eingriff in bekannte Kennzeichen ist möglich, wenn ein bekanntes Zeichen in den Meta-Tags Verwendung findet, um das Ranking der eigenen Seite zu erhöhen
- ε Die Bestimmung des § 10 Abs 3 MSchG kann aber auch die Verwendung einer fremden Marke als Meta-Tag legitimieren. Dies gilt auch bei Kennzeichen, die keine ausdrückliche Regelung in diese Richtung kennen (OGH - numtec). Daraus folgt, dass zB die Verwendung des eigenen Namens im Rahmen von Meta-Tags zulässig sein muss, mag es sich auch um registrierte Marken handeln (so daher zB im Shell-Sachverhalt). Ebenso ist es zulässig, im Rahmen des Zubehör- und Ersatzteilgeschäftes die Kennzeichen der jeweiligen (Haupt-)Produkte aufzunehmen (str)