

SMX Search Marketing Expo München 2010

Search and the Law

Dos and Don'ts bei der Suchmaschinenwerbung

Chausseestraße 13
10115 Berlin

Tel +49 30 - 28 30 57 40

Fax +49 30 - 28 30 57 44

mail@haerting.de

www.haerting.de

Inhalt

I. Rechtliche Aspekte bei SEM	2
1. Funktionsweise von Google AdWords	2
2. Fremde Marken als Keywords.....	4
3. Unternehmensnamen als Keywords	7
4. Weitgehend passende Keywords	8
5. Gestaltung der Werbeanzeige	9
6. Fazit	10
II. Rechtliche Aspekte bei SEO.....	10
1. Metatags und Hidden-Content	11
2. Snippets.....	11
3. Einhaltung der Google-Richtlinien.....	12
III. Preissuchmaschinen.....	13
IV. Durchsetzung von Ansprüchen.....	14
1. Abmahnung.....	14
2. Klage	15
3. Einstweilige Verfügung.....	16
V. Verhältnis Agentur ././ Kunde	16
1. Leistungsbeschreibung	17
2. Vergütung	19
3. Nebenpflichten des Kunden	20
4. Rechtliche Verantwortlichkeit.....	21
5. Umsetzung in Verträgen	22

I. Rechtliche Aspekte bei SEM

1. Funktionsweise von Google AdWords

Jedem Werbetreibendem im Internet ist das Werbeprogramm Google AdWords geläufig. Das Programm wird angeboten von der amerikanischen Muttergesellschaft Google Inc.

Das Grundprinzip ist denkbar einfach: Der Werbetreibende bucht eine Werbeanzeige, die (nur) erscheinen soll, wenn ein Nutzer der Suchmaschine eine Suchanfrage mit einem zuvor von dem Unternehmer gebuchten Begriff startet. Buchen mehrere Werbetreibende das gleiche Keyword, erfolgt die Reihenfolge der Einblendung über eine Art Versteigerung unter anderem abhängig von der Höhe des gebotenen Preises pro Klick.

a. Aussehen der Anzeigen

Die Anzeigen sind – jedenfalls bei Google – als Anzeigen (Sponsored Link) gekennzeichnet und räumlich und zum Teil grafisch von den normalen Suchmaschinenergebnissen abgegrenzt. Bisher sind die Gestaltungsmöglichkeiten recht eingeschränkt. Die erste Zeile der Anzeige ist mit dem Ziel verlinkt.

Eine Anzeige für unser „A-Z des Online-Marketing“ könnte etwa so aussehen:



Alle Anzeigen haben bisher ein ähnliches Aussehen.

Es ist absehbar, dass sich dies in Zukunft ändert und auch Bilder und Bewegtbilder in die Anzeigen eingebunden werden können.

b. Optionen in Google AdWords

Der einfachste Fall der Buchung von AdWords-Anzeigen ist die Definition eines einzigen Keywords bei genau deren Eingabe die Anzeige erscheinen soll. Dies ist die so genannte Option „Nur genau passender Begriff“. Standardmäßig ist jedoch die Option „Weitgehend passende Wortgruppe“ (oder ‚broad match‘) eingestellt. Bei der Wahl dieser Option blendet Google Anzeigen nicht nur bei der exakten Eingabe des gebuchten Keywords ein, sondern auch bei der Eingabe von

- Synonymen,
- Singular-/Pluralformen,
- relevanten Varianten des Keywords und
- längeren Ausdrücken, die das Keyword enthalten.

Dies erweitert den Kreis der für die Einblendung relevanten Keywords natürlich erheblich. Zudem legt der Werbetreibende die Auswahl der Keywords in die Hände von Google. Falls Google also meint, „Bentley“ sei ein Synonym für „Luxuswagen“ wird die Anzeige der Daimler AG für deren Maybach auch bei der Eingabe von „Bentley Motors Limited“ eingeblendet, obgleich lediglich das Keyword „Luxuswagen“ gebucht wurde.

Um dies auszuschließen, bietet Google die Option: „ausschließende Keywords“ an, mit der für jede Kampagne festgelegt werden kann, bei welchen (zusätzlichen) Suchbegriffen die Anzeige nicht geschaltet werden soll.

Zudem gibt es die Option: „Genau Wortgruppe abgleichen“. Bei Auswahl dieser Keyword-Option erscheint die Anzeige, wenn ein Nutzer nach der eingegebenen Wortgruppe sucht. Die Suchanfrage muss die gewählten Wörter in derselben Reihenfolge enthalten, kann aber auch weitere Wörter vor oder nach der entsprechenden Wortgruppe umfassen. Lässt die Daimler AG in obigem Beispiel also die Wortgruppe: „Luxuswagen Deutschland“ buchen, würde die Anzeige für den Maybach eingeblendet werden, wenn die Suchanfrage: „VW Luxuswagen Deutschland“ lautet, nicht aber, wenn die Anfrage lautet: „Luxuswagen aus Deutschland“.

Die Funktionsweise dieser unterschiedlichen AdWords-Optionen muss man sich bewusst machen.

Option	Gebuchtes Keyword	Suchanfrage	Anzeige eingeblendet?
weitgehend passende Keywords	Luxuswagen	Bentley	(+)
genaue Wortgruppe abgleichen	„Luxuswagen“	Bentley	(-)
		Bentley Luxuswagen	(+)
nur genau passender Begriff	[Luxuswagen]	Bentley	(-)
		Bentley Luxuswagen	(-)
		Luxuswagen	(+)
diesen Begriff nicht abgleichen	Luxuswagen -Bentley	Bentley Luxuswagen	(-)

	Luxuswagen	(+)
	Luxuswagen aus Deutsch- land	(+)

2. Fremde Marken als Keywords

Die wesentliche Frage rund um AdWords ist nun, ob ein Werbetreibender Keywords buchen darf, wenn diese von Dritten markenrechtlich geschützt sind. Die Rechtsprechung war in Deutschland lange uneinheitlich. Auch insgesamt drei BGH-Entscheidungen brachten keine Klarheit. Inzwischen hat der EuGH insgesamt vier Fälle entschieden, letztendliche Sicherheit für Werbetreibende gibt es aber nicht.

a. Online = offline

Zunächst ist klar, dass eine Markenrechtsverletzung nur vorliegt, wenn dies auch offline der Fall wäre. Fehlt es also an der Verwechselbarkeit der Waren oder Dienstleistungen, für die geworben wird, oder ist die (nicht besonders bekannte) Marke nicht für die Klassen geschützt, in denen auch das Warenangebot des Werbetreibenden einzuordnen wäre, kommt eine Markenverletzung von vornherein nicht in Betracht.

Vom Markenrecht geschützt sind im Übrigen nicht nur eingetragene Marken, sondern auch Unternehmenskennzeichen (also etwa der Name des Unternehmens) und Werktitel.

b. Kennzeichenmäßige Benutzung

Selbst wenn die angebotenen Waren oder Dienstleistungen verwechselbar sind, ist nicht von vornherein klar, dass die Buchung des Keywords bereits eine Markenrechtsverletzung darstellt.

Dies erfordert nämlich eine so genannte kennzeichenmäßige Nutzung der fremden Marke. Die Marke muss gerade dazu verwendet werden, um auf ein eigenes Waren- oder Dienstleistungsangebot hinzuweisen. Daran fehlt es etwa, wenn die Marke lediglich zur Beschreibung der eigenen Ware, zu redaktionellen Zwecken oder zum Vergleich der eigenen Produkte mit denen des Markeninhabers verwendet wird. Eine bloße Markennennung ist daher markenrechtlich unproblematisch.

Genau hieran scheiden sich nun die Geister. Während die einen meinen, eine Einblendung der eigenen Werbung bei der Suche nach einem Markenbegriff müsse

zulässig sein, argumentieren die anderen, dass darin gerade eine Verwendung der fremden Marke läge, um auf die eigenen Angebote hinzuweisen.

c. Entscheidung des BGH zu BANANABAY

Mit viel Spannung wurden die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes vom Januar letzten Jahres erwartet. Der BGH hatte über die Verwendung verschiedener Marken als Keyword jeweils durch Wettbewerber zu entscheiden.

Doch auch die langersehnten Entscheidungen des BGH aus dem Januar letzten Jahres haben letztlich nicht die gewünschte Klarheit gebracht. Eine endgültige Entscheidung des Bundesgerichtshofes zur Markenverwendung in Google-AdWords erfolgte nämlich nicht. Im konkreten Fall war das gebuchte Keyword mit einer fremden Marke identisch und wurde für genau jene Waren benutzt, für die die fremde Marke Schutz genießt – nämlich Erotikartikel.

Der Bundesgerichtshof sah sich in dem Fall BANANABAY zu einer eigenen Entscheidung außer Stande (BGH v. 22.1.2009, Az. I ZR 125/07) und legte die entscheidenden Fragen dem EuGH zur Entscheidung vor. Hintergrund ist, dass das deutsche Markenrecht in Teilen auf der Markenrechtsrichtlinie der Europäischen Union beruht und die Gerichte der Mitgliedstaaten gehalten sind, in Zweifelsfällen über die Auslegung einer Richtlinie den EuGH um eine Entscheidung zu bitten. Eine Entscheidung über die Vorlagefrage ist noch nicht ergangen.

d. Entscheidung des EuGH zu LVHM ./.. Google

Allerdings hat der EuGH Ende März 2010 mehrere andere Verfahren entschieden.

Mit viel Spannung erwartet wurde das Urteil des EuGH in Sachen Louis Vuitton vs. Google. Mit Urteil vom 23.3.2010 (Az. C-236/08 – 238/08) hat der EuGH entschieden, dass Google keine Markenrechtsverletzung begeht, wenn es die Nutzung fremder Marken in seinem AdWords-System zulässt.

Allerdings lassen die Richter den Markeninhabern ein Hintertürchen offen: Im Einzelfall könne nämlich dennoch eine Beeinträchtigung der „herkunftsweisenden Funktion der Marke“ vorliegen. Wie weit offen das Türchen steht, wird unter Juristen in Europa derzeit unterschiedlich bewertet – wieder keine Klarheit...

In dem Verfahren, das über das oberste französische Zivilgericht zum EuGH gelangte, ging die Inhaberin der Marke Louis Vuitton dagegen vor, dass bei Eingabe des Markennamens in die Google-Suche eine Anzeige für eine Website erschien, unter der Plagiate von Louis Vuitton-Produkten angeboten wurden. Verklagt wurde nicht der Betreiber der Website, sondern Google, weil Google die betreffenden Marken seinen Werbekunden zunächst als buchbare Keywords zur Verfügung gestellt hatte.

Der EuGH stellt nun zunächst fest, dass Google die Marke nicht im geschäftlichen Verkehr nutze, sondern allenfalls die Nutzung durch die Werbekunden zulasse. Damit scheidet eine unmittelbare Haftung von Google aus.

Hingegen liege in der Verwendung der Marke als Keyword durch den Werbetreibenden eine Benutzung der Marke im geschäftlichen Verkehr. Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass die Verwendung der Marke für den Internetnutzer nicht unmittelbar sichtbar sei.

Eine Rechtsverletzung durch den Werbetreibenden komme jedoch nur in Betracht, wenn durch die Nutzung der Marke eine wesentliche Funktion derselben beeinträchtigt werde, wie deren herkunftswesende bzw. werbende Funktion. Daher – so fasst der Gerichtshof zusammen – liege eine Verletzung nur vor, wenn bei unbefangenen Nutzern der Eindruck entsteht, die angepriesenen Waren bzw. Dienstleistungen stünden mit dem Markeninhaber in Verbindung. Dies zu entscheiden, sei Sache der nationalen Gerichte. Darin liegt ein Teil des Problems, weil nun denkbar ist, dass französische Gerichte über den gleichen Sachverhalt anders entscheiden als etwa die deutsche oder österreichische Gerichte.

Wer mit fremden Marken werben will, muss also durch die Gestaltung der Anzeige deutlich machen, dass die von ihm angebotenen Waren oder Dienstleistungen nicht im Zusammenhang mit dem eingegebenen Keyword stehen, sondern gegebenenfalls ein Konkurrenzprodukt sind. Ob darauf in der Anzeige hingewiesen werden muss, oder sich das auch aus den Umständen ergeben kann, lässt der EuGH offen. Klar ist aber, dass allein die Buchung der fremden Marke als Keyword für die Markenverletzung nicht ausreicht, jedenfalls solange die Anzeigen als solche klar gekennzeichnet sind.

In jedem Fall unbedenklich ist die Buchung der fremden Marke, wenn die Marke in der Anzeige nicht verwendet und stattdessen die eigene Marke in den Vordergrund gestellt wird.

d. Entscheidung des EuGH zu BergSpechte ./ trecking.at

In der allgemeinen Aufregung um die LVHM-Entscheidung in der allgemeinen Wahrnehmung fast untergegangen ist die Entscheidung des EuGH vom 25. März 2010, das auf Vorlage des Österreichischen OGH ergangen ist.

Leider lässt der EuGH in diesem Urteil (Az. C-278/08) die Möglichkeit ungenutzt, die Ausgangsfrage wirklich zu beantworten. Vielmehr hat der EuGH den Ball hinsichtlich der Hauptfrage, ob in die herkunftshinweisende Funktion der Marke eingegriffen wird, wenn die Marke als Keyword gebucht wird, an die nationalen Gerichte zurückgespielt.

Letztlich wiederholt der EuGH den Merksatz aus dem LVHM-Fall:

„Die herkunftsweisende Funktion der Marke ist beeinträchtigt, wenn aus der Anzeige für einen normal informierten und angemessen aufmerksamen Internutzer nicht oder nur schwer zu erkennen ist, ob die in der Anzeige beworbenen Waren oder Dienstleistungen von dem Inhaber der Marke oder einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen oder vielmehr von einem Dritten stammen.“

Wann dies der Fall sein soll, lässt der EuGH auch in diesem Verfahren offen.

Die erhoffte Rechtssicherheit für Markeninhaber, Werbetreibende und Agenturen, ist damit zunächst nicht eingetreten.

Auch dieses Urteil wird man so interpretieren müssen, dass eine Markenverletzung nicht automatisch durch die Buchung der fremden Marke eintritt. Wenn die Marke also in der Anzeige nicht erwähnt wird und auch sonst keine Verbindung zu dem Markeninhaber hergestellt wird, liegt eine Markenrechtsverletzung nicht vor.

Der Werbetreibende sollte zudem in der Anzeige seine eigene Marke herausstellen. Auch auf diese Weise kann man natürlich ausdrücklich deutlich machen, keine Verbindung zu dem Inhaber der Keyword-Marke zu haben.

e. ‚Beschreibende‘ Marken

In einer weiteren Entscheidung aus dem Januar 2009 hatte der BGH aber klargestellt, dass die Verwendung von beschreibenden Begriffen, die auch Teil einer Marke sind, grundsätzlich zulässig ist (BGH v. 22.1.2009, Az. I ZR 139/07 - PCB).

Die eingetragene Marke war PCB-POOL, wobei PCB als Abkürzung für Printed Circuit Board (also Leiterplatten) steht. Der Beklagte hatte nun lediglich „PCB“ als Keyword gebucht, wobei die Anzeige auch eingeblendet wurde, wenn die Nutzer PCB-Pool bei Google eingaben.

Hier hat der BGH wenig Federlesens gemacht und befunden, dass die Verwendung von beschreibenden Begriffen zulässig sein muss. Nicht explizit entschieden hat der BGH, ob Konstellationen denkbar sind, in denen der Werbetreibende verpflichtet ist, die Gesamtmarke als negatives Keyword zu verwenden.

3. Unternehmensnamen als Keywords

Schließlich hatte der BGH über die Verwendung von Unternehmensbezeichnungen der Konkurrenz als Keyword zu entscheiden. Solche genießen grundsätzlich den gleichen Schutz wie eingetragene Marken.

Auf den ersten Blick überraschend ist daher, dass der BGH hier selbst eine Entscheidung getroffen hat und die Buchung von Namen von Wettbewerbern für zulässig erklärte (BGH v. 22.1.2009, Az. I ZR 30/07 – Beta Layout).

Durch die deutliche Trennung von organischer Suche und Werbung werde eine Verwechslungsgefahr nicht begründet. Auch eine Wettbewerbsrechtsverletzung liege nicht vor, weil es an einer unangemessenen Beeinflussung des Nutzers fehle.

Eine Vorlage an den EuGH kam in diesem Fall nicht in Betracht, weil die Markenrechtsrichtlinie der Europäischen Union Unternehmenskennzeichen überhaupt nicht regelt.

Allein auf nicht als Marke gesondert geschützte Unternehmensbezeichnungen kann eine Klage in Zukunft daher nicht mit Erfolg gestützt werden. Unternehmen, die von Buchung des eigenen Namens durch die Konkurrenz betroffen sind, sollten daher über eine schnelle Markeneintragung nachdenken.

Der Entscheidung zu Beta Layout des BGH lässt sich aber entnehmen, wie der BGH zu der Markenbuchung steht. Hier ist eine durchaus liberale Einstellung zu von Deutschlands obersten Zivilgericht auch für die Fälle eingetragener Marken zu erwarten.

4. Weitgehend passende Keywords

Für zusätzliche Brisanz sorgt die Vielfalt der oben dargestellten Optionen innerhalb des Programms Google-AdWords. Liegt eine Markenverletzung vor, wenn die eigene Anzeige auch eingeblendet wird, wenn neben dem gebuchten Keyword ein Markenname eingegeben wird? Wie sieht es aus, wenn Google eine fremde Marke für ein Synonym eines Gattungsbegriffes hält und die eigene Anzeige auch eingeblendet wird, wenn nach der fremden Marke gesucht wird?

Vor den Urteilen von BGH und EuGH sind eine Vielzahl von Entscheidungen verschiedener deutscher Untergerichte gefallen, wobei eine klare Tendenz nicht ablesbar war.

Damit dürfte es jetzt vorbei sein. Es ist nämlich nur schwer vorstellbar, dass die Obergerichte eine markenmäßige Verwendung der Markenkeywords annehmen werden, wenn diese von dem Werbetreibenden überhaupt nicht gebucht wurden. Jedenfalls dürfte in die herkunftsweisende Funktion der jeweiligen Marke nicht eingegriffen werden.

Wer hier Risiken vermeiden will, sollte aber dennoch bekannte Marken ausdrücklich als negative Keywords ausschließen.

5. Gestaltung der Werbeanzeige

Natürlich sind auch bei der Gestaltung der Werbeanzeigen die rechtlichen Rahmenbedingungen zu beachten. Dies gilt vor allem für das Marken- und das Wettbewerbsrecht.

Jedenfalls Schluss mit der Verwendung fremder Marken ist im Anzeigentext. Wer deutlich sichtbar in der Überschrift einer Google-Anzeige eine fremde Marke zur Bewerbung eigener Produkte einsetzt, ohne dazu berechtigt zu sein, verletzt diese Marke (OLG Köln vom 12.10.2007 zu Az. 6 U 76/07).

Auch in AdWords-Anzeigen gilt, dass Werbeaussagen zutreffend zu sein haben. Wer den „billigsten DSL-Anschluss“ bewirbt, muss auch den unter jedem sinnvollen Gesichtspunkt kostengünstigsten DSL-Anschluss anbieten. Auch wenn die Gestaltungsmöglichkeiten wegen der Kürze der Zeilen gering sind, muss auf allzu plakative Aussagen verzichtet werden, wenn diese sich bei genauerem Hinsehen als falsch herausstellen.

Vorsicht ist auch bei Preisangaben geboten. Wer mit Preisen gegenüber Letztverbrauchern wirbt, muss die Preisangabenverordnung beachten. Diese besagt, dass in diesem Fall Endpreise angegeben werden müssen. Das bedeutet, dass die Preise die Mehrwertsteuer und gegebenenfalls auch die Versandkosten enthalten müssen.

6. Fazit

- Brandbuchung zulässig, wenn
 - Anzeige keine Verbindung zur Marke aufweist und
 - eigener Brand in Anzeige hervorgehoben wird
- Brandbuchung unzulässig, wenn
 - (unzutreffender) Eindruck entsteht, der Werbende stehe in Verbindung mit dem Markeninhaber
 - Fake-URLs verwendet werden
 - BS: Verwendung in der Anzeige und Link auf Konkurrenzshop
- die Option ‚weitgehend passend‘ meiden;
- die Option ‚passende Wortgruppe‘ meiden;
- jedenfalls ab einer Abmahnung durch den Markeninhaber das betreffende Keyword ausschließen.
- Markeninhaber, deren Marken von Dritten als Keyword verwendet werden, können
 - sich schriftlich bei Google beschweren;
 - das werbende Unternehmen abmahnen lassen und zur Unterlassung auffordern;
 - gegebenenfalls im Klagewege gegen die Verwendung ihrer Marke vorgehen.
- Agenturen sollten
 - ihre Kunden aufklären, insbesondere über die verschiedenen AdWords-Optionen;
 - ihre Kunden nach deren Risikobereitschaft befragen;
 - die Information der Kunden dokumentieren;
 - vernünftige Verträge bzw. Allgemeine Geschäftsbedingungen verwenden, um Haftungsrisiken zu begrenzen.

II. Rechtliche Aspekte bei SEO

Die Urteile zu verschiedenen SEO-Methoden sind nicht annähernd so zahlreich wie zu SEM. Es gibt aber durchaus Rechtsprechung auch zur Suchmaschinenoptimierung.

1. Metatags und Hidden-Content

In den vergangenen Jahren hat der Bundesgerichtshof (BGH) zwei viel beachtete Entscheidungen zu der Verwendung fremder Marken in den Metatags einer Website bzw. als Weiß-auf-Weiß-Schrift, die für den Nutzer nicht sichtbar ist, getroffen (Urteil vom 18.5.2006, Az. I ZR 183/03 – IMPULS; Urteil vom 8.2.2007, Az. I I ZR 77/04-AIDOL). Wie so oft sind die Entscheidungen zu einem Zeitpunkt ergangen, als die Zeit den zu Grunde liegenden Sachverhalt schon eingeholt hatte. Natürlich ist die Bedeutung von Metatags für die Optimierung der Website inzwischen minimal.

Der Bundesgerichtshof hatte seinerzeit zu Gunsten der Markeninhaber entschieden und ausgeführt, dass nicht entscheidend sei, dass Metatags oder Weiß-auf-Weiß-Schrift für den durchschnittlichen Internetnutzer nicht wahrnehmbar sei. Maßgeblich sei vielmehr, dass das als Suchwort verwendete Zeichen dazu benutzt wird, das Ergebnis des Auswahlverfahrens (innerhalb des herkömmlichen Suchmaschinen-Index) zu beeinflussen und den Nutzer auf diese Weise zu einer entsprechenden Internetseite zu führen, wo er dann auf das dort werbende Unternehmen und dessen Angebot hingewiesen wird.

Mit Urteil vom 18.6.2009 (Az. 4 U 53/09) hat das OLG Hamm zudem die Verwendung von Hidden Content durch die Personensuchmaschine Yasni als wettbewerbswidrige Behinderung eingestuft, da solche „leeren Seiten“ zwar nicht von Internetnutzern, wohl aber von Suchmaschinen gelesen werden. Dies stelle eine gezielte Behinderung i.S.v. § 4 Nr. 10 UWG dar, weil damit Internetnutzer nicht zu der Seite des Namensinhabers, deren Namen – wenn auch unsichtbar – von der Personensuchmaschine verwendet wurde, sondern eben dahin geführt werde.

2. Snippets

Die Verwendung fremder Marken in Snippets (kurzer Textauszug aus einer Website, angezeigt in der Ergebnisliste einer Suchmaschine) kann im Ausnahmefall einen Markenverstoß ausschließen. Das hat das OLG Frankfurt mit Beschluss vom 3.3.2009 (Az. 6 W 29/09) entschieden. In der Verwendung einer fremden Marke als Metatag liege dann keine markenmäßige Benutzung, wenn sich bereits aus einem Kurzhinweis in der nach Eingabe des Suchworts erscheinenden Trefferliste ergibt, dass der Begriff nicht auf die Herkunft einer Ware oder Dienstleistung aus einem bestimmten Unternehmen hinweisen soll.

Doch es kann auch genau andersherum laufen. Entsteht durch das Snippet gerade der Eindruck einer Verbindung zu der Marke, liegt wiederum eine Markenverletzung vor. Auch eine wettbewerbswidrige Irreführung oder Behinderung kann in der Verwendung fremder Namen oder Marken in Snippets liegen. Vorsicht ist also allemal geboten. Markeninhaber müssen sich dies in der Regel nicht gefallen lassen.

3. Einhaltung der Google-Richtlinien

a. Abstrafung durch Google

Das Damoklesschwert der Suchmaschinenoptimierung ist die Löschung der ‚optimierten‘ Website aus dem Google-Index.

Google behält sich dieses Recht vor und hat detaillierte Richtlinien aufgestellt, die verbotene Methoden aufzählen. Dies schließt Maßnahmen wie Cloaking, Duplicate Content, Doorway-Seiten oder andere Cookie-Cutter-Techniken, streng genommen aber auch die Teilnahme an Linkaustauschprogrammen, mit ein. Die Einzelheiten ergeben sich aus den bei Google abrufbaren „Richtlinien für Webmaster“.

Wer von einer Abstrafung betroffen ist, kann einen Antrag auf erneute Überprüfung seiner Website bei Google stellen. Fruchtet das nicht, ist denkbar, rechtliche Schritte gegen Google unter Berufung auf kartellrechtliche Erwägungen zu unternehmen. Marktbeherrschende Unternehmen dürfen Kunden nicht ohne Grund unterschiedlich behandeln, so dass ein Anspruch auf Wiederaufnahme selbst bei Verstoß gegen die Google-Richtlinien in Betracht kommt, wenn nachgewiesen werden kann, dass andere Unternehmen unbehelligt die gleichen Methoden anwenden können.

b. Wettbewerbsverstoß

Zudem stellt sich im Rahmen der Suchmaschinenoptimierung die Frage, ob in einem Verstoß gegen die Google-Richtlinien automatisch auch ein Verstoß gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) gesehen werden kann. Dies hätte unter anderem die Folge, dass Wettbewerber den Betreiber der Website auf Unterlassung in Anspruch nehmen könnten.

Das Oberlandesgericht Hamm hat eine unzulässige Suchmaschinenoptimierung angenommen, wenn bei dieser gegen das Google-Regelwerk verstoßen werde (OLG Hamm v. 1.3.2007, Az. 4 U 142/06). Diese Aussage ist aber nicht verallgemeinerungsfähig, sondern galt nur für den konkreten Fall. Grundsätzlich kommt Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder allgemeinen Regelwerken Dritter keine Rechtsnormqualität zu. Daher liegt in einem Verstoß gegen die Google-Richtlinien nicht automatisch ein Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht.

Das schließt aber nicht aus, dass einzelne Optimierungsmaßnahmen etwa als irreführend für wettbewerbswidrig gehalten werden. Allein auf einen Verstoß gegen die Vorgaben der Suchmaschine kann der Vorwurf aber nicht gestützt werden.

Weil für den durchschnittlichen Internetnutzer die Auswahl der im Anschluss an die Eingabe des Suchwortes eingeblendeten Websites nicht durchschaubar ist, wird

man eine nennenswerte Irreführung durch problematische SEO-Methoden nicht annehmen können. Letztlich kommt dem Black-Hat-SEO damit zu Gute, dass der Google-Index nicht nach klaren transparenten Regeln aufgebaut ist.

Die Gerichte neigen aber zur pauschalierten Betrachtungsweise und erklären die Beeinflussung der SERPs teilweise pauschal für unlauter.

III. Preissuchmaschinen

Für alle Anbieter, die Waren Letztverbrauchern gewerbs- oder geschäftsmäßig anbieten, ist die Preisangabenverordnung (PAngV) maßgebend. Sinn und Zweck der Verordnung ist es, dass nicht der Verbraucher auf die Suche nach dem tatsächlichen Endpreis gehen soll.

Daher bestimmt § 1 Abs. 1 Satz 1 PAngV, dass angegebene Preise die Umsatzsteuer und sonstige Preisbestandteile enthalten müssen. Zusätzlich verlangt § 1 Abs. 2 PAngV, dass eine Werbung unter Angabe von Preisen im Fernabsatzhandel die Höhe anfallender Liefer- und Versandkosten ausweisen muss. Die Art und Weise, wie die Preise ausgewiesen werden müssen, bestimmt sich nach § 1 Abs. 6 PAngV. Danach sind die Allgemeine Verkehrsauffassung sowie die Grundsätze von Preiswahrheit und Preisklarheit zu beachten. Die Preise müssen dem Angebot oder der Werbung eindeutig zuzuordnen sowie leicht erkennbar und deutlich lesbar oder sonst gut wahrnehmbar sein.

Der BGH hat mit Urteil vom 16.7.2009 (Az. I ZR 140/07 – Versandkosten bei Froogle) entschieden, dass es irreführend (§ 5 UWG) und als Verstoß gegen die PAngV anzusehen ist, dass der Beklagte Waren über eine Preissuchmaschine bewirbt, ohne die Versandkosten anzugeben.

Der Verbraucher müsse in Preisvergleichslisten auf einen Blick erkennen können, ob der angegebene Preis die Versandkosten enthalte oder nicht. Denn schließlich sei in Preissuchmaschinen der Gesamtpreis nun einmal die wesentliche Information. Da könne es nicht genügen, wenn der Interessent erst dann, wenn er sich mit einem bestimmten Angebot näher befasse, auf die zusätzlich anfallenden Versandkosten hingewiesen werde.

Für viel Aufregung sorgt ein weiteres Urteil des BGH, von dem bisher nur die Pressemitteilung bekannt ist. Irreführend verhalte sich nämlich ein Händler, der für sein Angebot über eine Preissuchmaschine wirbt, wenn eine von ihm vorgenommene Preiserhöhung verspätet in der Preissuchmaschine angezeigt wird (BGH Urteil vom 11.3.2010 – Az. I ZR 123/08). Wie dieses Problem technisch gelöst wird, ist noch offen. Der sicherste Weg ist es, eine Preiserhöhung im eigenen Shop erst

umzusetzen, wenn die Preissuchmaschinen die kommunizierte Preisanpassung vorgenommen haben.

IV. Durchsetzung von Ansprüchen

Wem ein wettbewerbsrechtlicher oder markenrechtlicher Unterlassungsanspruch zusteht, hat verschiedene Möglichkeiten, diesen durchzusetzen. Im Ergebnis geht es darum, den Verletzer dazu anzuhalten, ein bestimmtes bisher praktiziertes Verhalten in der Zukunft einzustellen. Während positives Tun (etwa eine Zahlung oder die Herausgabe eines Gegenstandes) verhältnismäßig einfach durchzusetzen ist (in der Regel benötigt man einen Gerichtsvollzieher), sieht es bei einem Unterlassungsverlangen naturgemäß etwas schwieriger aus.

Problematisch ist vor allem, wie der Markeninhaber sicherstellen kann, dass der Werbetreibende in Zukunft nicht erneut die eigenen Marken als Keyword verwendet. Dazu genügt es nicht, dass der Gegner zusichert, die Marke in Zukunft nicht mehr als Keyword einzusetzen. Vielmehr muss dieses Versprechen durch eine Strafe für den Fall der Zuwiderhandlung gesichert sein.

Außergerichtlich ist eine solche Strafe eine Vertragsstrafe, so dass im Falle einer neuerlichen Verwendung der Marke der Markeninhaber einen Zahlungsanspruch gegen den Verletzer hat. Im gerichtlichen Verfahren wird für den Fall der Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld verhängt, das in die Staatskasse fließt.

1. Abmahnung

In der Regel wird man den Rechtsverstoß mit einer Abmahnung geltend machen. Dies sieht für Wettbewerbsverstöße inzwischen auch das Gesetz vor (§ 12 Abs. 1 Satz 1 UWG).

Die Abmahnung ist ein Schreiben, in dem der Gegner aufgefordert wird, durch Unterzeichnung einer in der Regel beiliegenden vorformulierten Unterlassungserklärung zu bestätigen, dass er das beanstandete Verhalten in Zukunft unterlassen wird. Entscheidend ist, dass für jeden Fall eines Verstoßes gegen die Unterlassungsverpflichtung (Zuwiderhandlung) die Zahlung einer Vertragsstrafe verbindlich versprochen wird. Aus der Unterlassungserklärung kann der Anspruchsteller dann unmittelbar Zahlung an sich selbst verlangen, wenn ein Verstoß vorliegt. Die Vertragsstrafe muss so bemessen sein, dass anzunehmen ist, dass der Verletzer wegen der Strafandrohung in Zukunft von der beanstandeten Handlung absehen wird. Dabei spielt die Größe der beteiligten Unternehmen ebenso eine Rolle wie die Art des Verstoßes. Wenn C&A irreführend für ein Angebot im Sommerschlussverkauf wirbt, kann eine Vertragsstrafe von 200.000,- EUR zu niedrig sein, während 5.000,- EUR zu hoch gegriffen sein können, wenn ein Webdesigner in seinem Webimpressum die Umsatzsteueridentifikationsnummer nicht angibt.

Wird die geforderte Unterlassungserklärung abgegeben, entfällt die so genannte Wiederholungsgefahr, also die Gefahr, dass der Verletzer weiterhin bzw. erneut den beanstandeten Wettbewerbs- oder Markenrechtsverstoß begeht. Mit Abgabe einer in ausreichender Höhe strafbewehrten Unterlassungserklärung kann der Verletzer ein sonst drohendes Gerichtsverfahren verhindern. Unter anderem darin liegt der Sinn der außergerichtlichen Abmahnung.

Gibt der Verletzer eine Unterlassungserklärung ab, muss er das gerügte Verhalten zwingend sofort unterlassen. Verpflichtet er sich also die Marke eines Konkurrenten bei Google-AdWords nicht mehr als Keyword für eigene Anzeigen zu verwenden, muss er dies auch umgehend umsetzen und etwa beauftragte Agenturen entsprechend anweisen. Blendet Google im Folgenden die Anzeige erneut bei Eingabe der betreffenden Marke ein, etwa weil die involvierte Agentur vergessen hat, bei der nächsten Kampagne die betreffende Marke als Keyword auszuschließen, fällt sofort die Vertragsstrafe an. Der Anspruchssteller braucht nichts weiter zu tun, als die Einhaltung der Unterlassungsverpflichtung zu prüfen und gegebenenfalls gegen einen neuerlichen Verstoß vorzugehen.

Die Kosten für die Erstellung einer Abmahnung hat – wenn diese denn berechtigt ist – der Abgemahnte zu tragen (§ 12 Abs. 1 Satz 2 UWG). Neben dem Unterlassungsanspruch besteht also zugleich ein Zahlungsanspruch in Höhe der Anwaltskosten. Daher wird einer anwaltlichen Abmahnung in der Regel sogleich eine Kostennote mit der Bitte um Ausgleich beigelegt.

Misslich ist, dass dies für den umgekehrten Fall nicht ohne weiteres gilt. Ein Erstattungsanspruch für die Abwehr eines unberechtigt geltend gemachten Unterlassungsanspruchs besteht im Wettbewerbsrecht nicht ohne weiteres. Im Markenrecht ist die Rechtsprechung da großzügiger. Wer eine unberechtigte auf Markenrecht gestützte Abmahnung erhält, kann die dadurch entstehenden (Anwalts-)Kosten bei dem Abmahnenden geltend machen.

Insbesondere wenn Anwälte in eigener Sache abmahnen oder „enge Kooperationen“ mit ihren Mandanten eingehen und massenhaft Abmahnungen aussprechen, liegt der Verdacht nahe, dass das Interesse an den Abmahngebühren im Vordergrund steht. Kann dieser Missbrauch nachgewiesen werden, ist die Geltendmachung des Anspruches unzulässig (§ 8 Abs. 4 UWG). Allein die Tatsache, dass ein Unternehmen viele Konkurrenten wegen gleichgearteter Verstöße abmahnen lässt, ist jedoch kein ausreichendes Indiz für eine missbräuchliche Abmahnung.

2. Klage

Wird die geforderte Unterlassungserklärung nicht abgegeben, bleibt dem Markeninhaber nichts anderes übrig, als gerichtlichen Rechtsschutz zu suchen. Zu diesem

Zweck kann er eine Klage einreichen. Zuständiges Gericht ist das Landgericht, in dessen Bezirk die Handlung begangen wird. Wird ein Verstoß im Internet gerügt, folgt daraus, dass jedes beliebige Landgericht in Deutschland angerufen werden kann, weil die betreffende Internetseite in ganz Deutschland abgerufen werden kann.

Der Antrag, der vor Gericht zu stellen ist, entspricht in der Regel weitgehend dem Text der geforderten Unterlassungserklärung. Das Gericht gibt den Beteiligten dann Gelegenheit zur Stellungnahme, bevor nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung ein Urteil gesprochen wird. Ist der geltend gemachte Anspruch berechtigt, wird dem Beklagten das beanstandete Verhalten unter Androhung eines Ordnungsgeldes von bis zu 250.000,- EUR bzw. Ordnungshaft untersagt.

Verstößt der Beklagte nach dem Urteil gegen den Unterlassungstenor, muss der Kläger einen Ordnungsmittelantrag stellen, auf den das Gericht über die Höhe des Ordnungsgeldes entscheidet, das der Verletzer zu zahlen hat. Auch hierbei sind die Bedeutung der beteiligten Unternehmen und die Art und die Schwere des Verstoßes zu berücksichtigen.

3. Einstweilige Verfügung

Oft ist es notwendig, besonders schnell gerichtlichen Rechtsschutz zu suchen. In diesen Fällen besonderer Eilbedürftigkeit kann der Verletzte, dessen Abmahnung erfolglos war, einen Antrag auf Erlass einer Einstweiligen Verfügung stellen. Das Verfügungsverfahren zeichnet sich dadurch aus, dass es wesentlich schneller und auch kostengünstiger ist, als das Hauptsacheverfahren. Eine Entscheidung kann unter Umständen noch am gleichen Tage, in der Regel aber binnen weniger Tage ergehen. Allerdings erhält man auch nur eine vorläufige Entscheidung.

Der Gegner wird im Einstweiligen Verfügungsverfahren bei besonderer Eilbedürftigkeit nicht angehört, so dass seine Sicht der Dinge in der Ausgangsentscheidung keine Berücksichtigung findet. Ihm bleibt nur die Möglichkeit, nach Zustellung der Einstweiligen Verfügung dagegen mit einem Widerspruch vorzugehen. Bis über den Widerspruch entschieden ist, muss er sich – von Ausnahmen abgesehen – an das ausgesprochene Verbot halten.

V. Verhältnis Agentur ./ . Kunde

Häufig betreiben Website-Betreiber und Werbetreibende Suchmaschinenmarketing nicht selbst, sondern beauftragen – aus gutem Grund – spezialisierte Dienstleister.

Die Regelungen zwischen Agentur und Kunden gehen dabei häufig über die Absprache der zu bewerbenden Seiten und das Gesamtbudget der Kampagne nicht hinaus. Selbst große Agenturen, verwenden häufig keine vernünftigen AGBs.

Diese Verfahrensweise geht in 90 % der Fälle gut. Dies heißt aber auch, dass es bei jedem zehnten Auftrag kleinere oder größere Diskussionen mit dem Kunden gibt.

Die Hintergründe möglicher Auseinandersetzungen sind vielfältig und von den konkreten Vertragsinhalten abhängig. Geht es um gestalterische Leistungen, sind oft die Rechte an den Arbeitsergebnissen Gegenstand von Streit. Bei dem Keyword-Advertising geht es häufig um die Frage der Verantwortlichkeit für Rechtsverletzungen. Wird etwa der Werbetreibende wegen der Buchung fremder Marken als Keyword bei Google-AdWords kostenpflichtig abgemahnt, kann sich die Frage stellen, ob der Kunde die Agentur wegen der entstandenen Kosten in Anspruch nehmen kann. Bei der Suchmaschinenoptimierung ist es oft der (ausbleibende) Erfolg, der beanstandet wird. Nicht selten wollen Kunden hier Zahlungen zurückhalten oder bestehende Verträge ganz beenden.

Sowohl Agentur als auch Kunde haben ein Interesse an genauen Regelungen zu Leistung, Vergütung und Verantwortlichkeiten.

1. Leistungsbeschreibung

Wesentlicher Bestandteil eines jeden Vertrages ist die Definition der konkret geschuldeten Leistung. Dabei eignet sich die Leistungsbeschreibung nicht dazu, in Standard-Verträgen oder Allgemeinen Geschäftsbedingungen untergebracht zu werden, es sei denn, es handelt sich tatsächlich um ein standardisiertes – in jedem Einzelfall – einheitlich angewandtes Produkt. Die Leistungsbeschreibung hat daher ihren Platz in dem Auftragsformular oder in einem im Einzelnen ausgehandelten Vertrag.

Die Beschreibung der Leistung in dem Vertrag hat weitreichende Folgen für den Vertrag im Übrigen. Aus Sicht der Agentur sind möglichst enge Leistungsdefinitionen zu empfehlen. Je weiter und je offener die Leistungsbeschreibung ist, umso weiter ist der Kanon möglicher Pflichtverletzungen, umso größer auch die Gefahr, wegen Nicht- oder Schlechtleistung in Anspruch genommen zu werden.

Eine Konkretisierung dessen, was tatsächlich geschuldet ist, empfiehlt sich grundsätzlich auch aus Sicht des Kunden. Nur wenn sich das Besprochene auch in dem Vertrag wiederfindet, kann der Kunde realistisch einschätzen, ob die vereinbarte Vergütung sachgerecht ist. Dabei sollte genau definiert werden, was die Agentur tatsächlich machen soll und wie die Verantwortlichkeiten zwischen Inhouse-Team und Agentur-Team verteilt sind. Lohnenswert sind auch konkrete Regelungen über die Zusammensetzung des Agenturteams. Allzu häufig kommt vor, dass den Account unerfahrene Kollegen der pitchenden Chefs betreuen.

a. SEM-Verträge

Bei SEM-Verträgen ist es aus Sicht der Agentur wesentlich zu regeln, dass geschuldete Leistung lediglich die Betreuung der Accounts des Kunden bei den verschiedenen Anbietern ist. Es empfiehlt sich, darauf hinzuweisen, dass ein Einfluss auf das konkrete Angebot des Suchmaschinen-Anbieters nicht besteht. Hier gilt es letztlich, die Leistungsbeziehungen zwischen Agentur und Suchdienst abzugrenzen.

Es muss klar sein, dass eine Verantwortlichkeit für die Funktionsweise des AdWords-Mechanismus nicht besteht. Letztlich kann die SEM-Agentur die Einblendung von Anzeigen bei Eingabe bestimmter Keywords nicht garantieren. Aus diesem Grund empfiehlt es sich aus Sicht der Agentur grundsätzlich auch, dass der Account im Namen des Kunden läuft. Soll dies aus bestimmten Gründen anders sein, sollte deutlich gemacht werden, dass eine Verantwortlichkeit für Leistungen des Suchmaschinen-Anbieters nicht besteht.

Schwierig ist bei SEM-Verträgen zu definieren, zu welchen Leistungen die Agentur konkret verpflichtet ist. Aus Sicht des Kunden ist letztlich lediglich relevant, aus möglichst geringen Google-Kosten eine möglichst hohe Conversion-Rate zu generieren. In welchem Umfang die SEM-Agentur dabei tätig ist und was genau die Agentur für ihr Honorar tut, ist dem Kunden oft gleichgültig. Aus diesem Grund muss es auch aus Sicht der Agentur nicht sinnvoll sein, konkrete Manntage oder konkrete Aufgaben des Dienstleisters zu definieren. Wichtig ist es aber, möglicherweise festzulegen, wer die Auswahl der Keywords bestimmt und ob die Agentur verpflichtet ist, die Buchung der Keywords auf die Vereinbarung mit geltendem Recht hin zu untersuchen.

Sind die Leistungen schwer zu definieren, ist dem Kunden dringend zu empfehlen, flexible Kündigungsfristen zu vereinbaren, um auf mangelhafte Leistungen der Agentur möglichst schnell reagieren zu können.

Sinnvoll ist es unter Umständen, zu Klarstellungszwecken kurz aufzulisten, was alles nach dem Vertrag nicht geschuldet sein soll. Insbesondere bei unerfahrenen Kunden kann eine Abgrenzung zwischen SEM und SEO in den Vertrag aufgenommen werden.

b. SEO-Verträge

Bei einem SEO-Vertrag verpflichtet sich die SEO-Agentur, die Webseite des Kunden dergestalt zu optimieren, dass sie in den Suchergebnissen der wichtigsten Suchdienste während der vereinbarten Vertragslaufzeit eine verbesserte Positionierung erzielt. Die für die Optimierung genutzten Suchbegriffe und Suchbegriffskombinationen (Keywords) sollten mit dem Kunden abgestimmt werden.

Das Wichtigste, was die Webseite braucht, ist Content, also sinnvoller Text. Hier bedarf es genauer Regelungen, woher dieser Content kommen soll. An der Leistungsbeschreibung entscheidet sich auch die Rechtsnatur des Vertrages. Aus Sicht der Agentur empfiehlt es sich, die Leistungspflichten möglichst in Richtung bloßer Beratungsleistungen ohne konkret geschuldeten Erfolg zu definieren. In diesem Fall wäre der Vertrag insgesamt als Dienstvertrag zu qualifizieren. Das Interesse des Kunden geht naturgemäß eher in Richtung Werkvertrag mit der Pflicht zur Lieferung konkret vereinbarten Outputs.

Fehlt es an einer konkreten Festlegung der geschuldeten Leistungen, droht die Agentur auf Werbeaussagen festgenagelt zu werden. Dies wurde einem Anbieter zum Verhängnis, der in einem Pitch-Gespräch unter Zeugen davon gesprochen hatte, dass man im Anschluss an seine Leistungen „bei Eingabe bestimmter Suchwörter durchgängig unter den ersten zehn Treffern“ erscheinen würde. Einem Urteil des Amtsgerichts Düsseldorf zu Folge musste der Kunde Zahlungen nicht leisten, weil die Versprechungen der Agentur nicht eintrafen und Top10-Platzierungen nicht erzielt wurden (AG Düsseldorf vom 17.7.2008, Az. 39 C 5988/08). Dass die Agentur im Verfahren geltend machte, dass die Versprechungen von vornherein nicht sicher zu halten waren, half ihr verständlicherweise nicht.

Auch wenn seriöse Anbieter mit solch vollmundigen Ankündigungen vorsichtig sein dürften, zeigt das Urteil doch, dass eine konkrete Leistungsbeschreibung unumgänglich ist.

2. Vergütung

Natürlich ist ein weiterer wichtiger Vertragsbestandteil die Regelung der Vergütung der Agentur. Die Erfahrung zeigt, dass verschiedene Vergütungsmodelle für SEM/SEO-Verträge eingesetzt werden.

Derzeit wohl am häufigsten verwendet wird eine monatliche Pauschalvergütung, die die Leistungen der Agentur unabhängig von dem tatsächlichen Aufwand honoriert. Denkbar ist aber auch eine Vergütung nach Manntagen oder -stunden oder nach Einzelleistungen, zum Beispiel die Erstellung von Content oder die Betreuung einzelner Keyword-Kampagnen.

Schließlich ist auch eine Verknüpfung der Vergütung der Agentur mit den über die Kampagnen erzielten Umsätzen denkbar. Die Agentur, die sich darauf einlässt, muss sich bewusst sein, dass eine solche Regelung das Geschäftsrisiko stark auf die Agentur verlagert, die ja nur bedingt Einfluss auf die Qualität von Website und Produkten des Kunden hat. Letztlich verschiebt sich die Natur des Vertrages bei einem solchen Modell stärker in Richtung Affiliate-Vertrag, der lediglich eine erfolgsbezogene Komponente aufweist. Schon aus diesem Grunde sollte der Erfolgs-

anteil stets nur zusätzlich vereinbart werden. Zudem setzen solche Vergütungsmodelle eine gewisse Flexibilität voraus.

Natürlich sind alle möglichen Kombinationen aus diesen Modellen denkbar. Letztlich sind Vergütungsfragen eine der wenigen Punkte, über die tatsächlich verhandelt wird. Daher gilt es, das Verhandelte möglichst präzise in den Vertragstext aufzunehmen und die Folgen einer Entscheidung für ein bestimmtes Vergütungsmodell zu berücksichtigen.

Eine solche Folge ist beispielsweise, dass bei einer erfolgsbezogenen Vergütung genau definiert werden muss, was ein ‚Erfolg‘ sein soll und wie das Reporting funktionieren soll.

3. Nebenpflichten des Kunden

Ein Punkt, auf den die Agenturen in der Regel angewiesen sind, der aber so gut wie nie ausdrücklich geregelt wird, sind die Pflichten des Kunden, die über die Leistung der Vergütung hinausgehen. Die Mitwirkungspflichten sind ein Einfallstor für die Abgrenzung von Verantwortlichkeiten. An dieser Stelle lässt sich oft Verantwortung auf den Kunden abwälzen.

Dies beginnt bei der Benennung genau eines Ansprechpartners auf Kundenseite. Dies kann das oft entstehende Zuständigkeitschaos auf Kundenseite vermindern helfen. Zudem schafft es Klarheit, auf wessen Wort sich die Agentur etwa bei Budget-Fragen eigentlich verlassen darf.

Sinnvoll ist auch eine Verpflichtung zu regelmäßigen Datensicherungsmaßnahmen. Dies verlagert die Verantwortlichkeit im Falle eines versehentlichen Löschens des Accounts insofern auf den Kunden, als dieser für Sicherungsmaßnahmen hätte Sorge tragen müssen. Liegt die Verantwortung für den Account komplett bei der Agentur, liegt es wiederum aus Kundensicht nahe, die Verantwortlichkeit für Sicherungsmaßnahmen ausdrücklich der Agentur zu übertragen.

In Bezug auf SEM-Verträge sollte der Kunde vertraglich zur Mitwirkung bei der Generierung relevanter Keywords verpflichtet werden. Spezielles Branchenwissen kann von der Agentur - vorbehaltlich anderweitiger ausdrücklicher vertraglicher Regelungen - nicht erwartet werden. Gibt es also branchenspezifische Keywords, liegt es nahe, dem Kunden eine entsprechende Pflicht aufzuerlegen. Der Spielraum ist hier sehr weit. Theoretisch denkbar ist auch, die Auswahl der Keywords ganz dem Kunden zu überlassen.

Stets wichtig ist eine Regelung darüber, wer Herr über den Account ist. Aus Sicht der Agentur ist dringend zu empfehlen, Änderungsrechte des Kunden auszuschließen. Werden dem Kunden eigene Zugangsdaten mitgeteilt, ist zunächst zu

prüfen, ob es eine technische Möglichkeit gibt, den Zugang auf bloße Ansichtsrechte zu beschränken. Lässt sich der Kunde darauf nicht ein oder ist dies technisch nicht möglich, ist – wiederum aus Sicht der Agentur – dringend zu empfehlen, dem Kunden jedwede Änderung an den Account-Einstellungen zu untersagen. In diesem Falle empfiehlt es sich jedoch, für eine ordnungsgemäße Dokumentation von Änderungen zu sorgen, um gegebenenfalls Streitigkeiten über die Folgen von Änderungen adressieren zu können. Die vertragswidrige Änderung von Daten etc. an dem Account durch den Kunden sollte ausdrücklich als Grund einer fristlosen Kündigung für die Agentur werden. An dieser Stelle ist die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen besonders wichtig.

4. Rechtliche Verantwortlichkeit

a. SEM-Verträge

In der Regel gibt es keine klaren Absprachen zu den zu buchenden Keywords. Von den möglichen Google-Optionen der Keyword-Auswahl wissen viele Kunden nicht einmal etwas. Klar ist indes, dass im Falle einer (angeblichen) Rechtsverletzung in erster Linie der Werbetreibende direkt angesprochen bzw. abgemahnt werden wird. Auch etwaige Klagen werden sich vor allem gegen die Unternehmen richten, denen die Werbung zu Gute kommt.

Die Ausflucht, nicht man selbst, sondern die beauftragte Agentur habe die Keywords ausgewählt und die verschiedenen Optionen eingestellt, hilft in einem solchen Fall in der Regel nicht. Gegenüber dem Markeninhaber muss der Werbetreibende selbst gerade stehen.

Sofern allerdings keine vertragliche Regelung der rechtlichen Verantwortlichkeit zwischen dem Kunden und der Agentur erfolgte, spricht viel dafür, dass die Agentur für die Auswahl der Keywords und der Anzeigentexte auch rechtlich verantwortlich ist. Folglich hat der Kunde einen Schadensersatzanspruch, wenn er wegen rechtswidriger Werbung von einem Wettbewerber in Anspruch genommen wird (vgl. z.B. OLG Düsseldorf v. 13.3.2003, Az. I-5 U 39/02).

Weil der Agentur aber oft spezielles Branchenwissen fehlt, ist es in der Regel sachgerecht, eine Prüfpflicht des Kunden zu vereinbaren. Ist dies aus zeitlichen Gründen nicht vor dem Start der jeweiligen Kampagne möglich, kann eine Live-Überprüfung vereinbart werden. Dies macht aus der Sicht des Kunden natürlich nur Sinn, wenn eine regelmäßige Überprüfung auch stattfindet. Anderenfalls kann sich der Kunde darauf kaum einlassen. Kompromisslösungen, etwa die Festlegung von Keywords und Anzeigentexten, sind ohne Weiteres denkbar.

Wichtig ist jedenfalls eine belastbare vertragliche Regelung mit der Agentur, in der die möglichen Streitfälle klar geregelt sind. In einem solchen Vertrag sollten auch Regelungen zum (Nicht-) Einsatz bestimmter Keywords und Verwendung bestimmter Google-Optionen getroffen werden. Verstößt die Agentur gegen diese klaren Regeln und kommt es anschließend zum Haftungsfall, mag man den Vertrag sogar dem Markeninhaber entgegenhalten können. Vor allem aber sind die Verantwortlichkeiten klar geregelt, so dass ein etwaiger Schaden im Verhältnis zwischen Kunden und Agentur zu Lasten des Dienstleisters geht.

Auch aus Sicht der Agentur sind klare Regelungen, jedenfalls aber eine deutliche Information der Kunden, von großer Bedeutung. Hat der Kunde dem Einsatz der Option „weitgehend passende Keywords“ in Kenntnis der Funktionsweise nicht widersprochen, trifft ihn auch im Innenverhältnis zu der Agentur die Verantwortung. Die Information des Kunden über die bestehenden Risiken sollte klar dokumentiert werden. Letztlich muss der Kunde entscheiden, ob er mehr Traffic oder mehr Sicherheit möchte.

b. SEO-Verträge

Im Rahmen der Suchmaschinenoptimierung stellt sich die Frage nach der Verantwortlichkeit für die Folgen eines (groben) Verstoßes gegen die Google-Richtlinien. Tritt der worst case des De-Listing ein, ist dafür zunächst die Agentur verantwortlich.

Hat sich der Anbieter bestimmte zweifelhafte SEO-Methoden (etwa Doorwaypages oder Linktausch) unter Hinweis auf die Risiken von dem Kunden genehmigen lassen, trägt der Kunde das alleinige Risiko, wenn die Website von Google abgestraft wird.

Ein regelungsbedürftiger Punkt ist auch die Content-Erstellung. Greift die Agentur beispielsweise auf Fremdmaterial bei der Erstellung von Inhalten zurück, können sich urheberrechtliche Fragen stellen. Auch hier sollten eindeutige Regelungen getroffen werden. Natürlich muss auch geregelt sein, ob etwaige Lizenzkosten, z.B. für Bilder, an den Kunden weitergegeben werden können.

5. Umsetzung in Verträgen

Letztlich helfen genaue Regelungen, Streit zwischen Agentur und Kunde zu vermeiden. In welche Form die Vereinbarungen gegossen sind, ob als jeweils angepasster Vertragstext oder als umfangreiches Auftragsformular mit Verweis auf allgemeingültige AGB, spielt keine Rolle. Die günstigste Ausgestaltung hängt vor allem von der Kundenstruktur und den Sales-Abläufen ab.

Aus Sicht des Kunden muss es regelmäßig kein langer Vertrag sein. Regelungen zum rechtlich Erlaubten, entsprechende Freistellungsansprüche und die Kündigungsbestimmungen gehören aber zu den Must-Haves, auf die der Markenartikler bei Beauftragung einer Agentur bestehen sollte.

Wesentlich ist, dass die wichtigen Fragen adressiert werden. Späterer Streit kann so häufig vermieden werden. Außerdem können dem Kunden auf diesem Wege Forderungen nach Preisnachlässen häufig unter Hinweis auf die vertragliche Lage ausgedrückt werden. Der Kunde dagegen weiß genau, was er für den vereinbarten Preis bekommen soll.

Berlin, den 30. März 2010

Ansprechpartner:

Dr. Martin Schirmbacher

Fachanwalt für IT-Recht

Tel.: + 49 30 28 30 57 4 29

Fax.: + 49 30 28 30 57 44

schirmbacher@haerting.de

<http://twitter.com/mschirmbacher>