

# Mehr Fragen als Antworten – die Google France Entscheidung des EuGH zum Keyword Advertising

Beim Keyword Advertising bucht der Werbende auf einer vom Anbieter der Suchmaschinenwerbung zur Verfügung gestellten Plattform ein oder mehrere Schlüsselwörter, die bestimmen, bei welcher Suchanfrage eines Nutzers seine Werbung erscheint. Ob es dabei zulässig ist, als Keyword einen markenrechtlich geschützten Begriff zu verwenden, beschäftigt seit mehr als einer Dekade Juristen weltweit.<sup>1)</sup> Von den ersten Entscheidungen des EuGH zu dieser Thematik war mehr Rechtssicherheit für die Länder der EU erhofft worden. Ob die im März 2010 ergangenen Urteile<sup>2)</sup> diesen Erwartungen gerecht werden, ist Gegenstand dieses Beitrags. Die folgenden Ausführungen beziehen sich dabei auf das erste, auf die Vorlage der Cour de Cassation hin ergangene Urteil. Bei der Entscheidung über die Vorlagefragen des OGH sowie des BGH<sup>3)</sup> hat der EuGH in den wesentlichen Punkten nur noch Bezug auf diese Entscheidung genommen.

**Deskriptoren:** Google, AdWords, EuGH, Google France, Louis Vuitton

**Normen:** Marken-Richtlinie 89/104/EWG: Art 5, Gemeinschaftsmarken-Verordnung 40/94/EG: Art 9; E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG: Art 5, 12-14

## 1. Rechtsprechung zu Keyword Advertising in Österreich

In Österreich liegen bereits seit 2005 höchstgerichtliche Entscheidungen vor. In *Glucochondrin* beschäftigte sich der OGH mit der Haftung von Anbietern von Suchmaschinenwerbung.<sup>4)</sup> Er kam dabei zu dem Ergebnis, dass diese nur dann für mögliche Rechtsverletzungen ihrer (Werbe-)Kunden in Anspruch genommen werden können, sofern diese für einen juristischen Laien ohne weitere Nachforschungen offensichtlich sind.<sup>5)</sup> Die verbliebene Frage der Haftung der Werbenden wurde vom OGH 2007 in der *Wein&Co*<sup>6)</sup> Entscheidung erstmals behandelt. Er stellte in dieser eine Markenrechtsverletzung bei einer über der Suchergebnisliste dargestellten Anzeige (Top-Ad) fest, da diese mit der Marke der Klägerin überschrieben und somit

für ihn die Gefahr einer Verwechslung offenkundig war. Es werde der Eindruck erweckt, es bestünde eine wirtschaftliche oder organisatorische Beziehung zwischen der Klägerin und der Beklagten.<sup>7)</sup> Die Zulässigkeit der Variante von klar als Werbung gekennzeichneten Anzeigen, welche rechts neben den Suchergebnissen dargestellt werden, sowie keine kennzeichenrechtlich geschützten Begriffe in ihrem Text enthalten, blieb ausdrücklich offen. Sie wurde erst im *Bergspechte* Vorlagebeschluss<sup>8)</sup> 2008 vom OGH thematisiert. In diesem richtete er an den EuGH die Frage, ob eine derartige Verwendung als Verletzung von Art 5 Abs 1 lit 1 der Markenrechtsrichtlinie anzusehen ist. Gleichzeitig deutete der OGH an, dass er eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion selbst bei Anzeigen, welche das Suchwort des Beklagten nicht enthalten, für möglich hält.<sup>9)</sup>

## 2. Das Urteil des EuGH

### 2.1. Überblick

Der EuGH lehnt zunächst eine Markenrechtsverletzung durch Google selbst als Anbieter des „Referenzierungsdienstes“ ab, da das Unternehmen lediglich die technischen Voraussetzungen dafür schafft, dass seine Kunden mit Marken identische Keywörter buchen. Es benutzt diese jedoch nicht selber (Rn 55, 56).

Der Markeninhaber könne jedoch einer Benutzung eines mit der Marke identischen Keywords durch einen Werbetreibenden widersprechen, wenn diese Benutzung eine der Funktionen der Marke beeinträchtigen kann (Rn 76). Dazu gehört nicht nur die Hauptfunktion der Marke, die herkunftshinweisende Funktion, sondern auch die Kommunikations-, Investitions- oder Werbefunktion (Rn 77). Eine Verletzung Letzterer hat der EuGH ausgeschlossen – ob generell im Rahmen des AdWord-Programms oder nur in den entschiedenen Einzelfällen bleibt allerdings unklar. Die Feststellung der Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion obliege den nationalen Gerichten (Rn 88) ebenso wie die Klärung einer Haftungsprivilegierung von Google, wenn das Unternehmen für eine Rechtsverletzung des Werbenden zur Verantwortung gezogen werden soll (Rn 119). Der EuGH gibt für diese Prüfungen lediglich einen (unscharfen) rechtlichen Rahmen vor.

1) Für einen Überblick siehe *Schubert/Ott*, AdWords – Schutz für die Werbefunktion einer Marke, MarkenR 2009, 338 ff.

2) EuGH 23. 3. 2010, Verb. Rs C-236/09, C-237/08, C-238/08, *Google France*, MarkenR 2010, 174.

3) EuGH 25. 3. 2010, C-278/08, *Bergspechte*, MarkenR 2010, 171; EuGH 26. 3. 2010, C-91/09, *Eis.de*.

4) OGH 4 Ob 195/05p, *Glucochondrin*, MR 2006, 119.

5) In diesem Zusammenhang bezog sich der OGH auch ausdrücklich auf die Haftung von Domainvergabestellen für rechtswidrige Domains. OGH 4 Ob 166/00s, *fpo.at I*, *ecolex* 2001, 128; OGH, 4 Ob 176/01p, *fpo.at II*, *ecolex* 2002, 189.

6) OGH 17 Ob 1/07g, *Wein&Co*, ÖBl 2007, 39.

7) Zustimmung zum Urteil: *Anderl*, Keyword Advertising – Anmerkung zu OGH 17 Ob 1/07g, ÖBl 2007, 170 (174); kritisch: *Fuchs*, Die marken- und wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von kontextabhängiger Suchmaschinenwerbung (Keyword Advertising), wbl 2007, 414 (418); *Noha*, Keyword Advertising – Verwendung von Kennzeichen Dritter als Suchwort, *ecolex* 2007, 616; *Ott*, Die Entwicklung der Suchmaschinen- und Hyperlink-Rechts im Jahr 2007, WRP 2008, 393 (402); *Wukoschitz*, Keyword Advertising: EuGH am Wort, RdW 2009, 69.

8) OGH 17 Ob 3/08b, *Bergspechte*, jusIT 2008, 133.

9) Vgl Abs VI. 9 der Entscheidung OGH 17 Ob 3/08b, *Bergspechte*, jusIT 2008, 133.

## 2.2. Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion

In den gegenständlichen Verfahren ging es primär um die Prüfung einer Markenrechtsverletzung gem Art 5 Abs 1 RL 89/104/EWG bzw Art 9 Abs 1 VO 40/94/EG. Während die bisherige Rechtsprechung davon ausging, dass lit a bereits dann verletzt ist, sobald ein Dritter ein identisches Zeichen ohne Zustimmung des Markeninhabers im geschäftlichen Verkehr für identische Waren oder Dienstleistungen verwendet, verlangt der EuGH zusätzlich, dass eine Funktion der Marke, also die Herkunftsfunktion oder die Werbefunktion, beeinträchtigt oder verletzt wird (Rn 75 ff).

Das Kriterium der Verletzung bzw Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion ist *de facto* identisch mit dem bisherigen Kriterium der „Verwechslungsgefahr“ gemäß lit b. Diese ist verwirklicht, sofern es für einen normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer nicht oder nur schwer zu erkennen ist, ob die beworbenen Artikel oder Dienstleistungen von dem Inhaber der Marke oder einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen oder vielmehr von einem Dritten stammen (Rn 82). Von einer derartigen Beeinträchtigung kann im Rahmen von Keyword Advertising ausgegangen werden, sofern die Gestaltung der Anzeige einen wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen dem Werbenenden und dem Markeninhaber suggeriert, oder derart vage gehalten ist, dass ein Nutzer nicht erkennen kann, ob ein solcher Zusammenhang besteht (Rn 90). Die Beurteilung dieser Frage obliegt den nationalen Gerichten und hängt somit letztlich davon ab, wie die Anzeige konkret gestaltet ist. Leider blieb der Gerichtshof jedoch eine Erklärung schuldig, wie nun eine Anzeige aussehen muss, um die Herkunftsfunktion nicht zu beeinträchtigen. So bleibt es offen, ob es ausreicht, dass das streitgegenständliche Zeichen nicht im Text der Anzeige dargestellt wird, oder ob den Werbenden weiter reichende Pflichten treffen.<sup>10)</sup> Letzteres wäre problematisch, da der zur Verfügung stehende Platz bei AdWords begrenzt ist und neben dem Titel maximal nur 70 Zeichen für den Text zur Verfügung stehen.

10) Ausführlicher *Ott/Schubert*, Fremde Marken als Keywords – Orakelsprüche des EuGH als Antwort auf biblische Fragen, MarkenR 2010, 160 (161).

## 2.3. Beeinträchtigung der Werbefunktion

### 2.3.1. Bisherige Diskussion und Feststellungen des EuGH

Lange Zeit war umstritten, ob die Werbefunktion einer Marke unabhängig von der Herkunftsfunktion geschützt ist.<sup>11)</sup> Ua<sup>12)</sup> der deutsche BGH hat aus diesem Grund in seiner Vorlage an den EuGH ausdrücklich auf diese Diskussion Bezug genommen und danach gefragt, ob der Werbefunktion der Marke neben der Herkunftsfunktion eine selbstständige Bedeutung in dem Sinne zukommt, dass bereits die Beeinträchtigung der Werbefunktion zur Annahme einer markenmäßigen Benutzung führt, auch wenn die Herkunftsfunktion nicht berührt ist.<sup>13)</sup> Die Antwort darauf hat der EuGH jedoch bereits vor seinen AdWords-Urteilen gegeben. In seiner *L'Oreal/Bellure*-Entscheidung hat er die Werbe- und Kommunikationsfunktion einer Marke ausdrücklich dem Schutz nach Art 5 Abs 1 Satz 2 lit a der Markenrichtlinie unterstellt.<sup>14)</sup> Für diesen Fall sahen sowohl der OGH als auch der BGH bei der Buchung einer fremden Marke als Keyword eine Beeinträchtigung der Werbefunktion als wahrscheinlich an.<sup>15)</sup>

Der EuGH hingegen schlägt einen anderen Weg ein. Nach der Bestätigung der selbstständigen Werbefunktion einer Marke (Rn 77), legt er dar, dass diese beinhaltet, dass der Markeninhaber eine solche Benutzung verbieten darf, durch die seine Möglichkeit des Einsatzes der Marke als Element der Verkaufsförderung oder Instrument der Handelsstrategie, beeinträchtigt wird (Rn 92). Alleine der Umstand, dass seine Marke durch einen Konkurrenten als Keyword verwendet wird und er deshalb ggf einen höheren Preis pro Klick bezahlen muss, um seine eigene Anzeige prominenter zu platzieren, genüge aber nicht. Daraus ließe sich der Schluss ziehen, dass die Werbefunktion einer Marke im Rahmen des AdWords-

11) *Sack*, Die rechtlichen Funktionen des Warenzeichens, 2. Teil, GRUR 1972, 445 (450 f).

12) Der OGH hatte diese Aspekte zwar in seinem Vorlagebeschluss bereits diskutiert, diese jedoch in seine Fragen an den EuGH nicht aufgenommen. VI. 6 der Entscheidung OGH 17 Ob 3/08b, *Bergspechte*, *justIT* 2008, 133.

13) BGH I ZR 125/07, *Bananabay*, MarkenR 2009, 213. Siehe dazu *Schubert/Ott*, AdWords (Fn 1), 338.

14) EuGH 18. 6. 2009, C-487/07 = GRUR 2009, 756 (761). Eine Werbefunktion einer Marke ablehnend *Knaak*, Keyword Advertising – Das aktuelle Key-Thema des Europäischen Markenrechts, GRUR Int 2009, 551 (555).

15) OGH 17 Ob 3/08b, *Bergspechte*, *justIT* 2008, 133.

Programms nie beeinträchtigt wird. Doch legt der EuGH im Folgenden noch näher dar, warum keine Beeinträchtigung gegeben ist (Rn 96 f). Hierbei zeigt sich, dass er von ganz bestimmten Rahmenbedingungen ausgeht. Der Markeninhaber erscheine „normalerweise“ an einer der vorderen Stellen der Suchergebnisliste, sodass die Sichtbarkeit seiner Waren oder Dienstleistungen für den Markeninhaber gewährleistet sei.

### 2.3.2. Verknüpfung des Schutzes der Werbefunktion mit der Sichtbarkeit in der Websuche

Eine Verknüpfung der Sichtbarkeit in der Websuche mit der Beurteilung der Markenrechtsverletzung bei den Anzeigen, wie sie der EuGH offenbar vornimmt, ist in der nunmehr seit Jahren ausgefochtenen Diskussion ein gänzlich neuer Aspekt. Das macht ihn natürlich nicht per se falsch, es lässt aber doch aufhorchen, wenn der EuGH – letztlich ohne Begründung – einen neuen Lösungsansatz aus dem Hut zaubert, auf den bislang noch niemand gekommen ist. Und dies letztlich zu Recht, denn die Begründung des EuGH berücksichtigt nicht hinreichend die tatsächlichen technischen Gegebenheiten und führt zu neuen Auslegungsfragen.

Bereits die Grundannahme, der Markeninhaber erscheine normalerweise an prominenter Stelle in der Websuche, wird vom EuGH ohne jeglichen Beleg in den Raum gestellt. Das Ranking einer Webseite, also die Position innerhalb der Suchergebnisse, ist von zahlreichen Faktoren (rund 200) abhängig. Ob ein Websitebetreiber Inhaber einer Marke ist, nach der ein Nutzer bei Google sucht, ist keiner davon und kann auch gar keiner sein, weil Google dies in den meisten Fällen nicht wissen wird und auch nicht wissen kann.<sup>16)</sup> In der Regel wird nur ein Markeninhaber, der in Suchmaschinenoptimierung investiert, über Google gut gefunden. Eine Garantie dafür gibt es jedoch nicht, und bei vielen Markeninhabern wird deren Website nicht unter den TOP-10 Suchergebnissen zu finden sein. Dabei ist noch gar nicht berücksichtigt, dass ein Markeninhaber nicht im Internet präsent sein muss. Laut Statistik Austria

16) Kostenfrei können beim Österreichischen Patentamt nur bibliographische Daten abgefragt werden, wobei solche Abfragen die Kenntnis von Registernummer oder AZ voraussetzen. Da weiters auch die Bandbreite für derartige Abfragen extrem beschränkt ist, kann festgestellt werden, dass Online-Abfragen für nationale österreichische Marken nicht möglich sind.

waren zB im Jänner 2009 zwar rund 80 % der heimischen Unternehmen mit einer eigenen Webseite im Netz vertreten,<sup>17)</sup> aber damit auch 20 % nicht und darunter sicherlich viele Markeninhaber.

Die Unstimmigkeit der Grundannahme würde zusätzlich perpetuiert, wenn man die vom EuGH postulierte, „normalerweise“ gegebene Sichtbarkeit dahin gehend interpretiert, dass im konkreten Fall gar nicht mehr danach gefragt werden muss oder darf, ob der Markeninhaber wirklich in der Trefferliste hinreichend sichtbar ist oder nicht. Das Urteil lässt insoweit – unausgesprochen – Raum für eine individuelle Betrachtung, die zu der Annahme einer Beeinträchtigung der Werbefunktion einer Marke führen kann, wenn die Sichtbarkeit des Markeninhabers im Einzelfall nicht gegeben ist.

### 2.3.3 Feststellung der „Sichtbarkeit“ im Einzelfall

Die Zeiten der klassischen Google TOP-10-Ergebnisse, bei denen auf einer Seite nur zehn relevante Suchtreffer angezeigt wurden, sind lange vorbei. In den letzten Jahren fand zunehmend eine Entwicklung hin zu den sog Google Universal Search Ergebnissen statt, bei denen Treffer zB aus der Bilder-, Video-, Blog- oder Produktsuche integriert wurden. Derart „angereicherte“ Suchergebnisse sind keine Seltenheit mehr. Mittlerweile liegt der Anteil der Suchergebnisse mit Universal Search Integration bei fast 50 %, wobei insb die Bildersuche stark eingebunden ist.<sup>18)</sup> Bei einzelnen Suchanfragen kann es jedenfalls vorkommen, dass zwar die Anzeige des Konkurrenten, das erste reguläre Suchergebnis mit der Seite des Markeninhabers jedoch nicht mehr ohne Scrollen sichtbar ist. Ist hier noch eine hinreichende Sichtbarkeit gegeben? Das gleiche Problem stellt sich, wenn zwar keine Universal Search Elemente in der Trefferliste vorhanden sind, der Markeninhaber aber nicht auf einer der vorderen, sofort für den Nutzer sichtbaren Positionen steht.<sup>19)</sup>

Als Interpretationshilfe könnte ein Blick auf die Anforderungen für Pflichtinformationen lohnend sein. Im Rah-

men der Impressumspflicht müssen die Informationen leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar gehalten werden (§ 5 ECG bzw Art 5 der E-Commerce-Richtlinie). Gerichte in Deutschland haben hier teilweise in der Vergangenheit strenge Maßstäbe angelegt und die Voraussetzungen als nicht erfüllt angesehen, wenn der Link zu den Pflichtangaben erst nach dem Scrollen des Bildschirms sichtbar wird. Im Fall des OLG Hamburg musste bei einer Auflösung des Bildschirms von 800x800 Pixeln der Bildschirmausschnitt nach rechts gescrollt werden;<sup>20)</sup> das OLG München nahm an, dass das Scrollen über vier Bildschirmseiten hinweg zuviel Aufwand für einen Nutzer sei,<sup>21)</sup> das Brandenburgische OLG das Gleiche bei acht Bildschirmseiten.<sup>22)</sup> Diese Rechtsprechung mag fragwürdig sein,<sup>23)</sup> sie ist aber ein Beleg dafür, dass die Gerichte selbst bei der Impressumspflicht, bei der ausweislich der deutschen Gesetzesbegründung einem Nutzer sogar eine gewisse eigene Aktivität abverlangt wird und lediglich längeres Suchen schädlich sein soll,<sup>24)</sup> eine sehr nutzerfreundliche Linie vertreten. Die vom EuGH gewählte Terminologie „Sichtbarkeit gewährleistet“, deutet auf noch strengere Anforderungen hin als der Begriff der „unmittelbaren Erreichbarkeit“. Damit dürfte es nicht genügen, wenn der Markeninhaber irgendwo in den Suchergebnissen erscheint (vielleicht erst auf der zweiten oder dritten Suchergebnisseite), er muss vielmehr auf den ersten Blick sichtbar sein. Hierbei ist auch der sog Primacy Effekt zu berücksichtigen. Dieser beschreibt den Umstand, dass Nutzer sich zumeist auf die Durchsicht der ersten Suchtreffer beschränken.<sup>25)</sup>

Es ist somit damit zu rechnen, dass die Anwaltschaft versuchen wird, die vom EuGH gezogenen Grenzen auszuloten. Die nationalen Gerichte werden entscheiden müssen, ob im Rahmen der Prüfung einer Beeinträchtigung der Werbefunktion im konkreten Einzelfall die Sichtbarkeit des Markeninhabers in den Such-

ergebnissen zu untersuchen ist. Wenn ja, dann könnten Parallelwertungen von Informationspflichten einen ersten Ansatzpunkt liefern.

### 3. Haftung des Internetreferenzierungsdienstes

Die E-Commerce-Richtlinie (ECRL) enthält selbst keine Vorschriften über eine Haftungsprivilegierung für Hyperlinks und Suchmaschinen.<sup>26)</sup> Die dadurch verbleibende Regelungskompetenz der Mitgliedsstaaten<sup>27)</sup> hat der österreichische Gesetzgeber mit den Regelungen in §§ 14, 17 ECG genutzt und insbesondere Suchmaschinen eine weitgehende Haftungsfreistellung gewährt. Der deutsche Gesetzgeber hingegen ist bislang untätig geblieben.<sup>28)</sup> Dies hat zu der Diskussion geführt, ob die bestehenden, der ECRL entsprechenden Vorschriften im deutschen TMG auf Suchmaschinen und Hyperlinks direkt oder analog angewendet werden können.<sup>29)</sup>

Vor dem Hintergrund dieser Situation sind die ersten Ausführungen des EuGH zu den Haftungsprivilegierungen zu bewerten. Nachdem er zutreffend feststellt, dass es sich bei dem AdWords-Programm um einen Dienst der Informationsgesellschaft handelt (Rn 110), geht er darauf ein, wann ein Hosting-Provider von einer Verantwortlichkeit freigestellt ist. Dabei ist zunächst zu bemerken, dass der EuGH in diesem Zusammenhang an keiner Stelle den Terminus „Suchmaschine“ benutzt, sondern immer nur von einem Internetreferenzierungsdienst spricht. Dadurch muss er einerseits nicht darauf eingehen, dass Suchmaschinen nicht unmittelbar Gegenstand der Art 12-15 ECRL sind, zum anderen macht er deutlich, dass jede Tätigkeit einer Suchmaschine darauf untersucht werden muss, ob sie unter die in

17) Unternehmen sind Internet-fit, [http://www.telekom-presse.at/Unternehmen\\_sind\\_Internet-fit.id.11184.htm](http://www.telekom-presse.at/Unternehmen_sind_Internet-fit.id.11184.htm).

18) Universal Search: Status Quo, <http://www.sistrix.de/news/926-universal-search-status-quo.html>.

19) Problematisch ist allerdings dabei, dass das Erscheinungsbild einer Webseite auf dem Bildschirm von vielen Faktoren abhängig ist, zB von der Bildschirmauflösung und von der gewählten Konfiguration des Browsers hinsichtlich Fenster- oder Schriftgröße.

20) OLG Hamburg 5 W 80/02, MMR 2003, 105.

21) OLG München 29 U 4564/03, MMR 2004, 321.

22) Brandenburgisches OLG 13. 6. 2006, 6 U 121/05.

23) Dazu Ott, Anmerkung zum Urteil des OLG München vom 12. 2. 2004, 29 U 4564/03, MMR 2004, 322 f.

24) Vgl BT-Drucks 14/6098, 21. Dazu Ott, Informationspflichten im Internet und ihre Erfüllung durch das Setzen von Hyperlinks, WRP 2003, 945 (948).

25) Siehe Machill/Welp (Hrsg), Wegweiser im Netz, Verlag Bertelsmann Stiftung, 2003, 255; Rath, Das Recht der Internet-Suchmaschinen, Richard Boorberg Verlag, 2005, 74.

26) Art 21 ECRL weist der Kommission die Aufgabe zu, zukünftig zu untersuchen, inwieweit eine Regelung für diese Bereiche erforderlich ist.

27) Dazu Spindler, Verantwortlichkeit und Haftung für Hyperlinks im neuen Recht, MMR 2002, 495 (497).

28) Ott, Suchmaschinenrecht 2007 (Fn 7), WRP 2008, 393 (398), ders, Die Entwicklung des Suchmaschinen- und Hyperlink-Rechts im Jahr 2008, WRP 2009, 351 (362 f), jeweils mwN.

29) BGH IZR 317/01, *Schöner Wetten*, GRUR 2004, 693 (694). Zur Kritik hieran Sieber/Liesching, Die Verantwortlichkeit der Suchmaschinenbetreiber nach dem Telemediengesetz, Beilage zu MMR 8/2007, 4 ff; Ott, Haftung für Hyperlinks – Eine Bestandsaufnahme nach 10 Jahren, WRP 2006, 691, (694 f); ders, Haftung für Hyperlinks in Deutschland, Österreich und den USA, GRUR-Int 2007, 14 (16 f).

der ECRL Beschriebenen (Access-Providing, Caching, Hosting) fällt.<sup>30)</sup>

Im konkreten Fall sei Google haftungsprivilegiert, wenn das Unternehmen „neutral“ ist, dh wenn seine Tätigkeit „rein technischer, automatischer und passiver Art ist“, dh wenn es „weder Kenntnis noch Kontrolle über die weitergeleitete oder gespeicherte Information besitzt“.<sup>31)</sup> Diese drei Umschreibungen, unter die nun nach den Vorgaben des EuGH das jeweilige nationale Gericht die Ausgestaltung des AdWords-Dienstes zu subsumieren hat, sollen alle den gleichen Aussagegehalt haben. Unterschiedliche Nuancen lassen sich jedoch kaum wedgdiskutieren. Das zeigt das Beispiel des Keyword Tools.<sup>32)</sup> Da es auf einer automatischen Auswertung von Suchanfragen beruht, ließe es sich ohne Weiteres als neutral – ein im Übrigen in der ECRL in diesem Zusammenhang nicht verwendeter Begriff<sup>33)</sup> – einstufen. Aber kann bei einer Gesamtbetrachtung noch davon ausgegangen werden, dass sich Google rein passiv bzw neutral verhält, wenn Nutzern ein solches Hilfsmittel zur Verfügung gestellt wird, von dem bekannt ist, dass es auch Marken von Konkurrenten als Schlüsselwörter vorschlägt? Begründet

dieses allgemeine Wissen bereits Kenntnis oder muss der konkrete Verletzungsfall erst an Google herangetragen werden? Es bestehen also Unsicherheiten, die wiederum zu unterschiedlichen nationalen Entscheidungen führen dürften.

Aus den Überlegungen des EuGH ergeben sich Folgeprobleme. Sollte ein Gericht zum Ergebnis gelangen, dass die Voraussetzungen einer Haftungsprivilegierung für Hosting im Falle von Google AdWords nicht erfüllt sind, kann es dann noch auf § 14 ECG zurückgreifen? Der Wortlaut würde es zulassen, weil die Haftungsprivilegierung sich nicht auf die Links in den organischen Suchergebnissen beschränkt. Praktisch dürfte diese Überlegung jedoch nicht relevant werden, weil der OGH in *Glucocochondrin* bereits sehr enge Grenzen für eine Haftung von Suchmaschinen gezogen hat und es somit idR auf die Bestimmungen im ECG gar nicht mehr ankommen wird. In anderen Ländern, die ebenfalls eine Regelung zu Suchmaschinen in ihr nationales Gesetz aufgenommen haben (zB Spanien und Portugal),<sup>34)</sup> könnte sie sich jedoch stellen. Auch wenn diese dort denen des Hosting nachempfunden sind, können die Auslegungskriterien ganz andere sein als die des EuGH. Dort wollte der nationale Gesetzgeber Suchmaschinen gerade privilegieren. Dies über ein wie auch immer bestimmtes Neutralitätskriterium zu negieren, würde letztlich dem Willen des Gesetzgebers zuwiderlaufen.

In Ländern wie Deutschland schließlich, die keine Regelung über Suchmaschinen in ihren Gesetzen haben, sind die nationalen Gerichte aufgerufen, sich

bei einer Beurteilung der Tätigkeiten von Suchmaschinen nicht mehr wie bisher hinter dem rein formalen Argument der Nichtregelung in der ECRL zu verschanden, sondern die jeweilige Aktivität auf ihre Vergleichbarkeit mit dem dort Geregelten zu untersuchen.

Ein einheitliches Bild für eine Haftungsprivilegierung von Suchmaschinen innerhalb der EU sieht jedenfalls anders aus. Es wäre wünschenswert, wenn der EU-Gesetzgeber diesen Punkt einheitlich regeln würde.

#### 4. Ausblick

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass noch viele Fragen offen geblieben sind. Ob diese im Rahmen der weiteren Vorlagen des *High Court of England and Wales* sowie des niederländischen *Hoge Raad der Nederlanden*<sup>35)</sup> beantwortet werden, ist eher zweifelhaft. Die Ausführungen zur Werbefunktion gehen von einer falschen Grundannahme aus. In Bezug auf die Herkunftsfunktion bleibt der Gerichtshof eine einheitliche Handlungsempfehlung für die vorlegenden Gerichte schuldig. Ebenso verhält es sich im Hinblick auf die Ausführungen zur Haftung der Anbieter von Suchmaschinenwerbung. Der EuGH gewährt damit zwar einen weiten Spielraum, an dem positiv betrachtet auch zukünftige Werbeformen gut gemessen werden können, er ist jedoch gleichzeitig enttäuschend groß und lässt eine Rechtssicherheit auf dem Gebiet des Keyword Advertising in weite Ferne rücken.

30) Auch der Generalanwalt hat in seinen Schlussanträgen diese Linie vertreten und ua bemerkt, dass nach seiner Ansicht die Links in den Trefferlisten in zumindest analoger Anwendung der Caching-Regelung haftungsprivilegiert sind (Fußnote 71). Dazu *Ott*, EuGH: Schlussanträge in den AdWords-Verfahren – Konsequenzen für die Anbieterhaftung in Deutschland, MMR 11/2009, V f.

31) Siehe dazu Erwägungsgrund 42 der ECRL. Die Entgeltlichkeit des Dienstes von Google ist zu Recht dabei nicht schädlich. Dazu *Ott/Schubert*, EuGH-Urteil (Fn 10), MarkenR 2010, 160 (166).

32) Google Keyword-Tool auf Basis von Suchanfragen, <http://www.google.com/sktool/#>.

33) Dazu *Ruessmann/Melin*, *Ode to the Digital Single Market: And the Google AdWords case plays a part*, CRI 2009, 161 ff.

34) Vgl für Spanien das Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico“, BOE 12-07-2002, für Portugal das Gesetz Nr 7/2004 vom 10. 2. 2004 („Decreto-Lei“).

35) Vorabentscheidungsersuchen des Hoge Raad Nederlanden (Niederlande), eingereicht am 17. Dezember 2008 – Portakabin Limited und Portakabin B.V./ Primakabin B.V., C-558/08, ABl 2009 C 55/17.



#### Der Autor:

Mag. Maximilian Schubert, LL.M.: Jahrgang 1980. Studium der Rechtswissenschaften an der Karl Franzens Universität Graz. Master in Technology, Innovation and The Law an der Universität Edinburgh. Laufendes Doktorat zum Thema „Marken- sowie Wettbewerbsrechtliche Aspekte von Keyword Advertising aus der Sicht des Werbenden“. Zahlreiche Vorträge sowie Publikationen zum Thema Keyword Advertising. Betreiber der Webseite <http://www.austrotwabant.at>.

#### ausgewählte Publikationen:

*Ott/Schubert*, Fremde Marken als Keywörter – Orakelsprüche des EuGH als Antwort auf biblische Fragen, MarkenR 2010, 160; *ders*, Internet: Höhere Kosten für Markeninhaber, Die Presse –Rechtspanorama-, 29.03.2010, 8;



#### Der Autor:

Dr. Stephan Ott: Jahrgang 1974. Studium der Rechtswissenschaften in Bayreuth. Promotion über urheber- und wettbewerbsrechtliche Probleme von Linking und Framing. Von 2003-2006 im Bayerischen Sozialministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen tätig, seit 2006 im Zentrum Bayern Familie und Soziales (Integrationsamt). Zahlreiche Veröffentlichungen zum Thema Internetrecht, Betreiber der Webseiten [linksandlaw.com/de/info](http://linksandlaw.com/de/info), Veranstalter des Internetrecht-Stammtisches München.

#### ausgewählte Publikationen:

*Ott/Schubert*, Fremde Marken als Keywörter – Orakelsprüche des EuGH als Antwort auf biblische Fragen, MarkenR 2010, 160; *Ott/Hüttner*, Der Google-Buchsuche-Vergleich, ZUM 2010, 377; *ders*, Die Entwicklung des Suchmaschinen- und Hyperlink-Rechts im Jahr 2009, WRP 2010, 435;