

Jeannette Scherrer

Google-Keyword-Advertising

Lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit der Nutzung eines fremden Kennzeichens für eigene Werbezwecke nach Schweizer Recht

Darf ein Werber in der Schweiz den Konkurrenz-Namen seines direkten Mitbewerbers in das Google Ads Werbetooll hintergründig einbuchen, damit jener in den obersten Google-Suchergebnissen erscheint? Diese Rechtsfrage ist in der Schweiz höchstrichterlich noch nicht restlos geklärt. Ein Grossteil der Lehre sowie die kantonale Rechtsprechung stützen sich nach Ansicht der Verfasserin auf veraltete Entscheide und deren Begründungen. Dieser Aufsatz diskutiert deshalb fachlich aktuelle Erkenntnisse zur Suchmaschine Google und setzt diese in Zusammenhang mit der Frage nach der lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeit dieses Betragens in der Schweiz.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Wettbewerbsrecht; Informatik und Recht

Zitiervorschlag: Jeannette Scherrer, Google-Keyword-Advertising, in: Jusletter 28. Juni 2021

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Begriff und Funktion des Keyword-Advertisings
3. Wirtschaftliche Relevanz des Keyword-Advertisings
4. Praktische und rechtliche Problemfelder
 - 4.1. Ein praktisches Beispiel
 - 4.2. Keyword-Advertising und werberechtliche Fragestellungen
 - 4.2.1. Markenrechtliche Problematik im Zusammenhang mit Google Ads
 - 4.2.2. Lauterkeitsrechtliche Problematik in Zusammenhang mit Google Ads
5. Das Lauterkeitsrecht im Kontext des Keyword-Advertisings
 - 5.1. Schutzobjekte des UWG: Der lautere und unverfälschte Wettbewerb
 - 5.2. Generalklausel (Art. 2 UWG)
 - 5.3. Tatbestandsmerkmale des Art. 2 UWG im Kontext des Keyword-Advertisings
 - 5.3.1. Verhalten oder Geschäftsgebaren
 - 5.3.2. Beeinflussung des Verhältnisses der Marktteilnehmer
 - 5.3.3. Verstoss gegen Treu und Glauben
 - 5.4. Fallgruppen zu Art. 2 UWG
 - 5.4.1. Ausbeutung
 - 5.4.2. Unlautere Kundenbeeinflussung: Manipulative Geschäftspraktiken
 - 5.5. Zwischenfazit Generalklausel Art. 2 UWG
6. Lauterkeitsrecht: Spezialtatbestände (Art. 3 UWG)
 - 6.1. Art. 3 Abs. 1 lit. b: Insbesondere Irreführung über die Firma und Unternehmung
 - 6.2. Art. 3 Abs. 1 lit. d: Verwechslungsgefahr
 - 6.3. Art. 3 Abs. 1 lit. e: Vergleichende Werbung im Falle der Anlehnung
7. Kritische Würdigung und eigene Stellungnahme
8. Zusammenfassung

1. Einleitung

[1] Im digitalen Zeitalter ist das Keyword-Advertising im Kontext der marktführenden Suchmaschine Google für Unternehmen kaum mehr wegzudenken. Dieses von Google zur Verfügung gestellte Marketinginstrument wird von Unternehmen für eine schnelle und vereinfachte Auffindbarkeit in der Suchmaschine eingesetzt und bildet damit einen wesentlichen unternehmerischen Erfolgsfaktor. Trotz vielfältiger Konturen des vorliegenden Themas wird im Folgenden explizit nur einer spezifischen und kontrovers diskutierten Frage nachgegangen. Angenommen, es stehen sich zwei Optiker namens OPTIMUM und GLASKLAR gegenüber: Unter welchen Voraussetzungen darf OPTIMUM das Keyword *GLASKLAR* beim Keyword-Advertising für sich selbst nutzen, um bei Eingabe des Begriffs *GLASKLAR* in der Suchanzeige zu erscheinen, und den Internetuser, der ursprünglich nach dem Optiker *GLASKLAR* gegoogelt hat, vom Mitbewerber abgreifen und auf die eigene Website leiten? Mit welcher Begründung ist es nach Schweizer Recht für einen Unternehmer zulässig, das Kennzeichen seines Mitbewerbers – sei es der Firmenname, die Geschäftsbezeichnung oder der Name als Unternehmensmarke eines Konkurrenten – für die eigene Auffindbarkeit zu verwenden? Vorliegend werden die Relevanz dieser Problematik in der Praxis sowie die von der herrschenden Meinung und Rechtsprechung bisher angewandten Argumente betreffend der markenrechtlichen Zulässigkeit diskutiert. Anschliessend wird die Frage bezüglich der Zulässigkeit der Nutzung fremder Kennzeichen für das Keyword-Advertising im Hinblick auf das Schweizer Lauterkeitsrecht in Anwendung aktueller Erkenntnisse rund um die Google-Keyword-Advertising-Thematik in den Vordergrund gestellt. Ziel dieses Beitrags ist es, mittels Ausführung aktueller Erkenntnisse eine zeitgemässe Basis der künftigen Rechtsprechung

zu schaffen und die Lehre hinsichtlich der Keyword-Advertising-Thematik zu neuen Diskussionen anzuregen.

2. Begriff und Funktion des Keyword-Advertisings

[2] Vorliegend wird das Keyword-Advertising als spezialisierte Form des Onlinemarketings lediglich auf die Suchmaschine Google beschränkt, weil dieser weltweit mit rund 90 % Marktanteil eine marktführende Stellung zukommt.¹ Das Keyword-Advertising gehört zum sogenannten *Search-Engine-Marketing* (SEM), auf Deutsch *Suchmaschinenmarketing*, womit sämtliche Massnahmen in Bezug auf die Suchmaschine gemeint sind, die relevanten Traffic auf eine Website bringen.² Das SEM verhilft den Websitebetreibern zur bestmöglichen Platzierung ihrer Website in den Suchergebnissen der Suchmaschine Google³, wobei die obersten Ränge auf der ersten Suchergebnisseite die begehrtesten sind.⁴ SEM wird in die folgenden zwei Bereiche unterteilt: (1) Search-Engine-Optimization (SEO) und (2) Search-Engine-Advertising (SEA).⁵ Die erste Massnahme – SEO – ist ein hochkomplexer Prozess, bei dem Inhalt (Onpage) sowie Verlinkungen (Offpage) einer Website und der Algorithmus der Suchmaschine Google ineinandergreifen.⁶ Ein optimales Ranking einer Website in den unbezahlten, organischen Suchergebnissen von Google kann deshalb nicht unmittelbar, sondern nur ansatzweise vom Websitebetreiber beeinflusst werden.⁷ Folglich ist SEO ein langwieriger, nur bedingt planbarer Marketingprozess.⁸ Als SEA werden hingegen diejenigen Massnahmen innerhalb des Suchmaschinenmarketings bezeichnet, die kostenpflichtig sind und über frei zu wählende Keywords (Schlüsselwörter) gesteuert werden.⁹ Das Keyword-Advertising wird mit dem Begriff SEA gleichgesetzt.¹⁰ Dies bietet den Websitebetreibern im Vergleich zu den SEO-Massnahmen eine günstige und gut messbare Möglichkeit, die Auffindbarkeit innerhalb der Suchmaschine kurzfristig zu steuern und schnell zu gewährleisten.¹¹ Das berühmteste Keyword-Advertising-Werbemodell ist das von Google und heisst *Google Ads* (früher Google AdWords), nachfolgend als Synonym für das Keyword-Advertising zu verstehen.¹² Google-Ads-Textanzeigen sind kostenpflichtige Werbeanzeigen und unterscheiden sich von den organischen Suchergebnissen, indem sie mit dem Begriff *Anzeige* oder *Ad* gekennzeichnet

¹ Vgl. STEFAN KNAPPE, Suchmaschine Marktanteile weltweit, vom 3. Februar 2020, <https://www.luna-park.de/blog/9907-suchmaschinen-marktanteile-weltweit-2014/>; Statista, Marktanteile der Suchmaschinen weltweit nach mobiler und stationärer Nutzung im Oktober 2020, Statistik 3. November 2020, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/222849/umfrage/marktanteile-der-suchmaschinen-weltweit/>.

² ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Online Marketing und Wettbewerbsrecht, Zürich 2011, N 129.

³ SEBASTIAN J. GÜNTHER, Erfolgreiches Onlinemarketing mit Google, Suchmaschinenoptimierung und Suchmaschinenmarketing verstehen und zielsicher einsetzen, Boizenburg 2008, S. 26.

⁴ THOMAS ELMIGER, Online-Marketing, Die Grundlagen im Griff, Zürich 2015, S. 14.

⁵ GÜNTHER (FN 3), S. 26.

⁶ GÜNTHER (FN 3), S. 167.

⁷ Vgl. GIEDRE NEVERAUSKAS, Markennutzung bei Keyword-Advertising in Vertriebsverhältnissen, Rechtsvergleichende markenschutz- und wettbewerbsrechtliche Untersuchung (ZIK), Bd. 63, Zürich 2016, N 15.

⁸ Vgl. NEVERAUSKAS (FN 7), N 15 f.

⁹ Vgl. NEVERAUSKAS (FN 7), N 20.

¹⁰ Siehe NEVERAUSKAS (FN 7), N 23.

¹¹ Siehe NEVERAUSKAS (FN 7), N 20 ff.

¹² WEBER/VOLZ (FN 2), N 192.

net werden.¹³ Bis zum Jahr 2016 wurden die Google Ads auch auf der rechten Seite der Suchergebnisse ausgespielt.¹⁴ Gegenwärtig werden nur noch maximal vier Anzeigentexte oberhalb der organischen Suchergebnisse ausgespielt.¹⁵ Bis Anfang 2014 wurden die Anzeigen mit kleinen gelben Markierungen versehen,¹⁶ wohingegen eine Google-Ads-Anzeige von organischen Suchergebnissen mittlerweile nur noch durch das schwarz gefärbte Wort *Anzeige* visuell abgegrenzt wird, wodurch sich die Ads nicht mehr farblich von den organischen Suchergebnissen abheben.¹⁷



Abbildung 1¹⁸: Historische Entwicklung Google Ads Anzeigen



Abbildung 2: Google Ads Format heute (2020/2021)

[3] Des Weiteren testet Google ständig Visualisierungsannäherungen von Werbetextanzeigen an organische Suchergebnisse, womit die Unterscheidungskraft fortlaufend sichtlich minimiert wird.¹⁹ Folglich überrascht es nicht, dass im Rahmen einer Befragung im Jahr 2018 von über

¹³ Siehe MICHAEL ISLER/FANNY SUTTER, Keyword Advertising, in: Florent Thouvenin/Rolf H. Weber (Hrsg.), Werbung – Online, Zürich 2017 S. 64.

¹⁴ Vgl. GUIDO PELZER/THOMAS SOMMEREGGER/RICARDA LINNENBRINK, Google AdWords: Das umfassende Handbuch, Bonn 2016, S. 368; MATT CUTTS, How Google Search Works Matt Cutts HS – Video, vom 8. März 2013, Min. 2:31, <https://www.youtube.com/watch?v=Md7K90FfJhg>; siehe auch PENNY BUTLER, vom 28. August 2008, <https://pennybutler.com/google-adwords-and-the-like/>.

¹⁵ Vgl. ISLER/SUTTER (FN 13), S. 64; PELZER/SOMMEREGGER/LINNENBRINK (FN 14), S. 35; Siehe Google Ads-Hilfe, Anzeigen oberhalb der Google-Suchergebnisse platzieren; <https://support.google.com/google-ads/answer/1722087?hl=de>; Siehe Textbroker.de, AdWords-Anzeigentexte: Gestaltung und Darstellung der AdWords-Anzeigentexte, <https://www.textbroker.de/adwords-anzeigentexte>.

¹⁶ Siehe PELZER/SOMMEREGGER/LINNENBRINK (FN 14), S. 35.

¹⁷ Vgl. PELZER/SOMMEREGGER/LINNENBRINK (FN 14), S. 35.

¹⁸ (Bildquelle: <https://seotradenews.com/updated-again-a-visual-history-of-google-ad-labeling-in-search-results/>).

¹⁹ G.I.M. PATRICK BERLINQUETTE, Medium, How Google Tracks Your Personal Information, vom 4. Dezember 2018, <https://medium.com/s/story/the-complete-unauthorized-checklist-of-how-google-tracks-you-3c3abc10781d>.

800 Personen knapp 60 % der befragten Google-Userangaben, nicht zwischen Google Ads und den organischen Suchergebnissen unterscheiden zu können.²⁰

3. Wirtschaftliche Relevanz des Keyword-Advertisings

[4] Die immense wirtschaftliche Bedeutung des Keyword-Advertisings zeigt sich – wenn auch in entgegengesetztem Interesse der Zielgruppen – sowohl aufseiten des Kunden als auch aufseiten des Anbieters: Für den Kunden dient die Suchmaschine als Startpunkt ins Internet.²¹ Er informiert sich über Produkte, Preis-Leistungs-Verhältnisse sowie Aktionen und vergleicht, sobald er sich für ein Produkt entschieden hat, die Preise des Produkts bei unterschiedlichen Anbietern, bevor er sich schliesslich für ein konkretes Angebot entscheidet (sogenannte *Customer-Journey*).²² Dabei kommt das Suchmaschinenmarketing für die Auffindbarkeit der Anbieter zum Tragen.²³ Auch nach Vertragsschluss spielen gut platzierte Suchergebnisse eine Rolle, etwa wenn der Kunde bspw. eine Beratung oder Zusatzleistungen wünscht und die Koordinaten des entsprechenden Anbieters über Google ausfindig machen möchte.²⁴ Primäres Interesse des Kunden ist dabei, dass die ausgespielten Suchergebnisse eine möglichst hohe Relevanz – also Übereinstimmung – mit dem eingegebenen Keyword aufweisen.²⁵ Sucht ein Kunde des Unternehmens OPTIMUM nach bestimmten Informationen dieses Optikers, erwartet er bei Eingabe des Keywords *OPTIMUM* im Google-Suchfeld ein entsprechend relevantes und passendes Suchergebnis – in diesem Fall folglich vom Optiker OPTIMUM.²⁶ Aus Sicht des Anbieters steht hingegen ein anderes Ziel an erster Stelle, nämlich die *Visibility*.²⁷ Gemäss verschiedener Umfragen im Jahr 2019 gehört das Suchmaschinenmarketing in der Schweiz zu den Top-3-Online-Marketing-Instrumenten von Onlinehändlern.²⁸ Die Auffindbarkeit einer Unternehmenswebsite in der marktführenden²⁹ Suchmaschine Google stellt in der Geschäftswelt einen fundamentalen wirtschaftlichen Erfolgsfaktor dar.³⁰ Hauptziel für den Anbieter ist somit eine Platzierung des ihn betreffenden Suchergebnisses an oberster Stelle in der Suchergebnisliste – durch den Einsatz von Google Ads also auch oberhalb

²⁰ Vgl. VARN, Original Research: Almost 60 % of People Still Don't Recognize Google Paid Ads When They See them, vom 18. Januar 2018, <https://varn.co.uk/01/18/varn-original-research-almost-60-people-still-dont-recognise-google-paid-ads-see/>.

²¹ Vgl. PELZER/SOMMEREGGER/LINNENBRINK (FN 14), S. 33.

²² Vgl. SEO-Ambulance, Suchmotivation und SEO Keywords, <https://www.seo-ambulance.de/nachrichten/suchmaschinenoptimierung/suchmotivation-und-keyword-bestimmung/>.

²³ Gl.M. ELMIGER (FN 4), S. 15.

²⁴ Vgl. ELMIGER (FN 4), S. 15.

²⁵ Vgl. PELZER/SOMMEREGGER/LINNENBRINK (FN 14), S. 61.

²⁶ Vgl. PELZER/SOMMEREGGER/LINNENBRINK (FN 14), S. 61.

²⁷ Gl.M. ISLER/SUTTER (FN 13), S. 62.

²⁸ M. w. H. Statista, Wie relevant sind die folgenden Marketing-Instrumente für Ihren Online-Shop, Statistik 25. Oktober 2019, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/989689/umfrage/umfrage-zu-relevanten-marketing-instrumenten-im-online-handel-in-der-schweiz/>; Vgl. auch ZHAW, Onlinehändlerbefragung 2019, Abschnitt 4.2, https://digitalcollection.zhaw.ch/bitstream/11475/18746/5/Onlinehaendlerbefragung_2019.pdf.

²⁹ Vgl. Statista, Marktanteile der Suchmaschinen weltweit nach mobiler und stationärer Nutzung im Oktober 2020, Statistik 3. November 2020, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/222849/umfrage/marktanteile-der-suchmaschinen-weltweit/>.

³⁰ Vgl. Wirtschaftliche Relevanz, oben Kapitel 3.

der organischen Suchergebnisse.³¹ Das SEM ist wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden.³² Dennoch werden beim Kampf um die vier begehrten Anzeigenplätze zuoberst im Suchergebnis immer wieder fremde Rechte tangiert,³³ die nachfolgend im Detail diskutiert werden.

4. Praktische und rechtliche Problemfelder

[5] Die nachfolgend beschriebenen Problemfelder beziehen sich ausschliesslich auf Kennzeichen (i.S.v. Firmennamen/Geschäftsbezeichnung) von Schweizer KMU und nicht auf deren Produkte. Auf eine Bezugnahme möglicher Vertriebshändler von Markenprodukten Dritter oder auf andere zwischenhändlerähnliche Konstellationen wird deshalb verzichtet. Einführend sei an dieser Stelle erwähnt, dass der Begriff Kennzeichen synonym zum Markenbegriff verwendet werden kann.³⁴ Der Oberbegriff des kennzeichenmässigen Gebrauchs (verstanden als Name i. w. S.) wird sodann u. a. für den Gebrauch eines Zeichens als Marke, Name (i. e. S.), Firma oder Geschäftsbezeichnung verwendet.³⁵

4.1. Ein praktisches Beispiel

[6] In Anlehnung an das in der Einleitung dargestellte Beispiel darf zur Illustration von folgender Annahme ausgegangen werden: Die beiden Optiker OPTIMUM und GLASKLAR mit je einem Standort in Zürich und Bern betreiben beide eine Website *ohne* Onlineshop. Beide Optiker nutzen zur gleichen Zeit Google Ads für eine bessere Auffindbarkeit. Mit den beiden genannten Optikern stehen sich zwei Konkurrenten im Bereich des Keyword-Advertisings gegenüber. Beide Werber wollen genau dann als Anzeigen in den obersten Suchergebnislisten erscheinen, wenn ein potenzieller Kunde bspw. die Wortkette <Optiker in meiner Nähe> oder <Optiker in Zürich> o. ä. in das Google-Suchfenster eingibt.³⁶ In diesem Zusammenhang stellt sich den beiden Optikern die zentrale Frage, nach welchen Begriffen ein durchschnittlicher Kunde sucht, wenn er auf die Website und damit zum Angebot des entsprechenden Optikers gelangen soll.³⁷ In der Praxis wird dabei schnell zu einer naheliegenden Ausweitung der Keyword-Verwendung gegriffen: Immer wieder benutzen die marktteilnehmenden Werber das Kennzeichen i. S. des Marken- resp. Firmennamens ihrer Mitbewerber, um sich dadurch einen zusätzlichen Vorteil innerhalb des Keyword-Advertisings zu verschaffen.³⁸ Hinsichtlich des genannten Beispiels bedeutet dies konkret, dass der Optiker OPTIMUM im Google-Ads-System das Keyword +GLASKLAR einbuht, damit dem User bei einer entsprechenden Suchanfrage eine Anzeige von OPTIMUM ausgespielt wird. Der Titel einer solchen Textanzeige könnte zum einen bspw. wie folgt lauten: *OPTIMUM | Die Alter-*

³¹ Gl.M. ISLER/SUTTER (FN 13), S. 62.

³² WEBER/VOLZ (FN 2), N 130.

³³ Siehe Praktische und Rechtliche Problemfelder, unten Kapitel 4; WEBER/VOLZ (FN 2), N 130.

³⁴ Siehe NEVERAUSKAS (FN 7), N 110.

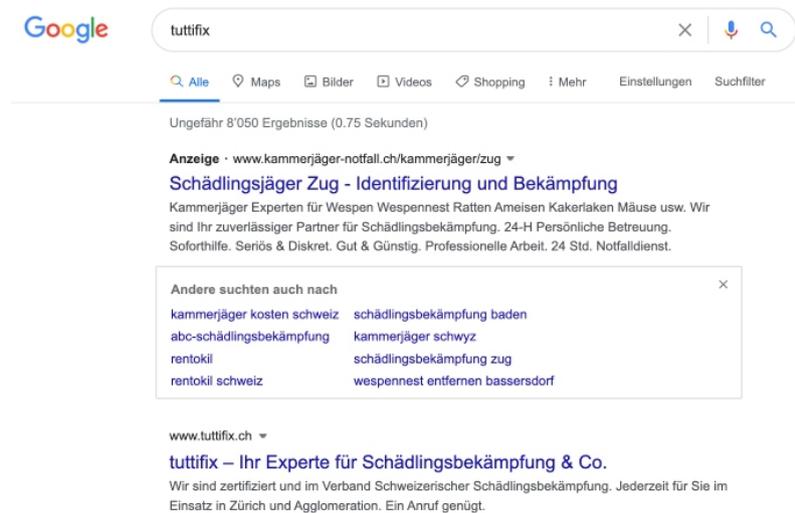
³⁵ Vgl. FLORENT THOUVENIN/LARA DORIGO, Art. 13/I.–II. N 16, in: Michael Noth/Gregor Bühler/Florent Thouvenin (Hrsg.), Markenschutzgesetz (MSchG), 2. Aufl., Bern 2017.

³⁶ Vgl. ISLER/SUTTER (FN 13), S. 67.

³⁷ Gl.M. ISLER/SUTTER (FN 13), S. 63.

³⁸ Vgl. ISLER/SUTTER (FN 13), S. 66.

native zu GLASKLAR | *Ihr Optiker des Vertrauens*.³⁹ Zum anderen ist die Gestaltung einer Textanzeige aber auch *ohne Verwendung des Konkurrenznamens innerhalb des sichtbaren Anzeigentextes* möglich.⁴⁰ Mittels einer kurzen Test-Recherche kann die praktische Problematik, die in mehreren Fällen zutrifft, untermauert werden, wie nachfolgendes Suchergebnis vom 1. März 2021 aufzeigt. Dabei wurde der Name <tuttifix> (Firmenkennzeichen eines Schweizer Kammerjägers) beispielhaft gesucht, mit folgendem Suchergebnis:



[7] An oberster Stelle erscheint nicht der Kennzeicheninhaber <tuttifix>, sondern die Google-Ads-Anzeige eines Kammerjägers in Zug, obwohl mit der Eingabe des Firmennamens explizit nach dem Kammerjäger <tuttifix> gesucht wurde. Weder im Anzeigentitel noch im Anzeigentext erscheint der Name <tuttifix>. An zweiter Stelle folgt in casu ein vom Google-Algorithmus erstellter Vorschlag für die erweiterte Suchmöglichkeit. Erst an dritter Stelle erscheint <tuttifix> als organisches Suchergebnis, wobei oberhalb des organischen Suchergebnisses zusätzlich drei weitere Anzeigen von anderen Mitbewerbern hätten erscheinen können, die ebenfalls auf den Namen <tuttifix> eine Anzeige hätten schalten können, womit <tuttifix> noch weiter nach unten rücken würde. Wer demnach den Namen seines Mitbewerbers im Google-Ads-System verwendet, wird bei Eingabe dieses Keywords regelmässig als Anzeige für den User ausgespielt – unter Umständen oberhalb der Suchergebnisse des eigentlichen Kennzeicheninhabers.⁴¹ In der Praxis drängt sich deshalb die Frage auf, ob, unter welchen rechtlichen Voraussetzungen und in welcher Ausprägung innerhalb des Google-Ads-Werbesystems die Verwendung fremder Kennzeichen als Keywords zulässig ist.

³⁹ Vgl. YVONNE VON BISCHOPINCK/MICHAEL CEYP, Suchmaschinen-Marketing, Konzepte, Umsetzung und Controlling für SEO und SEM, 2. Aufl., Berlin 2009, S. 236.

⁴⁰ Vgl. NEVERAUSKAS (FN 7), N 384.

⁴¹ Vgl. PELZER/SOMMEREGGER/LINNENBRINK (FN 14), S. 61.

4.2. Keyword-Advertising und werberechtliche Fragestellungen

[8] Da SEA bezahlte Werbung darstellt, sind die nachfolgenden Fragestellungen werberechtlicher Natur. Obwohl es in der Schweiz kein einheitlich geltendes Werberecht gibt,⁴² gilt vorweg im allgemeinen Werberecht das Trennungsgebot, wonach Werbung als solche klar erkennbar sein und sich in casu von den organischen Suchergebnissen eindeutig abgrenzen lassen muss.⁴³ Massgebliche Normen für ein faires Werbeverhalten zwischen den Marktteilnehmern sind des Weiteren in zahlreichen Erlassen des schweizerischen Rechts festgehalten.⁴⁴ Findet kein medienpezifisches Werberecht vorrangig Anwendung, wird das allgemeine Werberecht ins Markenrecht, insbesondere aber ins Lauterkeitsrecht, eingebettet.⁴⁵

4.2.1. Markenrechtliche Problematik im Zusammenhang mit Google Ads

[9] Die Marke soll i. S. v. Art. 1 Abs. 1 MSchG als Zeichen dazu geeignet sein, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Wer Inhaber einer Marke ist, hat nach Art. 13 Abs. 1 MSchG das ausschliessliche Recht, die Marke zur Kennzeichnung der Waren oder Dienstleistungen, für die sie beansprucht wird, zu gebrauchen und darüber zu verfügen.⁴⁶ Geschützt ist eine Marke nach Schweizer Recht allerdings i. S. v. Art. 5 MSchG erst, wenn sie im Markenschutzregister eingetragen ist.⁴⁷ Um den Schutz der eingetragenen Marke beanspruchen zu können, wird des Weiteren die gewerbsmässige kennzeichenmässige Benutzung einer fremden Marke im geschäftlichen Verkehr vorausgesetzt, wobei die Verwendung der Marke ohne die Zustimmung des Markeninhabers zu erfolgen hätte.⁴⁸ Sind die genannten Voraussetzungen erfüllt, wird – angelehnt an die Ausführungen (s.o.) in Bezug auf die verdeckten bzw. sichtbaren Einsatzmöglichkeiten⁴⁹ fremder Kennzeichen innerhalb des Keyword-Advertising in der Schweiz in Anlehnung an das europäische Recht – die folgende Unterscheidung getroffen: Eine potenzielle Markenrechtsverletzung liegt vor, wenn das verwendete Keyword eines Mitbewerbers auch in der Werbeanzeige selbst erscheint.⁵⁰ Eine Markenrechtsverletzung ist hingegen grundsätzlich zu verneinen, wenn das entsprechende Keyword zwar im Google-Ads-System eingebucht ist, aber in der Anzeige selbst nicht auftaucht.⁵¹ Die Lehre und die Rechtsprechung begründen diese Auffassung damit, dass das Nichtverwenden des Keywords in der Werbeanzeige dazu führt, dass ein Zeichen nicht hinreichend visuell wahrnehmbar ist und es deshalb an der tatbestandsmässigen Unterscheidungsfunktion zur Bejahung des kennzeichen-

⁴² Siehe LUCAS DAVID/MARK A. REUTTER, Schweizerisches Werberecht, 3. Aufl., Zürich 2015, N 7; Siehe auch WEBER/VOLZ (FN 2), N 198.

⁴³ Vgl. STEPHANIE VOLZ, Trennungsgebot und Internet, Ein medienrechtliches Prinzip in Zeiten der Medienkonvergenz (ZIK), Bd. 58, Zürich 2014; S. 2.

⁴⁴ Siehe DAVID/REUTTER (FN 42), N 7.

⁴⁵ Siehe WEBER/VOLZ (FN 2), N 198.

⁴⁶ Vgl. NEVERAUSKAS (FN 7), N 93.

⁴⁷ Siehe DANIEL PLÜSS zu Art. 5 MSchG in: Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Nationales Recht und internationale Abkommen, Textausgabe mit Verweisen und Sachregister, 6. Aufl., Zürich 2018, S. 126.

⁴⁸ Vgl. NEVERAUSKAS (FN 7), N 97.

⁴⁹ Vgl. NEVERAUSKAS (FN 7), N 384.

⁵⁰ Siehe KGer LU, (sic! 2015 vom 9. Januar 2015), E. 8.2.2 f.; Siehe m. w. Verw. ISLER/SUTTER (FN 13), S. 72.

⁵¹ Vgl. EuGH, Urteil vom 23. März 2010, C-236-238/08 – Google France, E. 84; EuGH, Urteil vom 25. März 2010, C-278/08 – BergSpechtle, E. 35; EuGH, Urteil vom 22. September 2011, C-323/09 – Interflora, E. 44; M.w.V. ISLER/SUTTER (FN 13), S. 70 ff.

mässigen Gebrauchs i. S. des MSchG mangelt.⁵² Die h. L. führte regelmässig u.a. in Anlehnung an die deutsche Rechtsprechung aus den Jahren vor 2016 ins Feld, dass Google-Ads-Werbeanzeigen sich durch entsprechende Kennzeichnung deutlich von der restlichen Trefferliste unterscheiden und für den Durchschnittsleser dadurch als solche erkennbar sein müssen.⁵³ So hiess es in einem BGH-Entscheid aus dem Jahr 2012: Eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion der Marke ist grundsätzlich ausgeschlossen, wenn die Anzeige in einem von der Trefferliste *eindeutig getrennten* und entsprechend gekennzeichneten Werbeblock erscheint und weder die Marke noch sonst einen Hinweis auf den Markeninhaber oder die unter der Marke angebotenen Produkte enthält.⁵⁴ Nennenswert ist an dieser Stelle in Anlehnung an die Ausführung weiter oben, dass die Google-Ads-Anzeigen sich im Jahr 2012 nicht nur farblich deutlich von den organischen Suchergebnissen unterschieden, sondern auch noch auf der rechten Seite der Suchergebnisse angezeigt wurden. Selbst wenn die Marke in casu durch Registrierung i. S. v. Art. 5 MSchG und die Erfüllung aller weiteren Voraussetzungen geschützt sein sollte, wird sie bei Verwendung Dritter mittels Google Ads durch das Markenrecht nur abgesichert, wenn die Marke als Wort im Anzeigentext erscheint.⁵⁵ Die beschriebene Sichtweise und verbreitete Meinung von Lehre und Rechtsprechung ist meines Erachtens (m.E.) aus zwei Gründen abzulehnen⁵⁶: Zum einen ist infrage zu stellen, ob die visuelle Abgrenzung von Werbe- und organischen Suchergebnissen noch als Gegeben betrachtet werden kann. Diese Fragestellung wird noch im Detail diskutiert. Zum anderen sind diese Sichtweise und Meinung auch aus folgendem Grund abzulehnen: Gibt ein (potenzieller) Kunde explizit den Namen eines Kennzeicheninhabers ein (s. o.), dann tut er dies i. d. R., weil er den Namen als bestehender Kunde kennt und bspw. nicht die gesamte URL eintippen möchte, oder weil ihm der Name von jemand anderem empfohlen wurde und er die URL selbst z. B. nicht kennt.⁵⁷ Damit besteht zwischen der Eingabe eines Keywords in das Google-Suchfenster sowie der daraufhin ausgespielten Anzeige eine unmittelbare gedankliche Assoziation.⁵⁸ In Anlehnung an die genannten Beispiele kann eine solche assoziative Zuordnung eines Firmennamens zum entsprechenden Unternehmen einen kennzeichenmässigen Gebrauch begründen, da der User durch die aktive Eingabe des Kennzeichens ins Suchfeld von der Unterscheidungsfunktion Gebrauch macht, die eine Marke per gesetzlicher Definition innehat (Art. 1 Abs. 1 MSchG).⁵⁹ Die Verwendung einer fremden Marke als Keyword im Hintergrund des Google-Ads-Systems kann nach hier vertretener Meinung auch unter die in Art. 13 Abs. 2 lit. a–e MSchG aufgezählten Verletzungshandlungen subsumiert werden.⁶⁰ Insbesondere lit. e besagt: «Der Markeninhaber kann anderen verbieten, sein Kennzeichen in der Werbung oder sonst wie im geschäftlichen Verkehr zu gebrau-

⁵² M. w. Verw. ISLER/SUTTER (FN 13), S. 76.

⁵³ Vgl. MICHAEL REINLE/MATTHIAS OBRECHT, Markenrechtsverletzungen durch Google AdWords, sic! 2009 S. 112 ff., 115.

⁵⁴ Fortführung von BGH, Urteil vom 13. Januar 2011 – I ZR 125/07, GRUR 2011, 828 = WRP 2011, 1160 – Bananabay II; Urteil vom 13. Januar 2011 – I ZR 46/08, MMR 2011, 608 Fortführung von BGH, Urteil vom 13. Januar 2011 – I ZR 125/07, GRUR 2011, 828 = WRP 2011, 1160 – Bananabay II; Urteil vom 13. Januar 2011 – I ZR 46/08, MMR 2011, 608.

⁵⁵ Vgl. ISLER/SUTTER (FN 13), S. 76.

⁵⁶ Gl.M. ISLER/SUTTER (FN 13), S. 76.

⁵⁷ Vgl. Online|Mediaplanung, Branding und Adwords, AdWords: Anleitung für Marken-Kampagnen, 16. Februar 2015, Abschnitt 1 «Einleitung» <https://online-mediaplanung.ch/branding-und-adwords/6/>.

⁵⁸ Gl.M. ISLER/SUTTER (FN 13), S. 76.

⁵⁹ Siehe Einleitungssatz Markenrechtliche Problematik im Zusammenhang mit Google Ads, oben Kapitel 4.2.1.

⁶⁰ Gl.M. ISLER/SUTTER (FN 13), S. 77.

chen.» Diese Formulierung ist offen genug, um auch die Verwendung von Keywords miteinzubeziehen, die im Hintergrund erfolgen⁶¹, denn insbesondere Suchmaschinen sind im Internetkontext nicht mehr wegzudenkende Komponenten des geschäftlichen Verkehrs gemäss der soeben zitierten Norm.⁶²

4.2.2. Lauterkeitsrechtliche Problematik in Zusammenhang mit Google Ads

[10] Der Schutz des erläuterten Markenrechts wird nur den Kennzeicheninhabern gewährt, die ihre Marke im Markenregister eingetragen haben (s. o.). Weil das Markenregistrierungsverfahren aber langwierig sowie kompliziert ist und der Nutzen oftmals unterschätzt wird, lassen viele Schweizer KMU ihren im Handelsregister eingetragenen Firmennamen nicht zwingend auch markenrechtlich schützen.⁶³ Da der Markenschutz in casu aber wie dargelegt auch bei einer eingetragenen Marke nur beschränkt gewährleistet wird,⁶⁴ stellt sich in der Praxis folgende Frage: Auf welche weiteren Schutzbehelfe kann zurückgegriffen werden, wenn Unternehmen auf den formalen⁶⁵ Schutz ihres Kennzeichens bzw. ihres geistigen Eigentums (Firmenname, Marke etc.) durch die Markenregistrierung verzichten oder sogar registrierte Marken beim verdeckten Einbuchen ihres Kennzeichens durch die Konkurrenz keinen Markenschutz geniessen? Dem Grundsatz nach und gemäss der aktuellen Rechtsprechung sollen sowohl das Markenrecht als auch das Lauterkeitsrecht selbstständig angewendet werden.⁶⁶ Gegen ein unfares Verhalten im Wettbewerbskontext kann demnach unter bestimmten Voraussetzungen gestützt auf das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vorgegangen werden, auch wenn es am genannten formalen Markenschutz mangelt.⁶⁷ Das Festlegen von Kennzeichen direkter Konkurrenten als Keyword innerhalb des Google-Ads-Systems gab aber neben dem Markenrecht auch aus lauterkeitsrechtlicher Sicht Anlass zu kontroversen Diskussionen.⁶⁸ Eine höchstrichterliche Rechtsprechung zur konkret diskutierten, lauterkeitsrechtlichen Kennzeichennutzung im Google-Ads-System gibt es zum Zeitpunkt der Entstehung des vorliegenden Aufsatzes zwar noch nicht.⁶⁹ Allerdings wurde das Thema in einem vergleichbaren Kontext in einem jüngsten Bundesgerichtsurteil vom 1. Dezember 2020 thematisiert, in dem sich die Erläuterungen auf die bisher in der h. L. und kantonalen Rechtsprechung verfochtenen Meinung stützten und von den beschwerdeführenden Parteien in casu nicht ausreichend entkräftet werden konnten.⁷⁰ In der Schweiz ist nach h. L. und kantonaler Rechtsprechung das *verdeckte* Buchen eines Kennzeichens der Konkurrenz als Key-

⁶¹ Siehe ISLER/SUTTER (FN 13), S. 77.

⁶² Siehe CONRADIN MENN, Internet und Markenschutz, Diss., Bern 2003, 78 f.; Vgl. ISLER/SUTTER (FN 13), S. 76 f.

⁶³ Siehe Markenregistrierung.ch GmbH, vom 24. September 2019, <https://www.markenregistrierung.ch/de/der-bund-empfiehl-markenschutz-fuer-unternehmen/>.

⁶⁴ Siehe Markenrechtliche Problematik im Zusammenhang mit Google Ads, oben Kapitel 4.2.1.

⁶⁵ Siehe Markenrechtliche Problematik im Zusammenhang mit Google Ads, oben Kapitel 4.2.1

⁶⁶ Siehe DOMINIC OERTLY, Die Informationspflichten des Unternehmers im E-Commerce, Eine rechtsvergleichende Analyse auf rechtstheoretischer und rechtstatsächlicher Grundlage, Diss. Zürich 2019, N 74.

⁶⁷ Siehe IGE/IPE, Institut für Geistiges Eigentum, Schutz ohne Schutzrechte, Bedingter Schutz ohne Schutzrechte, <https://www.ige.ch/de/uebersicht-geistiges-eigentum/ihr-geistiges-eigentum/schutz-ohne-schutzrechte.html>.

⁶⁸ Siehe MICHAEL NOTH/MARKUS KAISER, Einleitung und Generalklausel (Art. 1–2 UWG), in: Magda Streuli-Youssef (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Lauterkeitsrecht, Band V/1, 3. Aufl., Basel 2020), N 253.

⁶⁹ Siehe NOTH/KAISER (FN 68), N 253.

⁷⁰ Siehe BGer 4A_235/2020 vom 1. Dezember 2020, E. 7.7.7.

word nicht nur markenrechtlich, sondern auch lauterkeitsrechtlich nicht zu beanstanden.⁷¹ Auch wird bisher i. d. R. angenommen, dass eine unlautere Rufausbeutung im Sinne von Art. 2 UWG ausgeschlossen werden kann.⁷² Dies wird damit begründet, dass die Kunden damit rechnen würden, bei den bezahlten Google-Anzeigen auch Ergebnisse ausgespielt zu bekommen, die nicht mit dem eingegebenen Markenkennzeichen im Google-Suchfeld übereinstimmen.⁷³ Darüber hinaus sei regelmässig die Verwendung von Keywords nicht unter die unlautere Kundenbeeinflussung⁷⁴ zu subsumieren, da die Entscheidung des Kunden gemäss Lehre und Rechtsprechung weder erschlichen noch verfälscht sei.⁷⁵ Auch die Subsumtion unter die Spezialtatbestände von Art. 3 UWG wurde vom Bundesgericht mit folgender Begründung verneint: «Für Durchschnittsadressaten sei erkennbar, dass Anzeigen bezahlte Werbung seien, die normalerweise vor den Suchergebnissen erscheinen, und sie könnten diese von den Suchergebnissen – seien die Anzeigen doch entsprechend markiert – unterscheiden. Weiter seien sich die Durchschnittsadressaten bewusst, dass die Suchergebnisse z. B. durch AdWords beeinflusst werden könnten sowie personalisiert seien [...]».⁷⁶ Da Google AdWords bereits seit 2018 unter dem Namen Google Ads bekannt ist⁷⁷ – das Bundesgericht jüngst aber dennoch die alte Bezeichnung verwendete – lässt sich annehmen, dass sich die zitierte aktuelle Rechtsprechung des BGer wie die vorinstanzlichen Gerichte an veralteten und m. E. nicht an zeitgemässen Tatsachen orientiert haben. Es wird deutlich, dass der lauterkeitsrechtlichen Fragestellung aus diesem Grund grosse Bedeutung zukommt, weshalb nachfolgend Art. 2–3 UWG in Bezug auf aktuelle Erkenntnisse diskutiert werden.

5. Das Lauterkeitsrecht im Kontext des Keyword-Advertisings

[11] Aus den Vorschriften des UWG, die werberechtlich relevant sind,⁷⁸ werden einführend die zentralen Schutzobjekte des UWG erörtert. Anschliessend werden die Tatbestandsmerkmale des Art. 2 UWG im Detail erläutert und zentral behandelt. Diese Auffangnorm ist für die Fragestellung bezüglich der Nutzung fremder Kennzeichen mittels Google Ads bedeutsam und stand in der Schweizer Rechtsprechung, aber auch in der des BGH oder EugH bisher im Zentrum. Sie sorgte m. E. mangels Anwendung zeitgemässer Erkenntnisse in Lehre und Praxis für anhaltenden Diskussionsstoff.

⁷¹ Vgl. OGer TG, (sic! 2012 vom 7. September 2011), S. 387; so auch SHK MSchG-THOUVENIN/DORIGO, (FN 35), Art. 13 N 57; Siehe auch NOTH/KAISER (FN 68), N 253.

⁷² Siehe NOTH/KAISER (FN 68), N 253.

⁷³ Siehe NOTH/KAISER (FN 68), N 253.

⁷⁴ Siehe unlautere Kundenbeeinflussung, Manipulative Geschäftspraktiken, unten Kapitel 5.4.2.

⁷⁵ Vgl. OGer TG, sic! 2012 vom 7. September 2011, S. 387, E. 7e/bb und E. 7f/aa; siehe NOTH/KAISER (FN 68), N 253.

⁷⁶ BGer 4A_235/2020 vom 1. Dezember 2020, E. 7.7.7.

⁷⁷ NJAI AYDA, Google AdWords wird Google Ads, vom 24. Juli 2018, <https://www.heise-regioconcept.de/google/aus-google-adwords-wird-google-ads#:~:text=Seit%20dem%2024.%20Juli%202018,auch%20seine%20weiteren%20Werbeprodukte%20%C3%BCberarbeitet.>

⁷⁸ Siehe MARIO M. PEDRAZZINI/FEDERICO A. PEDRAZZINI, Unlauterer Wettbewerb UWG, 2. Aufl., Bern 2002, N 7.24.

5.1. Schutzobjekte des UWG: Der lautere und unverfälschte Wettbewerb

[12] Artikel 1 UWG normiert die Institution des Wettbewerbs als Schutzobjekt – schützt damit also den lautereren und unverfälschten Wettbewerb.⁷⁹ Nach vorherrschender Lehrmeinung werden anhand des UWG mit dem Schutzobjekt im Wesentlichen zwei Ziele verfolgt: Zum einen soll im Sinne des geschäftsmoralischen Ansatzes der Schutz eines geschäftsmoralisch angemessen praktizierten Wettbewerbs gewährleistet werden. Zum anderen gilt es, die Funktion des Wettbewerbs zu schützen (funktionaler Ansatz).⁸⁰ Sowohl der funktionale als auch der geschäftsmoralische Ansatz sind in der wettbewerbsrechtlichen Diskussion relevant,⁸¹ obschon die Einigkeit in der Lehre bei der Debatte um das Verhältnis zwischen den beiden Ansätzen ein Ende findet.⁸²

[13] Gemäss des Bundesgerichts ist unter Geschäftsmoral die «erwünschte Fairness der Wettbewerber»⁸³ zu verstehen. Das UWG bezweckt die «erwünschte Fairness der Wettbewerber»⁸⁴, womit die Geschäftsmoral im Verhältnis zwischen den am Wettbewerb Beteiligten gemeint ist.⁸⁵ Schon mit dem Begriffspaar von Treu und Glauben in Art. 2 UWG wird die Geschäftsmoral neben dem funktionalen Ansatz erstmalig in dem Sinne impliziert und reflektiert, dass von den Marktteilnehmern im Wettbewerbskontext ein faires, anständiges und redliches Verhalten erwartet wird,⁸⁶ und Verhaltensweisen zu unterlassen sind, welche die Funktionen des Wettbewerbs beeinträchtigen könnten.⁸⁷ Weitere Orientierungshilfen lassen sich u. a. aus den Spezialtatbeständen in Art. 3 UWG ableiten.⁸⁸ Ausserdem können Anhaltspunkte zur Geschäftsmoral aus privaten Regelwerken, Standesregeln oder Verbandsempfehlungen hergeleitet werden.⁸⁹ In Art. 3 UWG wird eine Reihe von Tatbeständen erfasst, die den Wettbewerb unzulässig beeinflussen.⁹⁰ Darüber hinaus findet aber auch stets die Generalklausel von Art. 2 UWG selbstständig Anwendung, sofern sie durch die Spezialtatbestände in Art. 3 UWG nicht konkretisiert werden kann.⁹¹

⁷⁹ Siehe PEDRAZZINI/PEDRAZZINI (FN 78), N 1.30.

⁸⁰ Vgl. zum Ganzen BGE 133 III 431, E. 4.3; Siehe BSK UWG-HILTY, Art. 1 N 35ff. und 44ff. in: Reto M. Hilty/Reto Arpagaus (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013; SHK UWG-Jung, Art. 1 N 2 ff. in: Peter Jung/Philippe Spitz (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Stämpfli Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2016; NOTH/KAISER (FN 68), N 116.

⁸¹ M. w. Verw. NOTH/KAISER (FN 68), N 106 ff.

⁸² NOTH/KAISER (FN 68), N 118.

⁸³ BGE 133 III 431, E. 4.3.

⁸⁴ BGE 133 III 431, E. 4.3., Vgl. zum Ganzen NOTH/KAISER (FN 68), N 122 f.

⁸⁵ Siehe NOTH/KAISER (FN 68), N 123.

⁸⁶ Siehe NOTH/KAISER (FN 68), N 124.

⁸⁷ Siehe NOTH/KAISER (FN 68), N 116.

⁸⁸ Siehe SHK UWG-Jung (FN 80), Art. 2 N 11, 20, der Grundsatz von Treu und Glauben sei «eigentlicher Angelpunkt» der Generalklausel; Siehe NOTH/KAISER (FN 68), N 124, N 153.

⁸⁹ Vgl. Claudia Keller (Hrsg.) *Werberecht*, in: *Social Media und Recht für Unternehmen*, Oliver Staffelbach/Claudia Keller (Hrsg.), Zürich 2015, N 4.4.

⁹⁰ Siehe NEVERAUSKAS (FN 7), N 467.

⁹¹ Siehe Botschaft zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 18. Mai 1983, BBI 1983 II 1009 ff., S. 1059; Vgl. BGE 133 III 431, E. 4.1; Siehe NEVERAUSKAS (FN 7), N 467; Siehe CARL BAUDENBACHER, *Lauterkeitsrecht*, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Basel/Genf/München 2001, Art. 2 UWG, N8; vgl. auch SHK UWG-Jung (FN 82), Art. 2 N 6; M. w. H. NOTH/KAISER (FN 68), N 182 ff.

5.2. Generalklausel (Art. 2 UWG)

[14] Die Generalklausel (Art. 2 UWG) wurde im Sinne des Gesetzgebers in einem eigenständig anzuwendenden Artikel erfasst, um dem schnellen Wandel (zu denken sei an das schnelllebige Zeitalter des Internets) der Wettbewerbsverhältnisse genügend Rechnung tragen zu können.⁹² Artikel 2 UWG beantwortet die Frage, ob der Wettbewerb mit einem bestimmten Verhalten gegen Treu und Glauben beeinflusst werden kann.⁹³ Ein unlauteres Verhalten bei der Nutzung fremder Kennzeichen für das Keyword-Advertising nach UWG kann also erst bejaht werden, wenn dieses Betragen sich unter die Tatbestandsmerkmale der Generalklausel subsumieren lässt. Diese Frage wird deshalb zunächst geprüft und im Anschluss thematisiert.

5.3. Tatbestandsmerkmale des Art. 2 UWG im Kontext des Keyword-Advertisings

[15] Wettbewerbsrelevantes Verhalten wird von Art. 2 UWG dann erfasst, wenn kumulativ die folgenden drei Voraussetzungen erfüllt sind: 1. Verhalten oder Geschäftsgebaren, 2. Beeinflussung des Verhältnisses zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern, 3. Täuschung oder anderer Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben.⁹⁴

5.3.1. Verhalten oder Geschäftsgebaren

[16] Ein erster zu erfüllender Tatbestand nach Art. 2 UWG, um einen Verstoss gegen Treu und Glauben in casu bejahen zu können, ist das Verhalten oder Geschäftsgebaren, durch das das Verhältnis zwischen den Marktteilnehmern beeinflusst wird. Mit den Attributen «Verhalten» und «Geschäftsgebaren» wurde der Ausdruck «Mittel» anlässlich der Botschaft im Jahr 1983 vom Gesetzgeber ersetzt. Damit wurde eine erweiterte Verallgemeinerung des ursprünglich zu engen Begriffs erzielt, womit schliesslich nicht nur ein spezielles Mittel (bspw. das Google-Ads-Tool) angewendet werden muss, um unlauter in den Wettbewerb einzugreifen und diesen damit zu verfälschen.⁹⁵ Unter Verhalten und Geschäftsgebaren kann auch ein Tun, Unterlassen oder ein Dulden subsumiert werden.⁹⁶ Zwingend ist, dass ein Verhalten im Sinne dieses Tatbestandsmerkmals nur bejaht werden kann, wenn der Verletzende mit seinem Verhalten gemäss den obigen Ausführungen auf eine Verletzung direkt Einfluss nehmen kann und damit den Wettbewerb ökonomisch messbar beeinflusst.⁹⁷ Folglich kann unter «Mittel» das Google-Ads-Werbetool problemlos subsumiert werden. Mit dem Verhalten und Geschäftsgebaren kann sodann das Einbuchen fremder Kennzeichen (Tun) gleichgesetzt werden, womit der Werbende auf die Verletzung direkt Einfluss nehmen kann. Die ökonomische Relevanz wurde weiter oben in Kapitel 3 bereits erläutert. Die

⁹² Vgl. Botschaft UWG 1983, (FN 91) S. 1059.

⁹³ Siehe NEVERAUSKAS (FN 7), N 467; BGer, Urteil vom 08. Februar 2008, 4A_467/2007 und 4A_469/2007 – IWC/KWC, E. 4, sic! 2008, 455; Ähnlich BSK UWG-Hilty (FN 80), Art. 2 N 7 ff.; Vgl. NOTH/KAISER (FN 68), N 151.

⁹⁴ Siehe NOTH/KAISER (FN 68), N 151.

⁹⁵ Siehe zum Ganzen Botschaft UWG 1983 (FN 91), S. 1060.

⁹⁶ Vgl. Botschaft UWG 1983 (FN 91), S. 1060; SHK UWG-Jung (FN 80), Art. 2 N 6, 10; BSK UWG-HILTY (FN 80), Art. 2 N 24; NOTH/KAISER (FN 68), N 160.

⁹⁷ Siehe NOTH/KAISER (FN 68), N 161.

Messbarkeit des Einflusses ergibt sich aus den in Google Ads integrierten Mess- und Optimierungstools sowie durch den Einsatz weiterer Webanalyse-Tools.⁹⁸

5.3.2. Beeinflussung des Verhältnisses der Marktteilnehmer

[17] Hinsichtlich des Einflusses auf die Beziehung der Marktteilnehmer wird zum einen vom Verhältnis der Marktteilnehmer gesprochen,⁹⁹ wonach die Relation zwischen Anbieter und Abnehmer (bspw. zwischen OPTIMUM und seinen Kunden) oder das Verhältnis zwischen den Wettbewerbern¹⁰⁰ (OPTIMUM versus GLASKLAR) beeinflusst werden muss.¹⁰¹ Zum anderen muss das entsprechende Verhalten markt- resp. wettbewerbsrelevant sein.¹⁰² Unter dem Terminus *Marktrelevanz* kann in casu die Nutzung von Google Ads als Werbemassnahme problemlos subsumiert werden, da das Ziel der Verwendung dieses Werbetoole darin besteht, potenzielle Kunden abzufangen, womit der Einsatz von Google Ads einem beabsichtigten (marktrelevanten) Rechtsgeschäft meist vorausgeht.¹⁰³

5.3.3. Verstoss gegen Treu und Glauben

[18] Analog zu Art. 2 ZGB ist die Terminologie *Vertrauen* auch im Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 2 UWG das zentrale Element.¹⁰⁴ Demnach müssen die jeweiligen Marktteilnehmer auf ein faires, anständiges und redliches Verhalten anderer Marktteilnehmer vertrauen können.¹⁰⁵ Im beschriebenen Kontext sind mit Verweis auf die bereits erwähnte zu schützende Geschäftsmoral¹⁰⁶ (s. o.) folgende Fragen in den Mittelpunkt zu stellen: Kann von einem fairen, anständigen und redlichen Verhalten eines Konkurrenten ausgegangen werden, wenn dieser den Namen seines (mindestens so bekannten) Mitstreiters wissentlich zum Zweck der verbesserten Auffindbarkeit in das Google-Ads-System einbucht? Ist es geschäftsmoralisch vertretbar, durch die Bekanntheit des Dritten Adressaten, die ursprünglich die Website des Namensinhabers besuchen wollten, auf die eigene Website zu leiten? Neben dem Schutz der Funktionen des Wettbewerbs sollten geschäftsmoralische Überlegungen i. S. der Generalklausel von Art. 2 UWG m. E. bei diesen Fragen unbedingt beachtet werden¹⁰⁷, da bereits anhand der Materialien zum aktuellen UWG unmissverständlich erkennbar ist, dass neben den ökonomischen auch geschäftsmoralische Kriterien unter diesem Artikel zu berücksichtigen sind, weil beide Aspekte im Falle eines

⁹⁸ Siehe PELZER/SOMMEREGGER/LINNEBRINK (FN 14), S. 491.

⁹⁹ Vgl. BSK UWG-HILTY (FN 80), Art. 2 N 44, Siehe NOTH/KAISER (FN 68), N 164.

¹⁰⁰ Vgl. BGE 133 III 431 E. 4.1 und 4.3; BGer v. 4. Juli 2013, 6B_188/2013, E. 6.3; Botschaft UWG 1983 (FN 91), S. 1061; Siehe NOTH/KAISER (FN 68), N 165.

¹⁰¹ Vgl. BGer v. 5. September 2018, 6B_106/2018, E. 2.4.1; BGE 120 II 76 E. 3a.; Siehe NOTH/KAISER (FN 68), N 164 f.

¹⁰² Statt vom wettbewerbsrelevanten Verhalten verwendet die Rechtsprechung und Lehre auch die Terminologie vom wettbewerbsgerichteten bzw. vom marktrelevanten oder marktgerichteten Verhalten, Vgl. BGer v. 5. September 2018, 6B_106/2018, E. 2.4.1; BGE 120 II 76 E. 3a.; Siehe NOTH/KAISER (FN 68), N 164.

¹⁰³ Vgl. DAVID/REUTTER (FN 42), N 10; Vgl. BGE 120 II 331 E. 2.

¹⁰⁴ Siehe BAUDENBACHER (FN 91), Art. 2 UWG N 17; Siehe NOTH/KAISER (FN 68), N 154f.

¹⁰⁵ Siehe NOTH/KAISER (FN 68), N 155; Siehe auch Geschäftsmoral als eines von zwei zentralen Schutzobjekten des UWGs, oben Kapitel 5.1.

¹⁰⁶ Siehe Schutzobjekte des UWG: Der lautere und unverfälschte Wettbewerb, oben Kapitel 5.1.

¹⁰⁷ Zum Ganzen: Botschaft UWG 1983 (FN 91), S. 1039, S. 1042; Anstelle vieler auch BGE 133 III 431 E. 4.2 f.; Vgl. andere Meinungen in NOTH/KAISER (FN 68), N 132.

Verstosses gegen Treu und Glauben i. S. v. Art. 2 UWG erfasst werden.¹⁰⁸ Des Weiteren steht der Tatbestand der lauterkeitsrechtlichen Treuwidrigkeit in Art. 2 UWG im Mittelpunkt.¹⁰⁹ Als typisches und zentrales Beispiel für die in Art. 2 UWG genannte Treuwidrigkeit steht die Bezeichnung *Täuschung*.¹¹⁰ Die wesentliche Unterschlagung relevanter sowie das Äussern oder Andeuten falscher oder unklarer Informationen ist als geschäftsunmoralische Treuwidrigkeit aufzufassen und somit unerwünscht.¹¹¹ Dabei genügt das reine Bewirken einer Täuschungsgefahr ohne tatsächlichen Eintritts dieser¹¹², was m. E. schon dadurch gegeben ist, dass die ausgespielten Anzeigen in der Trefferliste trotz des werberechtlichen Trennungsgebots¹¹³ kaum mehr von den organischen Suchergebnissen differenziert werden können. Entgegen der Meinung in der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹¹⁴ dürfte m. E. dem Durchschnittsadressaten kaum mehr unterstellt werden, er könne eine Anzeige als bezahlte Werbung erkennen.¹¹⁵ Somit ist das Bewirken einer Täuschungsgefahr durch die Verwendung eines fremden Kennzeichens und damit durch die Andeutung unklarer Informationen analog des Beispiels von <tuttifix> m. E. geschäftsunmoralisch, treuwidrig und deshalb deutlich als gegeben zu betrachten. Um bestimmte Verhaltensweisen¹¹⁶ korrekt einzuordnen, wurden von der Lehre und der Rechtsprechung Fallgruppen zusammengefasst, die gegen die Generalklausel verstossen.¹¹⁷ Um die hier vertretene Meinung im Bezug auf die Generalklausel zu bekräftigen, werden die Fallgruppen nachfolgend ebenfalls erläutert.

5.4. Fallgruppen zu Art. 2 UWG

[19] Die nachfolgende Auflistung ist nicht abschliessend. Es werden nur die m. E. relevantesten drei Fallgruppen diskutiert: die Ausbeutung, die Behinderung und die unlautere Kundenbeeinflussung.

5.4.1. Ausbeutung

[20] Die Ausbeutung wird vorliegend ausschliesslich auf Art. 2 UWG bezogen,¹¹⁸ auch wenn dieses Verhalten als Tatbestand in den normierten Spezialtatbeständen von Art. 3 Abs. 1 lit. d¹¹⁹ und

¹⁰⁸ Siehe Botschaft UWG 1983 (FN 91), S. 1042 f.

¹⁰⁹ Siehe Botschaft UWG 1983 (FN 91), S. 1059.

¹¹⁰ Siehe Botschaft UWG 1983 (FN 91), S. 1025, S. 1059 f.; BAUDENBACHER (FN 91), Art. 2 UWG N 27.

¹¹¹ Siehe NOTH/KAISER (FN 68), N 156.

¹¹² Siehe NEVERAUSKAS (FN 7), N 467.

¹¹³ Siehe FN 43.

¹¹⁴ BGer 4A_235/2020 vom 1. Dezember 2020, E. 7.7.7.

¹¹⁵ Siehe Begriff und Funktion des Keyword-Advertisings, oben Kapitel 2.

¹¹⁶ Siehe Verhalten und Geschäftsgebaren, oben Kapitel 5.3.

¹¹⁷ Vgl. die Übersicht m.w.H. BSK UWG-HILTY (FN 80), Art. 2 N 65; Siehe NOTH/KAISER (FN 68), N 212.

¹¹⁸ Siehe NOTH/KAISER (FN 68), N 213.

¹¹⁹ Siehe NEVERAUSKAS (FN 7), N 469.

lit. e¹²⁰ UWG Erwähnung findet.¹²¹ Die Ausbeutung im Sinne des Art. 2 UWG kann in casu in die beiden Unterkategorien der A) Nachahmung¹²² und B) Rufausbeutung¹²³ aufgeteilt werden.¹²⁴

A) Nachahmung

[21] «Eine Nachahmung ist unlauter, wenn sie nicht anders denn als *Anlehnung* an das Unternehmen [...] eines Dritten *zum Zwecke der Rufausbeutung* erklärt werden kann.»¹²⁵ In diesem Sinne erscheint eine detailliertere Ausführung der *Rufausbeutung durch unnötige Anlehnung* nachfolgend als sinnvoll.

B) Rufausbeutung durch unnötige Anlehnung

[22] Unter unnötiger Anlehnung bzw. Rufausbeutung kann das Hervorrufen einer Gedankenassoziation zu einem Mitbewerber oder dessen Kennzeichen verstanden werden, womit die Steigerung der Aufmerksamkeit und/oder ein Imagetransfer für das eigene Unternehmen bezweckt wird.¹²⁶ Dabei genügt es, wenn der Anlehrende von der erhöhten Aufmerksamkeit profitiert; ein erfolgter Imagetransfer ist folglich keine zwingende Voraussetzung.¹²⁷ In diesem Sinne kann auch von *Trittbrettfahren* die Rede sein.¹²⁸ Dabei lässt sich zwischen offener¹²⁹ und verdeckter¹³⁰ Anlehnung unterscheiden.¹³¹ Von Erstgenannter wird im Rahmen der Lehre bspw. gesprochen, wenn der Name eines Mitbewerbers durch explizite Bezugnahme auf diesen oder dessen Produkte verwendet wird.¹³² Erfolgt allerdings nicht ausdrücklich eine Bezugnahme auf den Namen eines Konkurrenten, indem dieser bspw. nicht explizit im Werbetext genannt wird, kann von einer verdeckten unlauteren Anlehnung gesprochen werden.¹³³ In diesem Fall wird nämlich ebenfalls eine Gedankenassoziation erzielt, was gemäss Bundesgericht bspw. eine Annäherung an ein Kennzeichen darstellt.¹³⁴ Entscheidend bei einer verdeckten Anlehnung ist die Frage, ob die Verwendung des fremden Kennzeichens objektiv zur Rufausbeutung geeignet ist, was nur der Fall sein kann, wenn sich eine Assoziation zu einem anderen Unternehmen herstellen lässt.¹³⁵ Allgemein ist neben dem Erfordernis des Vorliegens eines guten Rufs allem voran die Unnötig-

¹²⁰ Siehe NEVERAUSKAS (FN 7), N 474; Vgl. auch BGE 135 III 446 – Maltesers, E. 7.1.

¹²¹ m.w.V. NOTH/KAISER (FN 68), N 213.

¹²² Siehe NOTH/KAISER (FN 68), N 214.

¹²³ Siehe NOTH/KAISER (FN 68), N 227.

¹²⁴ Siehe NOTH/KAISER (FN 68), N 213 ff.; Zu unlauteren Werbe- und Verkaufsmethoden vgl. auch BAUDENBACHER (FN 91), Art. 2 UWG N 28; SHK UWG-Jung (FN 80), Art. 2 N 17; wohl gleich BSK UWG-HILTY (FN 80), Art. 2 N 44.

¹²⁵ NOTH/KAISER (FN 68), N 220.

¹²⁶ Siehe BGE 135 III 446, E. 7.1; BSK UWG-HILTY (FN 80), Art. 2 N 124; BAUDENBACHER (FN 91), Art. 2 UWG N 234 f.; SHK UWG-Jung (FN 80), Art. 2 N 105; m.w.V. NOTH/KAISER (FN 68), N 227.

¹²⁷ BARBARA ABEGG, Der Gebrauch der fremden Marke im Geschäftsverkehr, Eine marken- und lauterkeitsrechtliche Untersuchung nach schweizerischem und europäischem Recht, Diss. Bern 2013.

¹²⁸ Siehe NOTH/KAISER (FN 68), N 227.

¹²⁹ Vgl. SHK UWG-Jung (FN 80), Art. 2 N 104; BAUDENBACHER (FN 91), Art. 2 UWG N 240.

¹³⁰ Vgl. BGer v. 7. Juli 2008, 4A_103/2008, E. 6.; SHK UWG-Jung (FN 80), Art. 2 N 103.

¹³¹ Zur Unterscheidung zwischen offener und verdeckter Anlehnung auch BSK UWG-HILTY (FN 80), Art. 2 N 125; BAUDENBACHER (FN 91), Art. 2 UWG N 240; Siehe auch NOTH/KAISER (FN 68), N 227.

¹³² Siehe FN 131.

¹³³ Siehe NOTH/KAISER (FN 68), N 227.

¹³⁴ Siehe FN 132.

¹³⁵ Vgl. BGE 83 II 154, E. 4a.; Siehe auch NOTH/KAISER (FN 68), N 228.

keit der Bezugnahme als entscheidendes Kriterium zu beachten.¹³⁶ Ist eine Anlehnung an bspw. ein Konkurrenzunternehmen nicht sachlich zu rechtfertigen oder geht dies über eine zulässige Rechtfertigung hinaus, wird eine solche Handlung als unnötig angesehen.¹³⁷ «Das Bundesgericht entwickelte damit eine Art *nicht anders zu erklären als-Test* für die Beurteilung, ob eine Anlehnung unlauter ist.»¹³⁸ Mit diesem Test soll überprüft werden, ob sachliche Gründe für die Wahl und den Einsatz eines Kennzeichens vorliegen oder ob beim Fehlen solcher die Anlehnung tatsächlich *nicht anders als* unlauter verstanden werden muss.¹³⁹ Die unnötige Anlehnung ist gemäss Lauterkeitskommission zu vermuten, wenn die Anlehnung wiederholt vorkommt oder systematisiert wird.¹⁴⁰ Auch explizite oder implizite Bezugnahmen, anhand derer ein Vergleich angestrebt wird (z. B.: die bessere Alternative für...), werden von der Rechtsprechung¹⁴¹ als problematisch erachtet.¹⁴² Obwohl das Bundesgericht einen relativ strengen Massstab für die unnötige Anlehnung festlegt,¹⁴³ sollte nach hier vertretener Meinung und auch im Sinne des Bundesgerichts das entscheidende Kriterium, um eine unnötige Anlehnung befürworten oder ablehnen zu können, die sachliche Rechtfertigung sein.¹⁴⁴ Diese sollte nur unter strengen Voraussetzungen i. S. d. Wettbewerbsförderung und im Rahmen des geschäftsmoralischen Ansatzes akzeptiert werden.¹⁴⁵ Unter Berücksichtigung dieser Erkenntnisse und nach hier vertretener Meinung ist das willentliche Einbuchten eines fremden Kennzeichens ins Google-Ads-System, wie am Beispiel «tuttifix» (s. o.) gezeigt, unnötig, da anzuzweifeln ist, dass für dieses Verhalten ein genügend sachlicher Rechtfertigungsgrund vorliegt.¹⁴⁶

5.4.2. Unlautere Kundenbeeinflussung: Manipulative Geschäftspraktiken

[23] «Das Verbot unlauterer Kundenbeeinflussung soll gewährleisten, dass Kunden ihre Entscheidung frei und ungehindert fällen können und Kunden nicht in unlauterer Weise von einem Angebot zu einem anderen umgeleitet werden.»¹⁴⁷ Dies kann u. a. durch *manipulative Geschäftspraktiken*¹⁴⁸ geschehen, worunter u.a. «das gezielte Ausnutzen von Unerfahrenheit und Leichtgläubigkeit»¹⁴⁹ subsumiert werden kann.¹⁵⁰ In diesem Kontext stellt sich die Frage, ob und inwiefern ein Google-User als unerfahren und/oder leichtgläubig gilt. Dies betrifft insbesondere die Fähigkeit, zwi-

¹³⁶ Siehe BGE 135 III 446, E. 7.1; ABECC (FN 127) S. 133; NOTH/KAISER (FN 68), N 230.

¹³⁷ Siehe FN 136.

¹³⁸ NOTH/KAISER (FN 68), N 230, mit Verweis zum Ganzen BGE 135 III 446, E. 7.1.

¹³⁹ Siehe FN 138.

¹⁴⁰ Siehe SLK-Grundsätze, Grundsatz Nr. B.3, S. 9.

¹⁴¹ Siehe BGE 58 II 461.

¹⁴² Vgl. NOTH/KAISER (FN 68), N 233.

¹⁴³ Vgl. BGE 135 III 446, E. 7.1; NOTH/KAISER (FN 68), N 233.

¹⁴⁴ Vgl. FN 137.

¹⁴⁵ Gl. M. NOTH/KAISER (FN 68), N 233; SHK UWG-Jung (FN 80), Art. 2 N 104; anders etwa: BSK UWG-HILTY (FN 80), Art. 2 N 126; Zur unterschiedlichen Gewichtung des funktionalen Ansatzes und des geschäftsmoralischen Ansatzes in Lehre und Rechtsprechung vgl. FN 82 ff.

¹⁴⁶ Siehe FN 136 ff.

¹⁴⁷ NOTH/KAISER (FN 68), N 258; Siehe BAUDENBACHER (FN 91), Art. 2 UWG N 42; SHK UWG-Jung (FN 82), Art. 2 N 36.

¹⁴⁸ Vgl. NOTH/KAISER (FN 68), N 277 ff.

¹⁴⁹ NOTH/KAISER (FN 68), N 281.

¹⁵⁰ Vgl. SHK UWG-Jung (FN 80), Art. 2 N 67; NOTH/KAISER (FN 68), N 281.

schen bezahlten und organischen Suchergebnissen unterscheiden zu können, nachdem der User einen bestimmten Firmennamen, wie im Fall <tuttifix>, als Suchbegriff eingegeben hat.¹⁵¹ Demnach müsste ein überwiegender Teil der Google-User im Sinne des *Durchschnittslesers*¹⁵² zwischen Google Ads und den organischen Suchergebnissen unterscheiden können, was aber – wie bereits gezeigt – bei rund 60 % der Befragten im Rahmen einer Untersuchung nicht der Fall war.¹⁵³ Und das, obwohl Werbung aufgrund des Trennungsgebots als solche *eindeutig* erkennbar sein müsste.¹⁵⁴ Durch die von Google regelmässig vorgenommenen Visualisierungsannäherungen¹⁵⁵ der Werbeanzeigen an die organischen Suchergebnisse wird «das gezielte Ausnutzen von Unerfahrenheit und Leichtgläubigkeit»¹⁵⁶ der Google-User durch die werbenden Unternehmer noch weiter vereinfacht.¹⁵⁷

5.5. Zwischenfazit Generalklausel Art. 2 UWG

[24] Meines Erachtens sind die Tatbestandsmerkmale bei der Nutzung fremder Kennzeichen für eigene Werbezwecke i. S. d. Generalklausel Art. 2 UWG erfüllt. Darüber hinaus könnten auch die Tatbestände des Art. 3 UWG erfüllt sein, insbesondere die Irreführung über die Firma und Unternehmung nach Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG durch unnötige Anlehnung eines Mitbewerbers an eine andere (in casu falsche) Firma.¹⁵⁸ Aber auch die Tatbestände der Verwechslungsgefahr nach Art. 3 Abs. 1 lit. d¹⁵⁹ und die vergleichende Werbung im Falle der Anlehnung i. S. v. Art. 3 Abs. 1 lit. e¹⁶⁰ können zur Anwendung kommen.

6. Lauterkeitsrecht: Spezialtatbestände (Art. 3 UWG)

[25] Obschon die Generalklausel m.E. im Falle von unklaren Konturen in der vorliegend behandelten Problematik als Auffangnorm in jedem Fall Anwendung finden kann, ist diese im Vergleich zu den Spezialtatbeständen nicht strafbewehrt (vgl. Art. 23 UWG) weshalb die oben genannten Spezialtatbestände Art. 3 Abs. 1 lit. b, d und lit. e UWG zumindest kurz geprüft und diskutiert werden.

¹⁵¹ Siehe FN 128 ff.

¹⁵² Siehe FN 72 ff., insbesondere Meinung des Bundesgerichts FN 76: «Für Durchschnittsadressaten sei erkennbar, dass Anzeigen bezahlte Werbung seien (...)».

¹⁵³ Siehe FN 20.

¹⁵⁴ Siehe FN 43.

¹⁵⁵ Vgl. KERSTIN NEISSL, Websiteboosting, (R)Evolution Google Ads – die spannende Entwicklung der bezahlten Suchanzeigen, <https://www.websiteboosting.com/magazin/53/revolution-google-ads-die-spannende-entwicklung-der-bezahlten-suchanzeigen.html>.

¹⁵⁶ Siehe FN 153.

¹⁵⁷ Siehe FN 16 ff.

¹⁵⁸ Vgl. BGE 103 IV 202 E. 1; vgl. auch BGE 123 III 220, E. 4c; Siehe auch MAGDA STREULI-YOUSSEF, Unlautere Werbe- und Verkaufsmethoden (Art. 3 UWG), in: Magda Streuli-Youssef (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Lauterkeitsrecht, Band V/1, 3. Aufl., Basel 2020, N 60, N 63; WEBER/VOLZ (FN 2), N 320, N 322.

¹⁵⁹ Siehe STREULI-YOUSSEF (FN 158), N 95, N 96.

¹⁶⁰ Siehe NOTH/KAISER (FN 68), N 237.

6.1. Art. 3 Abs. 1 lit. b: Insbesondere Irreführung über die Firma und Unternehmung

[26] In Art. 956 Abs. 1 OR wird der Schutz der im Handelsregister eingetragenen Firmen normiert.¹⁶¹ Mit diesem Schutzbehelf steht dem Berechtigten die Firma als Name i.w.S. zum ausschliesslichen Gebrauch zu.¹⁶² Der Name im Sinne einer Firma ist demnach die *rechtlich* (durch den Registereintrag) *anerkannte Kennzeichnung*, welche u. a. zur Unterscheidung von Einzel- und Verbandspersonen sowie Stiftungen des Privatrechts dient.¹⁶³ Dieser Ausschliesslichkeitsanspruch kann i. S. v. Art. 956 OR allerdings nur dann durchgesetzt werden,¹⁶⁴ wenn eine Verwechslungsgefahr vorliegt.¹⁶⁵ Fehlt eine solche, kann die Verletzung des firmenrechtlichen Täuschungsverbots e contrario folglich nicht nach Firmenrecht i. S. des OR, allerdings gestützt auf Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG geschützt und klageweise geltend gemacht werden.¹⁶⁶ Schliesslich werden die firmenrechtlichen Vorschriften durch die Strafbestimmungen von Art. 326^{ter} StGB verstärkt, worin die Norm besagt: «Die Firma dient u. a. der Individualisierung des Unternehmens. Sie muss wahr sein und darf zu keinen Täuschungen über Identität und Natur des Geschäftes und zu keinen Verwechslungen mit anderen Unternehmen führen. (...)»¹⁶⁷ Eine Irreführung nach dieser Norm kann in dem Fall angenommen werden, wenn aufgrund des Gesamteindrucks eine entsprechende objektive Verwechslungsgefahr vorliegt.¹⁶⁸ Eine Irreführung des Kunden dürfte indes darin begründet liegen, dass dieser sich möglicherweise mit den Waren und/oder Angeboten einer Website des (Konkurrenz-)Unternehmens unter den gegebenen Umständen nur deshalb beschäftigt, da er mangels Unterscheidungsfähigkeit zwischen organischen und bezahlten Suchergebnissen mit grosser Wahrscheinlichkeit auf eine angezeigte Werbung der Konkurrenz klickt.¹⁶⁹ Dies geschieht dann, obwohl er mit der Eingabe eines konkreten Firmennamens ein bestimmtes Unternehmen assoziiert und ein dementsprechend relevantes und richtiges Suchergebnis erwarten dürfte.¹⁷⁰ Schliesslich wird auch bei einer verdeckten Anlehnung an einen Mitbewerber eine Gedankenassoziation bei einem User erzeugt, da diese gemäss Bundesgericht bspw. eine Annäherung an eine Marke darstellt,¹⁷¹ womit folglich auch der Tatbestand der Rufausbeutung vorliegt.¹⁷² Demnach liegt nicht nur eine Irreführung über eine Firma durch unnötige Anlehnung eines Mitbewerbers an eine andere (in casu falsche) Firma vor.¹⁷³ In Zusammenhang mit Art. 3

¹⁶¹ Vgl. HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Aufl., Bern 2016, N 16.02.

¹⁶² Siehe ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht: Mit neuem Firmen- und künftigem Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform, 12. Aufl., Bern 2018, § 7 N 106.

¹⁶³ Siehe HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (FN 161), N 16.03.

¹⁶⁴ Vgl. PATRICK TROLLER, Kollisionen zwischen Firmen, Handelsnamen und Marken, Diss. Bern 1980, S. 115 ff.; Siehe STREULI-YOUSSEF (FN 158), N 63.

¹⁶⁵ Siehe STREULI-YOUSSEF (FN 158), N 63.

¹⁶⁶ Siehe STREULI-YOUSSEF (FN 158), N 63.

¹⁶⁷ Vgl. BGE 103 IV 202 E. 1; vgl. auch BGE 123 III 220, E. 4c; M.w.V. STREULI-YOUSSEF (FN 158), N 60.

¹⁶⁸ WEBER/VOLZ (FN 2), N 320.

¹⁶⁹ Siehe FN 16 ff.

¹⁷⁰ Siehe FN 25f.

¹⁷¹ Vgl. BGer 4A_103/2008 vom 7. Juli 2008, E. 6.

¹⁷² Siehe FN 134.

¹⁷³ WEBER/VOLZ (FN 2), N 322.

lit. b UWG kann nach hier vertretener Meinung zudem die Irreführung unter den Terminus des unlauteren Kundenfangs subsumiert werden.¹⁷⁴

6.2. Art. 3 Abs. 1 lit. d: Verwechslungsgefahr

[27] Unter anderem wird Art. 3 Abs. 1 lit. d UWG als wettbewerbsrechtlicher Kennzeichenschutz bezeichnet.¹⁷⁵ Nach diesem Tatbestand ist jedes Verhalten verpönt, das geeignet ist, Verwechslungen – in casu insbesondere mit Leistungen und dem Geschäftsbetrieb eines anderen – herbeizuführen.¹⁷⁶ Im Wesentlichen wird unter Verwechslungsgefahr die Irreführung des Verkehrs über die Herkunft von Waren oder Leistungen verstanden.¹⁷⁷ Zu betonen bleibt hierbei, dass der Terminus Verwechslungsgefahr für das gesamte Kennzeichenrecht im gleichen Sinne zu verstehen ist, unabhängig davon, ob es sich um namens-, zeichen- oder wettbewerbsrechtliche Ansprüche handelt.¹⁷⁸ Im Kern sind drei Anwendungsbereiche für diese Norm zu unterscheiden: Sie kann bspw. kumulativ zu zivilrechtlichen Vorschriften (zu denken ist hier u. a. an den Namensschutz) angewendet werden.¹⁷⁹ Aber auch eine ergänzende Verwendung dieser Norm ist denkbar, wenn die namens-, firmen- und markenrechtlichen Schutzbestimmungen versagen.¹⁸⁰ Des Weiteren kann die Norm dort ausschliesslich anwendbar sein, wo ein spezialrechtlicher Schutz des Immaterialgüterrechts fehlt.¹⁸¹ Vorliegend interessiert die Frage, ob ein Unternehmen als Keyword auch Kennzeichen eingeben darf, die einem anderen Unternehmen zustehen. Dies wäre nach dem Gesagten nur zulässig, wenn der User nicht zu einem Irrtum über die betriebliche Herkunft oder die Identität des Unternehmens veranlasst wird.¹⁸² Nach vorherrschender Meinung sei ein solcher Irrtum unwahrscheinlich, wenn das fremde Kennzeichen nicht in den Anzeigentext aufgenommen wird, da der Internetnutzer die Anzeige zahlreicher Produkte verschiedener Hersteller im Internet gewohnt sei.¹⁸³ Es könne also nur unter besonderen Umständen Verwechslungsgefahr entstehen.¹⁸⁴ Massgebend bei der Beurteilung, ob Verwechslungsgefahr vorliege oder nicht, sei das Verständnis des *unbefangenen Durchschnittslesers*, der *beteiligten Verkehrskreise* oder des *Durchschnittskäufers*.¹⁸⁵ Die Beurteilung, ob eine Verwechslungsgefahr vorliegt, sei letztlich eine Rechtsfrage, die vom Bundesgericht im Rahmen einer Beschwerde frei überprüft wird.¹⁸⁶

¹⁷⁴ Vgl. WEBER/VOLZ (FN 2), N 201.

¹⁷⁵ Siehe STREULI-YOUSSEF (FN 158), N 95.

¹⁷⁶ Siehe STREULI-YOUSSEF (FN 158), N 95.

¹⁷⁷ Siehe STREULI-YOUSSEF (FN 158), N 97.

¹⁷⁸ BGE 117 II 201; 116 II 370 E. 4a; OGer ZH, SMI 1995, 139; vgl. auch BGE 117 II 199 E. 2a: «Der Begriff der Verwechslungsgefahr ist dabei für den Bereich des gesamten Kennzeichnungsrechts ein einheitlicher»; BGE 116 II 370 E. 4a; OGer ZH, SMI 1995, 142.

¹⁷⁹ Vgl. P. TROLLER (FN 164), S. 117f., S.151, S. 198; Siehe STREULI-YOUSSEF (FN 158), N 96.

¹⁸⁰ Vgl. P. TROLLER (FN 164), S. 115, S. 150; Siehe auch STREULI-YOUSSEF (FN 158), N 96.

¹⁸¹ M.w.V. STREULI-YOUSSEF (FN 158), N 96.

¹⁸² ANDREAS HEINEMANN, in: Reto Heizmann/Leander D. Loacker (Hrsg.), UWG Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zürich/St. Gallen 2018, Art. 3 Abs. 1 lit. d/V. – VI. N 148.

¹⁸³ Siehe m.w.V. HEINEMANN (FN 182), N 148; Vgl. OGer TG, sic! 2012, 387, E. 7d.

¹⁸⁴ Vgl. SHK MSchG-DORIGO/THOUVENIN, (FN 35), Art. 13 N 49; HEINEMANN (FN 182), N 148.

¹⁸⁵ Vgl. BGE 116 II 365 E. 4; Siehe auch BGE 94 IV 34 E. 1: «Massgebend ist vielmehr, welchen Sinn der unbefangene Leser den Inseraten in guten Treuen beilegen darf»; STREULI-YOUSSEF (FN 158), N 103.

¹⁸⁶ Siehe BGE 126 III 315 E. 4b; vgl. auch BGE 94 IV 34 E. 1; M.w.V. STREULI-YOUSSEF (FN 158), N 105.

6.3. Art. 3 Abs. 1 lit. e: Vergleichende Werbung im Falle der Anlehnung

[28] Zur hier aufgeführten Norm kann in Kürze folgendes festgehalten werden: Nimmt ein Marktteilnehmer in der Werbung Bezug auf einen Mitbewerber und beinhaltet diese Werbung einen Vergleich mit dem assoziierten Unternehmen, sind Fälle unnötiger Anlehnung neben Art. 2 UWG auch unter Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG unlauter.¹⁸⁷ Fehlt aber ein offensichtlicher Vergleich bspw. indem die offensichtliche Bezugnahme eines Mitbewerbers in einer Google Ads Anzeige nicht einem Imagetransfer i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. e UWG, wohl aber der *Erhöhung der Aufmerksamkeit* für eigene Produkte oder Dienstleistungen dient, ergibt sich die Unlauterkeit alleine aus der Generalklausel von Art. 2 UWG, welcher in casu als Auffangnorm dient.¹⁸⁸

7. Kritische Würdigung und eigene Stellungnahme

[29] Die dargelegte Auffassung der h. L., der kantonalen Rechtsprechung sowie der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist nach hier vertretener Meinung aus den folgenden Gründen abzulehnen: Bisherige herrschende Lehrmeinungen und Gerichtsentscheide zur formulierten Fragestellung stützten ihre verfochtenen Argumente auf in- und ausländische Urteile, die in den Jahren vor 2016 gefällt wurden, teilweise, als die Google-Ads-Anzeigen sogar noch auf der rechten Seite der Suchergebnisse erschienen.¹⁸⁹ Es ist m.E. deshalb dringend eine kritische Neubetrachtung der marken- sowie lauterkeitsrechtlichen Beurteilung hinsichtlich der aktuellen Situation notwendig. Aufgrund der Entscheide von früher wird nämlich regelmässig auf die Kenntnis der User abgestellt, innerhalb der bezahlten Anzeigen zwischen konkurrierenden Anbietern unterscheiden zu können.¹⁹⁰ In diesem Zusammenhang wird dem User gewohnheitsmässig unterstellt, dass er weiss, was Google-Ads-Anzeigen sind, und folglich zwischen bezahlten sowie organischen Suchergebnissen differenzieren kann – schliesslich müssten sich redaktionelle von gekauften Beiträgen nach Schweizer Werberecht deutlich unterscheiden können.¹⁹¹ Wird die historische Entwicklung der abzugrenzenden Google-Ads-Markierungen betrachtet und verglichen, so ist erkennbar, dass die Unterscheidungskraft der Anzeigen gegenwärtig nur noch in einer geringen Masse vorhanden ist.¹⁹² Diese Tatsache wird u. a. von repräsentativen Umfragen gestützt, wonach zwischen 50 % und 60 % der User bereits im Jahr 2018 nicht mehr zwischen organischen und bezahlten Anzeigen differenzieren konnten, obwohl sich die Anzeigen damals noch viel deutlicher von den organischen Suchergebnissen unterschieden haben.¹⁹³ Insofern kann entgegen der herrschenden Meinung von Lehre und Rechtsprechung m. E. auf die unlautere Kundenbeeinflussung im Sinne einer manipulativen Geschäftspraktik eines Konkurrenten abgestellt werden,¹⁹⁴ der die Unerfahrenheit von mehr als 50 % der Google-User (*Durchschnittsleser*) ausnutzt.¹⁹⁵ Auch

¹⁸⁷ Siehe NOTH/KAISER (FN 68), N 237.

¹⁸⁸ HGer AG v. 8. September 2016, sic! 2017, S. 423, E. 5.3; Siehe NOTH/KAISER (FN 68), N 237.

¹⁸⁹ Siehe FN 14.

¹⁹⁰ Vgl. OGer TG v. 7. September 2011, sic! 2012, S. 387.

¹⁹¹ Siehe VOLZ (FN 43), S. 1.

¹⁹² Vgl. NEISSL (FN 155); Siehe auch Praktisches Beispiel (tuttifix) oben Kapitel. 4.1.

¹⁹³ Siehe FN 18, Abbildung 1; Vgl. NEISSL (FN 155).

¹⁹⁴ Vgl. Unlautere Kundenbeeinflussung, oben Kapitel 5.4.2.

¹⁹⁵ Siehe FN 20; Vgl. Unlautere Kundenbeeinflussung, oben Kapitel 5.4.2.

die unlautere Rufausbeutung im Sinne der Generalklausel von Art. 2 UWG und im Kontext der unnötigen Anlehnung ist m. E. entgegen der herrschenden Meinung zu bejahen.¹⁹⁶ Wie einleitend in Kapitel 4 (Praktische und rechtliche Problemfelder) erwähnt, beschränkt sich vorliegender Aufsatz ausschliesslich auf Kennzeichen von Schweizer KMU i.S.v. Firmennamen¹⁹⁷ und nicht auf die Marken/Kennzeichen derer Produkte oder auf zwischenhändlerähnliche Konstellationen. Somit dürfte m.E. Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG i.V.m Art 2 UWG beim verdeckten Verwenden fremder Kennzeichen (i.S.v. fremden Firmen- resp. Unternehmensnamen) durch das Google Ads System bejaht werden. Schliesslich handelt es sich gemäss den Ausführungen oben in Kap. 5.4.1. um eine verdeckte Anlehnung an einen Mitbewerber durch Erzeugung einer Gedankenassoziation beim User,¹⁹⁸ womit folglich auch der Tatbestand der Rufausbeutung vorliegt.¹⁹⁹ Sollte der vorliegende Tatbestand in dieser oder zumindest vergleichbarer Art nicht unter die Spezialnormen von Art. 3 UWG subsumierbar sein, kann Art. 2 UWG aufgrund der erläuterten Ausführungen zu den allgemeinen Prüfungsgrundsätzen als Auffangnorm herangezogen werden. Schliesslich lassen sich ergänzend die SLK-Grundsätze²⁰⁰ konsultieren, die jedoch an dieser Stelle aufgrund des begrenzten Umfangs nicht weiter erläutert werden.

8. Zusammenfassung

[30] Um die Frage nach der Art der lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeit der Nutzung eines fremden Kennzeichens für eigene Werbezwecke innerhalb des Google-Ads-Systems richtig beantworten zu können, ist nicht nur ein grundlegendes Verständnis des Keyword-Advertisings im vorliegend verstandenen Sinne notwendig. Auch eine tiefergehende Auseinandersetzung mit dem Werberecht ist erforderlich. In der Lehre und der Rechtsprechung wird zwischen der verdeckten Verwendung des Keywords im Google-Ads-System (hintergründig) und der zusätzlichen Benutzung des Keywords im sichtbaren Anzeigentext unterschieden. Anhand aller erläuterten praktischen und juristischen Problemfelder wird ersichtlich, dass die Frage nach der Zulässigkeit von fremden Kennzeichen bzw. Markennamen innerhalb des Keyword-Advertisings nicht einheitlich beantwortet werden kann. Findet in der Schweiz kein medienpezifisches Werberecht vorrangig Anwendung, so wird das allgemeine Werberecht v. a. ins Marken- bzw. Lauterkeitsrecht eingebettet. Da durch den Gesetzgeber keine abschliessende Aufzählung unlauterer Einzeltatbestände – vor allem im Hinblick auf den schnellen Wandel im Bereich des Internets und der Onlinewerbung – möglich war und um ebenfalls neu auftauchende Missbräuche aufzufangen, bildet Art. 2 UWG als Generalklausel die gesetzliche Auffangnorm für Fälle, die nicht einzeln in den Spezialtatbeständen erfasst sind. Eine höchstrichterliche Rechtsprechung zur Frage der lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeit der hier dargelegten Nutzung fremder Kennzeichen i.S.v. Firmen- resp. Unternehmensnamen für das Google-Ads-System nach Schweizer Recht existiert zum Entstehungszeitpunkt dieses Aufsatzes noch nicht explizit. Obwohl das hintergründige Buchen eines Kennzeichens der Konkurrenz als Keyword in der Schweiz nach h. L. und kantonaler Rechtspre-

¹⁹⁶ Siehe Ausbeutung, oben Kapitel 5.4.1.

¹⁹⁷ Siehe FN 35.

¹⁹⁸ Siehe FN 126.

¹⁹⁹ Siehe FN 126.

²⁰⁰ Vgl. Unnötige Anlehnung gemäss SLK-Grundsätze (FN 140), oben Kapitel 5.4.1 B), S. 17.

chung derzeit nicht zu beanstanden ist, ist diese Haltung nach hier vertretener Meinung auf Basis der ausgeführten Argumentation nicht mehr aktuell und deshalb auch nicht länger haltbar. Die Frage, ob die (insbesondere verdeckte) Nutzung fremder Firmen- resp. Unternehmensnamen für eigene Werbezwecke zulässig ist, ist entgegen bisheriger Lehrmeinung und aktuellsten Rechtsprechungen nach hier vertretener Meinung zu verneinen und gilt nach Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG i.V.m Art 2 UWG als unlauter und dürfte demnach gemäss Art. 23 Abs. 1 UWG strafbewehrt sein. Der vorliegende Aufsatz soll durch die diskutierten aktuellen und neuesten Erkenntnisse als zeitgemässe Entscheidungsgrundlage für künftige Wertungen und Rechtsprechungen hinsichtlich dieser und möglicherweise ähnlichen Fragen dienen.

JEANNETTE SCHERRER, SEM/Google Ads Consultant, BSc. ZFH in Business Communications, BLaw (i.A.), Geschäftsinhaberin, www.jeannettescherrer.com.