
Keyword Advertising

SF-FS/ITSL-Seminar «Werbung – online»

Bildungszentrum Sihlpost

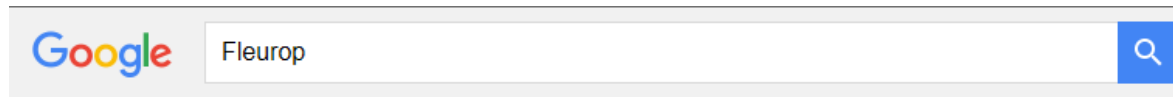
Zürich, 26. Oktober 2016

Michael Isler

walderwyss rechtsanwälte

Keyword Advertising

Worum geht es?



Page 2 of about 2.010.000 results (0,36 seconds)

Rote Rosen zu Händler Preisen - 10 Rote Rosen für Fr. 41.-

Ad www.rosengruss.ch/

Die schönsten Rosen der Schweiz zu Händlerpreisen. Jetzt bestellen.

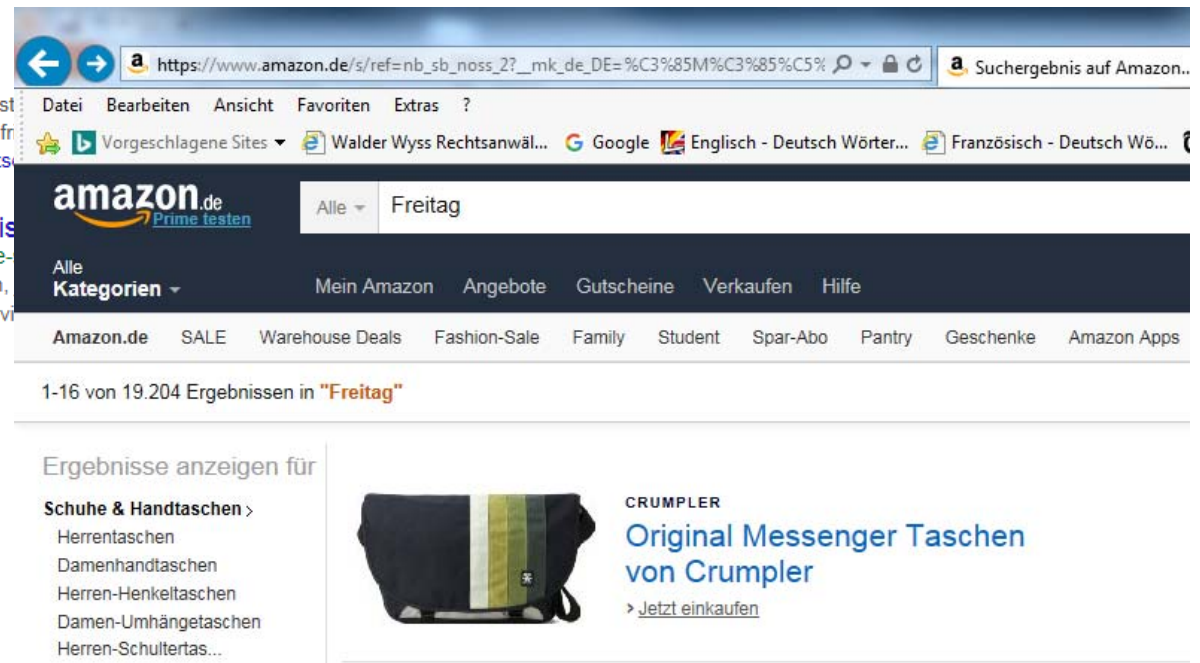
Euroflorist Blumen ab €14 - euroflorist.de

Ad www.euroflorist.de/

10%-Rabattcode EF14 auf Blumen bei 2000 unabhängigen Floristen
Ihre 100% Zufriedenheit · Blumen zu Top-Preisen · Frische + Zufriedenheit
Geburtstagsblumen · Romantische Blumengrüsse · Unsere Besten

Blumen & Fleurop Online-Shop - Leutwyler Floristik

<https://leutwyler-floristik.ch/...fleurop.../blumen-fleurop-online-Shop>
Fleurop überbringt weltweit Botschaften von Mensch zu Mensch, erstklassiger Qualität, höchste Kreativität und persönlichem Service

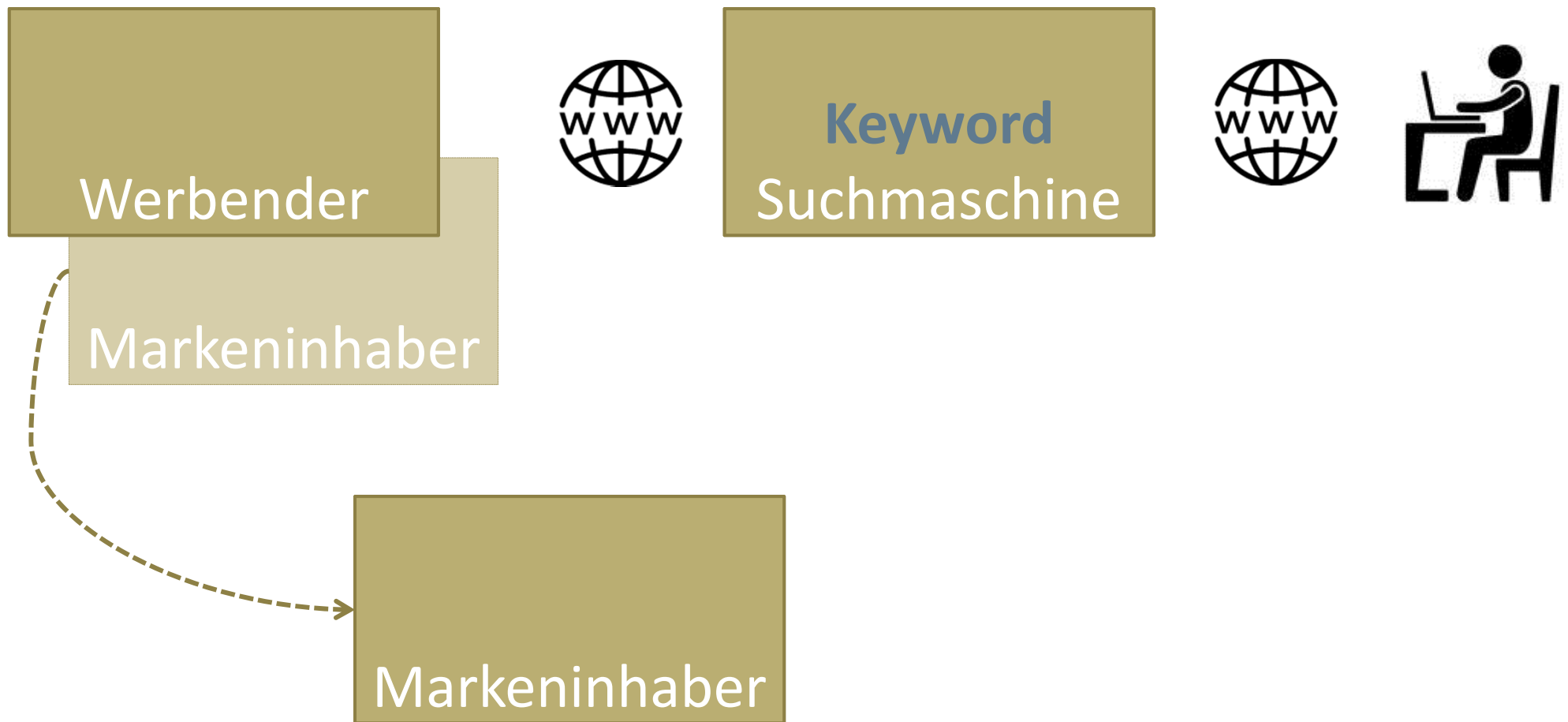


Keyword Advertising

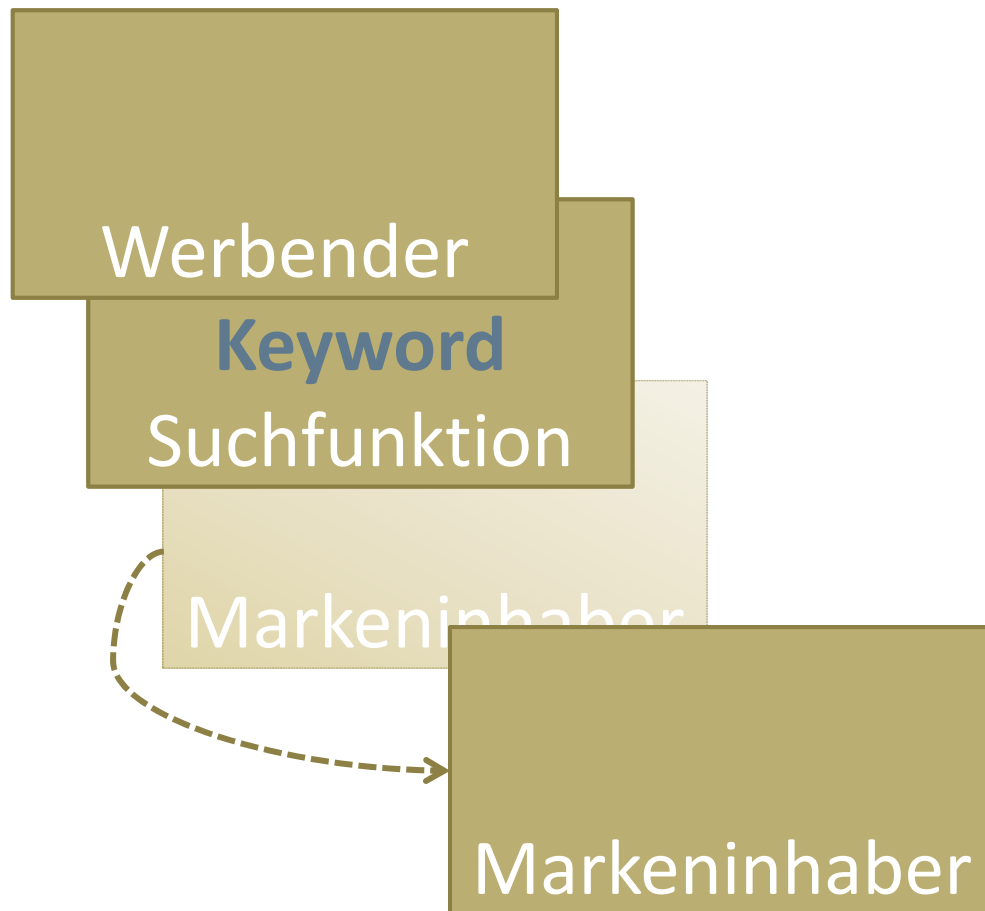
Funktionsweise und Bedeutung

- «Keyword Advertising» ist eine Ausprägung der **kontextsensitiven** Werbung im Internet:
 - Der Werbende erstellt eine Online-Werbeanzeige und hinterlegt einen oder mehrere dazu passende Schlüsselbegriffe (Keywords) bei einer Suchmaschine. Der Werbende kann dabei zwischen «genau passenden» oder «weitestgehend passenden» Keywords wählen und bestimmte Keywords ausschliessen.
 - Gibt ein Nutzer den Schlüsselbegriff (oder ggf. ein ähnliches Zeichen) in die Suchmaske ein, wird die Werbeanzeige in den Suchergebnissen ausgespielt.
 - Der Werbende schuldet dem Suchmaschinenbetreiber in der Regel für jeden Klick auf die Werbeanzeige eine Gebühr.
- Der Dienst «AdWords» generiert rund drei Viertel des Umsatzes von Google (2015: USD 52 Mia. von insgesamt USD 75 Mia.).

Platzierung eines Zeichens als Keyword in Internet-Suchmaschine



Platzierung eines Zeichens als Keyword in Suchfunktion eines Verkaufsportals



Darstellung des Keywords in den Suchergebnissen

Darstellung	Beispiel
Fremdes Kennzeichen (Keyword) erscheint in Werbeanzeige als Hinweis auf Produkt entsprechender Herkunft	Der Nutzer gibt «Freitag» in die Suchmaske ein. In den Suchergebnissen erscheint die Anzeige eines Händlers von «FREITAG®»-Umhängetaschen.
Fremdes Kennzeichen (Keyword) erscheint in Suchergebnis als Hinweis auf Produkt entsprechender Herkunft, nebst weiteren Produkten anderer Herkunft	Der Nutzer gibt «Freitag» in die Suchmaske ein. In den Suchergebnissen erscheint die Anzeige eines Online-Verkaufsportals, auf dem Umhängetaschen unterschiedlicher Herkunft, einschliesslich «FREITAG®», angeboten werden.
Fremdes Kennzeichen (Keyword) erscheint im Suchergebnis nicht, dafür ein Hinweis auf Produkte anderer Herkunft	Der Nutzer gibt «Freitag» in die Suchmaske ein. In den Suchergebnissen erscheint die Anzeige eines Online-Verkaufsportals für «CRUMPLER®»-Umhängetaschen.

Keyword Advertising

Rechtliche Problemfelder

- Markenrecht:
 - Stellt Keyword Advertising mit fremder Marke eine **Markenrechtsverletzung** dar (Art. 13 Abs. 2 MSchG)?
- Lauterkeitsrecht:
 - Ist Keyword Advertising mit fremdem Kennzeichen eine unlautere **Herkunftstäuschung** (Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG), unlautere **Anlehnung** (Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG) oder unlautere **Rufausbeutung** (Art. 2 UWG)?
 - Stellt die Benachteiligung eines Werbenden durch massenhaftes Erzeugen von Klicks auf Keyword-Anzeigen («**Klickbetrug**») unlauteren Behinderungswettbewerb dar (Art. 2 UWG)?
- Kartellrecht:
 - Ist das einem Vertriebshändler auferlegte Verbot der Werbung mit Keyword Advertising eine unzulässige **Wettbewerbsabrede** (Art. 5 Abs. 1 KG)?

Keyword Advertising und Markenrecht: Gibt es überhaupt noch etwas zu sagen?

- EuGH: Von «Google France» bis «Interflora»...
 - Der Suchmaschinenbetreiber ist **nicht passivlegitimiert**, wohl aber der Werbekunde (C-236-238/08 – «Google France»).
 - Der Werbende benutzt die fremde Marke zwar im geschäftlichen Verkehr, doch ist eine Beeinträchtigung der **Herkunftsfunktion** der Marke nur gegeben, wenn die Anzeige suggeriert, dass zwischen dem Werbenden und dem Markeninhaber eine wirtschaftliche Verbindung besteht (C-236-238/08 – «Google France»; C-278/08 – «BergSpechte») oder bestehen könnte (C-323/09 – «Interflora»).
 - Keine Beeinträchtigung der **Werbefunktion** der Marke (C-236-238/08 – «Google France»; C-91/09 – «bananabay»).
 - Die Benutzung der fremden Marke als Keyword durch einen **Wiederverkäufer** ist zulässig (C-558/08 – «Portakabin»), grundsätzlich aber nicht durch den Betreiber eines Online-Marktplatzes (C-324/09 – «eBay»).
 - Der Gebrauch einer fremden **bekannten Marke** als Keyword kann eine Ausnutzung der Unterscheidungskraft und der Wertschätzung dieser bekannten Marke bewirken (C-323/09 – «Interflora»).

Keyword Advertising und Markenrecht: Gibt es überhaupt noch etwas zu sagen?

- Die schweizerische Rechtsprechung ist spärlich, aber konsistent:
 - OGer TG – «*Ifolor*» (2011): Keine Markenrechtsverletzung, wenn das die fremde Marke wiedergebende **Keyword** in der Werbeanzeige **nicht vorkommt**.
 - KGer LU – «*Aquaterra Travel*» (2015): Markenrechtsverletzung gegeben, wenn das die fremde Marke wiedergebende **Keyword** in der Werbeanzeige **erscheint**.
- Die Lehre folgt mehrheitlich dieser Differenzierung.
- Die unautorisierte Wiedergabe fremder Marken in der Werbeanzeige durch Nicht-Wiederverkäufer ist selten geworden (Selbstregulierung durch Google mittels *trademark complaint*) und damit kaum mehr von praktischer Relevanz.

Keyword Advertising und Markenrecht

Zu klärende Fragen

- Ist der **«verdeckte» Markengebrauch** als Keyword wirklich nicht verletzend?
- Macht es einen Unterschied, ob das Keyword durch den Händler/Leistungsanbieter selbst oder durch einen **Online-Marktplatz** gebucht wird?
(vgl. EuGH, C-324/09 – «eBay»)
- Spielt es eine Rolle, ob das Keyword für die **interne Suchfunktion** eines Verkaufsportals oder für eine Internet-Suchmaschine verwendet wird?
(vgl. OLG München, 12.05.2016 – «Ortlieb»)

Markenrechtsverletzung

1. Kennzeichenmässiger Gebrauch

- Das Abwehrrecht des Markeninhabers gemäss Art. 13 Abs. 2 MSchG erfasst jeden kennzeichenmässigen (und gewerbsmässigen) Gebrauch.
- Der kennzeichenmässige Gebrauch tangiert die **Unterscheidungsfunktion** einer Marke abstrakt, d.h. es genügt die assoziative Verbindung eines Zeichens mit einem bestimmt Objekt oder Subjekt.
- Damit die assoziative Verbindung hergestellt werden kann, muss das benützte Zeichen **wahrnehmbar** sein:
 - Keine **visuelle** Wahrnehmbarkeit.
 - Wahrnehmbarkeit durch **gedankliche Verarbeitung**: Wer nach «A» sucht und «B» findet, assoziiert «B» mit «A».
 - Der Umstand, dass die Anzeige von den natürlichen Suchergebnissen getrennt **als «Werbung» gekennzeichnet** erscheint und von der Mehrheit der Nutzer auch als solche wahrgenommen wird, zerstört den kennzeichenmässigen Gebrauch gerade nicht (Art. 13 Abs. 2 lit. e MSchG).

Markenrechtsverletzung

2. Verwechselbarkeit

- Gebrauch von mit der Marke **identischer oder ähnlicher Zeichen** als Keyword.
- Anzeige für gleiche oder gleichartige Waren und Dienstleistungen (**Spezialitätsprinzip**).
- Keine Verwechslungsgefahr bei **Doppelidentität** erforderlich (Art. 3 Abs. 1 lit. a MSchG).
- Bei Verwendung eines Keywords für **gleichartige Waren- oder Dienstleistungen** (Art. 3 Abs. 1 lit. b MSchG) muss die Verwechslungsgefahr primär auf der **Ebene der Werbeanzeige** geprüft werden.
- Bei Verwendung eines Keywords für **ähnliche Zeichen** (Art. 3 Abs. 1 lit. c MSchG) ist primär der **Zeichenvergleich** massgebend; dies gilt auch, wenn ein «weitestgehend passendes» Keyword gebucht wird.
- Die Verwechslungsgefahr beurteilt sich letztlich aber immer anhand der **Wechselwirkung** von Keyword und Inhalt der Werbeanzeige:
 - Wenn das Keyword in der Werbeanzeige **erscheint**, ist die Gefahr betrieblicher **Fehlzurechnungen** zu prüfen.
 - Wenn das Keyword in der Werbeanzeige **nicht vorkommt**, steht eine **assoziative Verwechslungsgefahr** («Ersatz für», «gleich gut wie») im Vordergrund.

Markenrechtsverletzung

3. Schranken (und ihre Schranken)

- Wer rechtmässig in Verkehr gebrachte Markenware weiterverkauft (**Erschöpfung**) oder auf die **Bestimmung seiner eigenen Leistung** hinweist, darf die fremde Marke in seiner Werbung verwenden.
- Somit ist keine Markenrechtsverletzung gegeben, wenn in der Werbung auf die **korrekte betriebliche Herkunft** hingewiesen wird:
 - Verwendung eines Keywords zur Bewerbung des eigenen Angebots an fremder Markenware (**Wiederverkäufer**), von fremden Dienstleistungen (**Vermittler**) oder eines **Ersatzteil- und Servicegeschäfts** ist zulässig.
- Eine Markenrechtsverletzung liegt aber vor, wenn das die fremde Marke wiedergebende Keyword (mit dem der Nutzer i.d.R. gerade nach dem betreffenden Markenprodukt sucht) einzig als **Lotse** verwendet wird, um die Aufmerksamkeit **auf konkurrierende Produkte** zu lenken:
 - Verwendung eines Keywords primär zur Bewerbung einer **Substitutionsmöglichkeit** beeinträchtigt die Herkunftsfunktion der Marke und ist damit verletzend.

Besonderheiten bei Online-Marktplätzen und internen Suchfunktionen

Kriterium	Online-Marktplatz – Internet-Suche (Beispiel: «eBay»)	Verkaufsportal – Interne Suchfunktion (Beispiel: «Amazon»)
Kennzeichenmässiger Gebrauch	Unabhängig von der Wiedergabe des Keywords in der Anzeige gegeben.	Unabhängig von der Wiedergabe des Keywords in der Anzeige gegeben.
Gewerbsmässiger Gebrauch	Gegeben.	Gegeben.
Bezug zu Waren/Dienstleistungen	<ul style="list-style-type: none"> - Hinweis auf Online-Marktplatz: nicht gegeben (ausg. berühmte Marke). - Hinweis auf über den Online-Marktplatz zum Verkauf angebotene Waren/Dienstleistungen: gegeben. 	Gegeben.
Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion	Nicht gegeben; es spielt entgegen der Auffassung des EuGH keine Rolle, dass der Nutzer nicht weiss, wer die Verkäufer sind.	<ul style="list-style-type: none"> - Nicht gegeben, wenn u.a. die mit dem Keyword bezeichneten Markenprodukte beworben werden. - Gegeben, sofern ausschliesslich Drittprodukte beworben werden.

Keyword Advertising und UWG

1. Herkunftstäuschung

- Der Tatbestand (Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG) erfordert (im Gegensatz zur Markenrechtsverletzung bei Doppelidentität) stets das Schaffen einer **Verwechslungsgefahr**.
- Der Tatbestand sanktioniert «**Massnahmen**», die geeignet sind, Verwechslungen herbeizuführen. Damit ist die Verwechslungsgefahr (auch bei Doppelidentität) im Kontext der gesamten Ablaufkette – von der Buchung des Keywords bis zur konkreten Wiedergabe der Werbeanzeige – zu prüfen.
- Die Verwechslungsgefahr ist gegeben, wenn der **Eindruck** entstehen kann, die Werbeanzeige weise auf die Waren oder Dienstleistungen der Kennzeicheninhaberin oder eines mit ihr **wirtschaftlich verbundenen** Unternehmens hin:
 - Wenn das **Keyword** in der Anzeige **wiedergegeben** wird, besteht ggf. eine Verwechslungsgefahr.
 - Wenn das **Keyword** in der Anzeige **nicht erscheint**, ist aufgrund der klaren Markierung der Anzeige als Werbung für Produkte anderer Herkunft eine betriebliche Fehlzurechnung i.d.R. zu verneinen. Eine assoziative Verwechslungsgefahr beurteilt sich nach Abs. 1 lit. e.

Keyword Advertising und UWG

2. Vergleichende Werbung

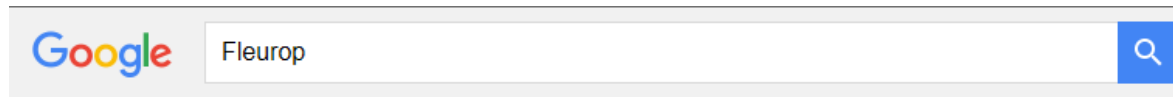
- Der Tatbestand (Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG) erfordert einen direkten oder zumindest erkennbaren **anlehnenden Vergleich** mit einem anderen Anbieter oder dessen Leistungen.
- Die Äusserung eines Werbenden, Produkte **für den gleichen Bedarf** anzubieten wie ein Wettbewerber, ist nicht unlauter, wenn sich die beiden Angebote deutlich voneinander abgrenzen.
- Beim Keyword Advertising findet die **Anlehnung einzig auf der Zeichenebene**, nicht aber auf der Leistungsebene statt. Eine lauterkeitsrechtlich verpönte Botschaft à la «gleich gut wie» oder «Ersatz für» wird damit auf den ersten Blick nicht überbracht.
- Die Verwendung eines fremden Zeichens als **Keyword**, welches **mit der fremden Leistung assoziiert** wird, vermag dennoch eine unlautere Rufausbeutung zu bewirken, wenn damit der Nutzer «abgefangen» werden soll:
 - Wenn die Werbeanzeige **ausschliesslich** dazu bestimmt ist, den Nutzer auf ein **konkurrierendes Angebot** zu lotsen (Beispiel «CRUMPLER»), ist die Verwendung des fremden Zeichens als Keyword i.d.R. unlauter.
 - Wenn die Werbeanzeige auf ein Angebot von **Produkten unterschiedlicher Herkunft** (inkl. des mit dem Keyword assoziierten Produkts) hinweist, liegt i.d.R. keine Unlauterkeit vor.

Keyword Advertising und UWG

3. Rufausbeutung

- Der Tatbestand (subsumiert unter die Generalklausel von Art. 2 UWG) erfordert einen **Imagetransfer**, der sich wettbewerbsstörend auswirkt, indem die mit einer fremden Leistung verbundenen Wertvorstellungen auf einen Dritten übertragen werden. Das fremde Zeichen verfügt somit regelmässig über einen **erhöhten Bekanntheitsgrad** und entsprechenden Werbewert.
- Die **Vergleichbarkeit** der Angebote ist (im Gegensatz zur unlauteren Anlehnung) **nicht erforderlich**.
- Eine derartige Rufausbeutung ist im Keyword Advertising **unwahrscheinlich**:
 - Keyword Advertising dient dazu, kennzeichenspezifisches Suchverhalten im Internet für zielgenaue, auf das vom Nutzer artikulierte Bedürfnis ausgerichtete Werbung oder Angebote nutzbar zu machen (**«Pull»-Marketing**).
 - Bei einem Imagetransfer auf ein nicht-vergleichbares Angebot geht demgegenüber die Initiative regelmässig vom Werbenden aus (**«Push»-Marketing**). Die Verwendung eines Keywords für eine Anzeige, die mit der Erwartung des Nutzers an die Ergebnisse seiner Suche nichts zu tun hat, würde nicht einen Imagetransfer bewirken, sondern höchstens Verwirrung stiften.

Keyword Advertising Schlussbetrachtungen



Page 2 of about 2.010.000 results (0,36 seconds)

Rote Rosen zu Händler Preisen - 10 Rote Rosen für Fr. 41.-

Ad www.rosengruss.ch/

Die schönsten Rosen der Schweiz zu Händlerpreisen. Jetzt bestellen.

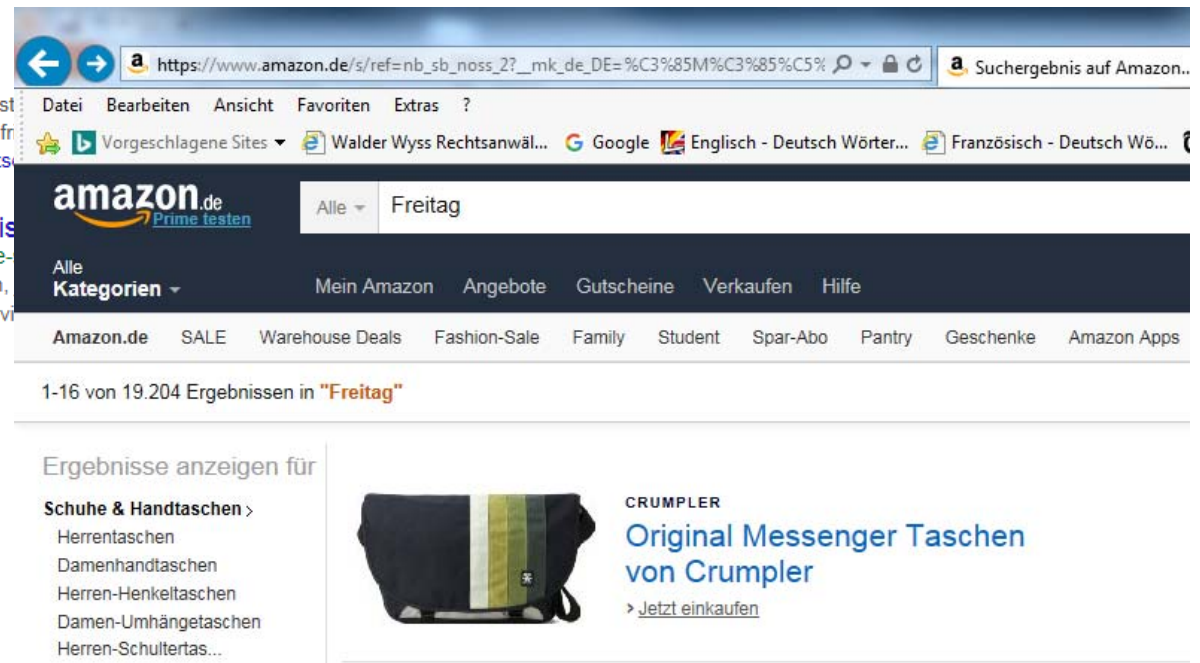
Euroflorist Blumen ab €14 - euroflorist.de

Ad www.euroflorist.de/

10%-Rabattcode EF14 auf Blumen bei 2000 unabhängigen Floristen
Ihre 100% Zufriedenheit · Blumen zu Top-Preisen · Frische + Zufriedenheit
Geburtstagsblumen · Romantische Blumengrüße · Unsere Besten

Blumen & Fleurop Online-Shop - Leutwyler Floristik

<https://leutwyler-floristik.ch/...fleurop.../blumen-fleurop-online->
Fleurop überbringt weltweit Botschaften von Mensch zu Mensch, erstklassiger Qualität, höchste Kreativität und persönlichem Service



Keyword Advertising

Judikatur und Literatur (Backup)

Urteile (CH und EU):

- KGer LU, sic! 2015, 392 – *Aquaterra Travel*
- OGer TG, sic! 2012, 387 – *Ifolor*
- OLG München, 12.05.2016 – 29 U 3500/15 – *Ortlieb*
- EuGH, C-236 bis 238/08 – *Google France* (ECLI:EU:C:2010:159)
- EuGH, C-278/08 – *BergSpechte* (ECLI:EU:C:2010:163)
- EuGH, C-558/08 – *Portakabin* (ECLI:EU:C:2010:416)
- EuGH, C-91/09 – *bananabay* (ECLI:EU:C:2010:174)
- EuGH, C-323/09 – *Interflora* (ECLI:EU:C:2011:604)
- EuGH, C-324/09 – *eBay* (ECLI:EU:C:2011:474)
- EuGH, C-523/10 – *Wintersteiger* (ECLI:EU:C:2012:220)

Literatur (CH):

- ABEGG BARBARA, Der Gebrauch fremder Marken im Geschäftsverkehr, Diss. BE, Bern 2013
- BÜHLER GREGOR, Meta-Tags, Keywords und andere Mittel der Suchmaschinen-Optimierung – eine Momentaufnahme aus immaterialgüter- und wettbewerbsrechtlicher Sicht, in: Arter Florian S./Jörg Oliver (Hrsg.), Internet-Recht und Electronic Commerce Law 9, Bern 2007, 43–69.
- DAY STEFAN, Kennzeichenrechtsverletzungen durch Metatags, AJP 1998, 1463–1482.
- KOHLI THOMAS, Keine Markenrechtsverletzung durch Google AdWords, sic! 2009, 629–635
- NEVERAUSKAS GRIEDE, Markennutzung bei Keyword-Advertising in Vertriebsverhältnissen, Diss. ZH, Zürich 2016.
- REINLE MICHAEL/OBRECHT MATTHIAS, Markenrechtsverletzungen durch Google AdWords, sic! 2009, 112–121.
- RIVARA IRÈNE, Keyword advertising: développements récents au regard du droit des marques, AJP 2012, 1546–1566.