

OGH Urteil vom 20.12.2011, 17 Ob 22/11a – *Wetter at/wetter.tv*



Fundstellen: jusIT 2012/25, 59 (*Thiele*) = wbl 2012/89, 235

Eine Domain (*wetter.at*), die weder als Marke geschützt noch über eine ausreichende Verkehrsgeltung und damit Schutz nach § 9 Abs 3 UWG verfügt, ist gegen eine Zeichenverletzung durch die Verwendung des Zeichens als Schlüsselwort in der Werbung (hier: „Wetter at“ als Google AdWords Titel) für identische Dienstleistungen nicht geschützt.

Leitsatz verfasst von Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Präsidentin Hon.-Prof. Dr. Griss als Vorsitzende und die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei M***** GmbH, *****, vertreten durch Zöchbauer Frauenberger Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei U***** GmbH, *****, vertreten durch Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH in Wien, sowie der Nebenintervenientin auf Seiten der beklagten Partei A***** GmbH, *****, vertreten durch Dr. Herbert Harlander, Rechtsanwalt in Salzburg, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert 36.000 EUR), über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 27. April 2011, GZ 2 R 60/11z-13, womit das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 9. Jänner 2011, GZ 11 Cg 137/10z-7, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben. Die Klägerin ist schuldig, der Beklagten die mit 1.959,48 EUR (darin enthalten 326,58 EUR USt) und der Nebenintervenientin die mit 1.961,64 EUR (darin enthalten 326,94 EUR USt) bestimmten Kosten der jeweiligen Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin ist Inhaberin der Domain *www.wetter.at*. Sie betreibt unter dieser Domain eine Website, auf welcher Wetterinformationen abrufbar gehalten werden. Die Website der Klägerin verzeichnet 100.000 bis 200.000 Zugriffe pro Tag. Die Beklagte ist Inhaberin der Domain *www.wetter.tv*, auf der ebenfalls Wetterinformationen bereitgehalten werden. Die Nebenintervenientin, ein Internetmarketingunternehmen, schaltete für die Beklagte eine Google AdWords Anzeige.

Die Anzeige erschien im Werbeblock rechts von der Trefferliste, wenn Suchwörter wie "mobiles Portal *wetter.at*" in die Google-Suchmaske eingegeben wurden:

Klickte der Nutzer die mit "Wetter at" überschriebene Anzeige an, so gelangte er auf die Website der Beklagten, die unter der Domain *www.wetter.tv* betrieben wird.

Die Klägerin begehrt, die Beklagte zu verpflichten, es im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, die Website *www.wetter.tv* mit dem Hinweis "Wetter at" und/oder sinnlichen Hinweisen zu bewerben, in eventuelle insbesondere als Google AdWord-Anzeige, so dadurch der Eindruck erweckt wird, man würde durch Anklicken der entsprechenden Anzeige auf die Website *www.wetter.at* gelangen. Die Klägerin stellt auch ein Urteilsveröffentlichungsbegehren.

Die Anzeige sei irreführend. Der Nutzer nehme an, durch Anklicken der Anzeige auf die Website der Klägerin zu gelangen; statt dessen komme er auf die Website der Beklagten. Die beteiligten Verkehrskreise brächten die Website www.wetter.at mit dem Unternehmen der Klägerin in Verbindung. Die Beklagte verwende den Hinweis "Wetter at", um die Klägerin in ihrem Marktauftritt zu behindern. Gleichzeitig verschaffe sie sich einen Vorteil, indem sie Internetnutzer auf ihre Website umleite. Der Unterlassungsanspruch sei insbesondere nach §§ 1 und 2 UWG begründet.

Die Beklagte beantragt, das Klagebegehren abzuweisen. Sie sei nicht passiv legitimiert. Die Nebenintervenientin habe die Anzeige weisungsfrei und nach eigenem Gutdünken gestaltet. Zudem sei die Überschrift "Wetter at" von Google automatisch generiert worden. Die Domain der Klägerin sei nicht unterscheidungskräftig und daher nicht geschützt. Die Top-Level-Domain .at sei aus kennzeichenrechtlicher Sicht unbeachtlich, sodass nur das Zeichen "Wetter" - eine rein beschreibende und generische Angabe - übrig bleibe. Versage aber der Kennzeichenschutz mangels (ausreichender) Unterscheidungskraft, könne dies nicht durch Anwendung des § 2 UWG unterlaufen werden. Eine Irreführung sei auch deshalb auszuschließen, weil aus der Anzeige deutlich hervorgehe, dass sie auf die Website www.wetter.tv verweise. Zudem sei den beteiligten Verkehrskreisen bekannt, dass auf www.google.at rechts neben den natürlichen Suchergebnissen unter der Rubrik "Anzeigen" Werbung und Informationen zu anderen als den gesuchten Websites aufscheinen können. In den natürlichen Suchergebnissen werde die Website der Klägerin ohnehin an erster Stelle angegeben. Damit sei ein optimaler Marktauftritt der Klägerin gewährleistet, sodass auch von einer unlauteren Behinderung durch die Beklagte keine Rede sein könne.

Die Nebenintervenientin wandle ein, das bei Google in Auftrag gegebene Keyword habe lediglich "Wetter" gelautet. Der Wettbewerb könne nicht beeinflusst werden, weil der Link der Beklagten nur von durchschnittlich 5,5 Nutzern pro Tag angeklickt werde, während die Website der Klägerin 100.000 bis 200.000 Zugriffe pro Tag zu verzeichnen habe.

Das *Erstgericht* wies die Klage ohne Aufnahme von Beweisen ab. Es bejahte die Passivlegitimation der Beklagten, verneinte jedoch eine Irreführung nach § 2 UWG. Das nach seinem Gesamteindruck zu beurteilende Inserat verweise eindeutig auf die Website der Beklagten. Die Platzierung eines Inserats mit dem Hinweis "Wetter at" könne auch nicht zu einer maßgeblichen Nachfrageverlagerung zu Lasten der Beklagten führen. Es liege auch keine unlautere Behinderung vor, weil sich die Beklagte keineswegs zwischen die Klägerin und den Kunden dränge und auch nicht vorgetäuscht werde, dass ein Konsument durch Anklicken des Inserats der Beklagten auf die Website der Klägerin gelangen könne. Aus dem Inserat gehe deutlich hervor, dass der Link zur Website www.wetter.tv und nicht zur Website www.wetter.at führe.

Das *Berufungsgericht* bestätigte die Entscheidung. Es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision zulässig sei, weil höchstgerichtliche Rechtsprechung zur lauterkeitsrechtlichen Beurteilung vergleichbarer "anlehnender" Werbemaßnahmen durch Nutzung der Arbeitsweise von "Suchmaschinen" im Internet fehle.

Die Klägerin habe sich nicht auf einen Missbrauch von Unternehmenskennzeichen iSd § 9 Abs 3 UWG gestützt. Es sei auch keine - angesichts des Freihaltebedürfnisses für "Wetter" hohe - Verkehrsgeltung für den die Dienstleistung beider Streitparteien kennzeichnenden Begriff zugunsten der Klägerin erwiesen, wenn man nicht überhaupt davon ausgehen müsse, dass ein Kennzeichenschutz aufgrund eines absoluten Freihaltebedürfnisses ausscheide. Ein ergänzender Schutz nach § 1 UWG komme nur in Betracht, wenn im Einzelfall zusätzliche Umstände hinzutreten, die die Annäherung an das fremde Kennzeichen als eine unlautere

Werbemaßnahme erscheinen lassen. Fehle aber einem Begriff die Unterscheidungskraft oder sei die Kennzeichnungskraft nicht sehr ausgeprägt, dann mangle es schon an den objektiven Voraussetzungen eines solchen Wettbewerbsverstoßes. Auch wenn die Anzeige der Beklagten die Überschrift "Wetter at" trage, lasse sie nach dem Gesamteindruck keinen Zweifel daran, dass es sich dabei um eine - räumlich von den Suchergebnissen abgegrenzte - Anzeige handle, während als erster "Treffer" ein Hinweis auf die Domain der Klägerin aufscheine. Nach dem Erscheinungsbild werde unmissverständlich deutlich, dass es sich um unterschiedliche Angebote handle und dem Interessenten die Wahl bleibe, ob er sich für das Angebot der Klägerin oder jenes der Beklagten entscheide. Das Vorbringen der Klägerin sei nicht nachvollziehbar, wonach das Inserat nicht als "Fremdanzeige" erkennbar wäre und sich die Beklagte zwischen das Angebot der Klägerin und den Interessenten dränge. Jedenfalls liege kein Fall eines unlauteren Abfangens im Sinne der wettbewerbsrechtlichen Judikatur vor. Die Beklagte betreibe unter Verwendung nicht sondergesetzlich geschützter Zeichen "Gegenwerbung" bewusst in räumlicher Nähe zur Werbung eines Mitbewerbers mit dem Ziel, den Verbraucher auf das eigene Angebot hinzulenken. Derartige Maßnahmen seien lauterkeitsrechtlich zulässig. Mit dem der Entscheidung 17 Ob 3/10f - Bergspechte zugrundeliegenden Sachverhalt sei der vorliegende Fall nicht vergleichbar. In 17 Ob 3/10f hätten die verwendeten Suchworte ein hohes Maß an Originalität aufgewiesen und die angebotenen Dienstleistungen nicht beschrieben. Es habe daher für den Internetnutzer nahe gelegen, eine Verbindung zwischen Anzeige und Treffer anzunehmen. "Wetter" und "at" wirkten hingegen nicht als Herkunftshinweis. Damit habe sich ein noch deutlicherer Hinweis erübrigt, dass sich die Anzeige auf www.wetter.tv beziehe.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Revision der Klägerin. Die *Revision* ist aus den vom Berufungsgericht angeführten Gründen *zulässig*; sie ist aber *nicht berechtigt*.

1. Der Inhaber eines Unternehmens kann wegen einer nach den §§ 1, 1a, 2, 2a, 7, 9, 9a, 9c, 10 Abs 1, 11 Abs 2 und 12 unzulässigen Handlung auch dann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wenn die Handlung im Betrieb seines Unternehmens von einer anderen Person begangen worden ist. Dabei kommt es entscheidend darauf an, ob der Unternehmensinhaber aufgrund seiner Beziehung zum Handelnden die rechtliche Möglichkeit hat, den Wettbewerbsverstoß zu verhindern (stRsp RIS-Justiz RS0079809). Das trifft für die Beziehung zwischen Auftraggeber und Werbeagentur regelmäßig zu (4 Ob 394/76 = SZ 49/147). Denn die Werbeagentur wird aufgrund eines Auftrags tätig, Werbemaßnahmen zu gestalten. Für im Zusammenhang damit begangene unzulässige Handlungen hat der Auftraggeber auch dann einzustehen, wenn er Inhalt und Form der Werbung nicht im Einzelnen festlegt oder sogar ausdrücklich auf inhaltliche Vorgaben verzichtet (vgl zur Unerheblichkeit der Weisungsbefugnis für die Haftung des Geschäftsherrn für Fehlverhalten des Erfüllungsgehilfen RIS-Justiz RS0121746). Auch wenn der Auftraggeber damit dem Werbeunternehmer freie Hand lässt, hat er die rechtliche Möglichkeit, unzulässige Handlungen abzustellen und zwar jedenfalls dadurch, dass er den Auftrag entzieht. Diese Möglichkeit stünde ihm nur dann nicht offen, wenn die unzulässige Werbung auftragsgemäß wäre; in diesem Fall hätte er aber schon aufgrund der Erteilung des Auftrags dafür einzustehen.

2. Die Klägerin behauptet, der Internetnutzer werde durch die Gestaltung der Anzeige irreführt. Durch die Überschrift werde der Eindruck erweckt, es handle sich um eine Anzeige der Klägerin oder eines mit ihr verbundenen Unternehmens. Die Klägerin stützt ihren Anspruch damit auf § 2 Abs 3 Z 1 UWG. Danach gilt eine Geschäftspraktik als irreführend, wenn sie die wirtschaftliche Entscheidung eines Marktteilnehmers beeinflussen kann und "eine Verwechslungsgefahr mit einem Produkt oder Unternehmenskennzeichen eines Mitbewerbers begründet" (17 Ob 14/10y - relaxx.at). Verwechslungsgefahr kann nur

entstehen, wenn der Mitbewerber für sein Unternehmenskennzeichen oder die Ausstattung seines Produkts Verkehrsgeltung erlangt hat, denn nur dann kann der Durchschnittsverbraucher das Zeichen oder die Ausstattung als Hinweis auf ein anderes (bestimmtes) Unternehmen sehen (17 Ob 26/11i - Flair-Reisen).

3. Die Klägerin behauptet nicht, für www.wetter.at Verkehrsgeltung erlangt zu haben; sie behauptet eine "gewisse Bekanntheit" und verweist darauf, dass die Website zwischen 100.000 und 200.000 Zugriffe pro Tag verzeichne. Weder behauptet noch festgestellt ist aber, dass diese Zugriffe auf die Eingabe von www.wetter.at in den Browser zurückzuführen wären und dass die Nutzer damit gezielt die Website der Klägerin aufsuchten. Angezeigt wird die Website der Klägerin auch dann, wenn die Nutzer etwa "Wetter" oder "Wetter Österreich" in eine Suchmaschine eingeben. Auch in diesen Fällen werden Nutzer die Website der Klägerin aufsuchen; aus der (hohen) Zahl der Zugriffe allein kann daher nicht abgeleitet werden, dass www.wetter.at als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen verstanden werde und damit Verkehrsgeltung erreicht habe. Wird aber www.wetter.at nicht als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen verstanden, so trifft dies umso mehr auf "Wetter at" zu; damit scheidet eine Irreführung über die Zuordnung des Inserats der Beklagten von vornherein aus.

4. Ein unlauteres Verhalten nach § 1 UWG erblickt die Klägerin darin, dass sich die Beklagte ohne hinreichenden Grund an ihr Zeichen "angelehnt" habe. Die Beklagte habe - offenbar bewusst - in Kauf genommen, dass auch bei der Suche nach "wetter.at" bzw einem mobilen Portal von "wetter.at" ihr Inserat aufscheine. Sie habe darüber hinaus zu verantworten, dass dieses Inserat mit einem Blickfang ausgestattet sei, der den durchschnittlichen Betrachter glauben lasse, er erreiche bei Anklicken der Werbung die Website www.wetter.at.

5. Der ergänzende lauterkeitsrechtliche Schutz eines Unternehmenskennzeichens nach § 1 UWG kommt nur dann in Betracht, wenn es im Einzelfall zusätzliche Umstände gibt, die die Annäherung an ein fremdes Kennzeichen als unlautere Werbemaßnahme erscheinen lassen. Die Anlehnung müsste etwa ohne hinreichenden Grund in der verwerflichen Absicht vorgenommen worden sein, Verwechslungen herbeizuführen oder den Ruf des anderen Unternehmens zu beeinträchtigen oder auszunutzen (RIS-Justiz RS0114533).

6. Der Klägerin ist zuzugeben, dass sich das Inserat der Beklagten durch die Wahl der Überschrift in einem gewissen Maß der Domain der Klägerin annähert. Die Überschrift unterscheidet sich von der Domain zwar sowohl durch den großen Anfangsbuchstaben von "Wetter" und das Fehlen des Punktes zwischen "Wetter" und "at", die Verbindung beider Begriffe mag aber einen Teil der Internetnutzer an eine Domain denken lassen. Daraus folgt aber noch nicht, dass der durchschnittliche Nutzer glauben könnte oder gar glauben müsste, bei Anklicken der Werbung auf die Website der Klägerin oder eines mit ihr verbundenen Unternehmens zu gelangen. Denn dazu müsste er www.wetter.at als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen kennen; dies hat die Klägerin aber - wie oben dargelegt - weder behauptet noch bewiesen.

7. Unlauter ist das Verhalten der Beklagten auch nicht schon deshalb, weil sie es "in Kauf genommen hat", dass das Inserat der Beklagten bei Eingabe von "wetter.at" oder "mobiles Portal von wetter.at" aufscheint. Daraus lässt sich noch nicht die "verwerfliche Absicht" ableiten, Verwechslungen herbeizuführen oder den Ruf des anderen Unternehmens zu beeinträchtigen oder auszunutzen; ein Vorhaben, das im Übrigen schon daran scheitern müsste, dass www.wetter.at mangels Verkehrsgeltung nicht als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen verstanden wird, mit dem die Website der Beklagten verwechselt oder dessen Ruf beeinträchtigt oder ausgenutzt werden könnte.

8. Die Klägerin verweist auf die Entscheidung 17 Ob 3/10f - Bergspechte. Der dieser Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt unterscheidet sich vom gegenständlichen Fall insoweit, als dort die Irreführung anhand einer eingetragenen Marke mit starker Kennzeichnungskraft zu beurteilen gewesen sei. Es könne daraus nicht abgeleitet werden, dass die Verwendung eines mit dem Konkurrenzzeichen identischen Zeichens ([wetter at](http://wetter.at)

[richtig: Wetter at] = wetter.at) zulässig wäre. Dass der Schutzbereich stärkerer Zeichen weiter sei, vermöge nämlich nicht zu begründen, dass andere Kennzeichen in identischer Form für die Bewerbung konkurrierender Dienstleistungen verwendet werden dürfen.

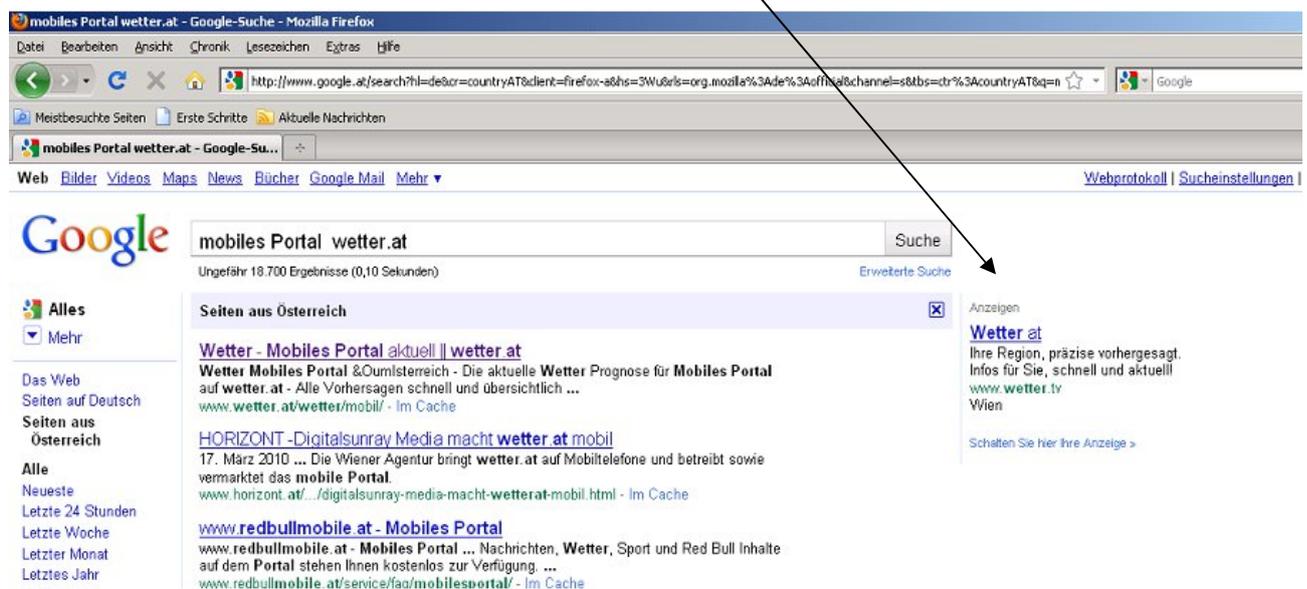
9. Die Klägerin verkennt damit den Inhalt der Entscheidung 17 Ob 3/10f ganz grundlegend: In 17 Ob 3/10f geht es um die Frage, ob eine Marke verletzt wird, wenn ein ihr ähnliches Zeichen als Schlüsselwort in der Werbung für identische Dienstleistungen verwendet wird. Die Domain www.wetter.at ist hingegen weder als Marke geschützt noch hat die Klägerin dafür Verkehrsgeltung und damit Schutz nach § 9 Abs 3 UWG erreicht. Die Frage einer Zeichenverletzung durch die Verwendung des Zeichens als Schlüsselwort stellt sich daher nicht.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41, 50 ZPO.

Anmerkung*

I. Das Problem

Die spätere Klägerin war Inhaberin der Domain „wetter.at“ und betrieb unter der zugehörigen Website mit der Adresse <http://www.wetter.at> in kommerzieller Weise einen Wetterinformationsdienst. Die Website der Klägerin verzeichnete 100000 – 200000 Zugriffe pro Tag. Die Beklagte war Inhaberin der Domain „wetter.tv“ und bot auf der zugehörigen Website mit der URL <http://www.wetter.tv> ebenfalls in kommerzieller Weise Wetterinformationen dar. Die dem Verfahren beigezogene Nebenintervenientin war ein Internetmarketingunternehmen, das auf Suchmaschinenoptimierung spezialisiert war. Die Nebenintervenientin schaltete für die Beklagte eine sog. „GoogleAdWords-Anzeige“. Bei dieser Art von Werbung erschien im Werbeblock rechts der Trefferliste, wenn Suchwörter wie z.B. „mobiles Portal wetter.at“ in die Google-Suchmaske eingegeben wurden, eine als Anzeige gekennzeichnete Einschaltung:



The screenshot shows a Google search interface in Mozilla Firefox. The search query is "mobiles Portal wetter.at". The search results are filtered for "Seiten aus Österreich". The top result is an advertisement for "Wetter.at" with the text: "Wetter.at Ihre Region, präzise vorhergesagt. Infos für Sie, schnell und aktuell www.wetter.tv Wien". A black arrow points from the text above to the advertisement in the search results.

Klickte der Nutzer die mit „Wetter at“ betitelte Anzeige an, so gelangte er auf die Website der Beklagten unter <http://www.wetter.tv>.

* RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), Anwalt.Thiele@eurolawyer.at; Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

Die Klägerin beehrte ein Unterlassungsverbot für diese Art von Werbung von der beklagten Partei und stellte auch ein Urteilsveröffentlichungsbegehren. Die Anzeige wäre nämlich irreführend, sodass der Unterlassungsanspruch aus den §§ 1 und 2 UWG begründet wäre. Die Beklagte wandte zunächst mangelnde Passivlegitimation ein, da die Nebenintervenientin die Werbung gestaltet hatte. Davon abgesehen fehlte es an Verwechslungsgefahr, weil das klägerische Zeichen „Wetter“ rein beschreibend und eine generische Angabe wäre. Die Nebenintervenientin wandte ein, das bei der Google Suchmaschine angegebene „Keyword“ lediglich „Wetter“, nicht hingegen „Wetter at“ gelautet hatte. Eine allfällige Irreführung wäre auch nicht spürbar, weil über die beanstandete Anzeige der Beklagten bei Google auf ihre Website lediglich 5,5 Nutzer pro Tag geleitet würden. Dieser „Überlaufverlust“ von 5,5 Nutzern pro Tag falle bei den hunderttausenden Nutzern der Klägerin überhaupt nicht ins Gewicht.

Das Erstgericht wies die Klage ohne weitere Beweisaufnahme ab und verneinte eine Irreführung nach § 2 UWG. Das Berufungsgericht bestätigte, ließ jedoch die ordentliche Revision zu. Das Höchstgericht hatte sich daher letztlich mit der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung dieser Art von „anlehrender“ Online-Werbung durch Nutzung der Arbeitsweise von Suchmaschinen im Internet zu befassen.

II. Die Entscheidung des Gerichts

Der OGH bestätigt die Klagsabweisung der Unterinstanzen. Die Höchststrichter bejahten zunächst die Passivlegitimation, da die beklagte Partei als Auftraggeberin der als Werbeagentur zu betrachtenden Nebenintervenientin die rechtliche Möglichkeit hatte, den (allfälligen) Wettbewerbsverstoß zu verhindern. Passivlegitimiert für lauterkeitsrechtliche Ansprüche ist immer derjenige, der die rechtliche Möglichkeit hat, unzulässige Handlungen abzustellen und zwar jedenfalls dadurch, dass er den Auftrag entzieht. Diese Möglichkeit stünde ihm nur dann nicht offen, wenn die unzulässige Werbung auftragsgemäß wäre; in diesem Fall hätte er aber schon aufgrund der Erteilung des Auftrages dafür als unmittelbarer Täter einzustehen.

Die Irreführungseignung der Gestaltung der Anzeige nach § 2 Abs 3 Z 1 UWG verneinte der OGH. Verwechslungsgefahr iS der genannten Bestimmung könnte nur entstehen, wenn der Mitbewerber für sein Unternehmenskennzeichen oder die Ausgestaltung seines Produktes Verkehrsgeltung erlangt hätte, denn nur dann kann der Durchschnittsverbraucher das Zeichen oder die Ausstattung als Hinweis auf ein anderes (bestimmtes) Unternehmen sehen. Letztlich verneinte der OGH auch ein unlauteres Verhalten nach § 1 UWG durch „Anlehen“ ohne hinreichenden Grund. Die durchschnittlichen Internetnutzer konnten nicht davon ausgehen, bei Anklicken der Anzeigenwerbung auf die Website der Klägerin oder eines mit ihr verbundenen Unternehmens zu gelangen. Der Ruf des klägerischen Unternehmens wurde weder beeinträchtigt noch ausgenutzt. Auch hier lag die entscheidende Begründung darin, dass weder die Domain noch die Website der Klägerin mangels Verkehrsgeltung als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen verstanden wurde, mit dem die Website der Beklagten verwechselt oder dessen Ruf beeinträchtigt oder ausgenutzt werden könnte.

III. Kritische Würdigung und Ausblick

Bemerkenswert am vorliegenden Urteil ist vor allem die Abgrenzung zur kennzeichenverletzenden GoogleAdWords-Werbung.¹ Die Frage einer Zeichenverletzung durch Verwendung des Zeichens als Schlüsselwort stellt sich für die Höchststrichter gar nicht,

¹ OGH 21.6.2010, 17 Ob 3/10f – *Bergspechte III*, wbl 2010/227, 599 = jusIT 2010/81, 174 (*Thiele*) = ecolex 2010/367, 976 (*Schumacher*) = ÖBl-LS 2010/175/184/199 = MR 2010, 340 = RdW 2010/732, 724; dazu *Wukoschitz*, Keyword Advertising – „Bergspechte“ – nun vom OGH entschieden, ecolex 2010, 972.

weil es an der originären Unterscheidungskraft oder schlichten Kennzeichnungskraft der Domain bzw. zugehörigen Internetadresse und damit dem entscheidenden Anzeigeschlagwort gefehlt hat. Während es in dem Fall der *Bergspechte*² um die Frage gegangen ist, ob eine Marke verletzt wird, wenn ein ihr ähnliches Zeichen als Schlüsselwort in der Werbung für identische Dienstleistungen verwendet wird, lässt sich aus der hohen Zahl der Zugriffe allein im gegenständlichen Fall nicht ableiten, dass „Wetter at“ als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen verstanden werde und damit Verkehrsgeltung erreicht hätte.³ Da die Domain selbst „Wetter.at“ nicht als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen verstanden worden ist, konnte auch die Anzeigenüberschrift „Wetter at“ nicht als irreführend angesehen werden oder eine Zuordnung des Inserats der Beklagten an die Klägerin oder deren Unternehmen bewirken.

Ausblick: Das vorliegende Urteil bedeutet (auch) für Domainstreitigkeiten einmal mehr, dass mangels originärer Kennzeichnungskraft eine Irreführung nach § 2 UWG oder eine sonstige unlautere Handlung, z.B. wegen Rufausbeutung, immer dann ausscheidet, wenn das angebliche verwechslungsgefährlich verwendete Zeichen nicht über originäre Unterscheidungskraft verfügt. In derartigen Fällen ist idR ein auch ein Domain-Grabbing ausgeschlossen, da auch dafür ein kennzeichenrechtlicher Schutz des als Domain verwendeten Zeichens und damit Verkehrsgeltung vorausgesetzt wird bei bloß beschreibenden Begriffen.⁴

IV. Zusammenfassung

Die Unzulässigkeit der Verwendung eines Zeichens als Schlüsselwort für eine GoogleAdWords-Werbung ist nur bei Verwechslungsgefahr gegeben. Diese kann sowohl in lauterkeitsrechtlicher als auch in markenrechtlicher Hinsicht nur dann anzunehmen sein, wenn das Zeichen eine originäre Unterscheidungskraft aufweist, oder – bei Verwendung von generischen Begriffen – zumindest Verkehrsgeltung zugunsten eines bestimmten Unternehmens erreicht hat.

² Instruktiv OGH 20.5.2008, 17 Ob 3/08b – *Bergspechte I*, RdW 2008/459, 501 = ecolex 2008/348, 934 (*Anderl*) = MR 2008, 212 = wbl 2008/265, 557 (*Fuchs*) = jusIT 2008/59, 133 (*Thiele*) = ÖBf 2009/15, 87 (*Büchtele*).

³ Ähnlich bereits OGH 11.3.2008, 4 Ob 38/08d – *salzburg24.at*, jusIT 2008/41, 92 (*Thiele*) = RdW 2008/547, 585 = ÖBf-LS 2008/104/117.

⁴ OGH 16.1.2007, 4 Ob 244/06w – *autobelehrung.at II*, ÖBf-LS 2007/91, 113; dazu *Thiele*, Österreichische Domainjudikatur des Jahres 2007 – Schwerpunkt Rechtsdurchsetzung, MR 2008, 98.