

Kapitel 4: Grundsatzfragen einer lauterkeitsrechtlichen Betrachtung der Suchmaschinenoptimierung

Nachdem Grundlagen der Suchmaschinenoptimierung und Grundlagen des Lauterkeitsrechts dargestellt worden sind, könnten Subsumtionsversuche von Fallkonstellationen, die Suchmaschinenoptimierung zum Gegenstand haben, unter die Tatbestände des UWG gewagt werden. Allerdings würde diese Vorgehensweise Gefahr laufen, nicht zu berücksichtigen, welche technischen, tatsächlichen und überdies nicht nur materiell-rechtlich relevanten Umstände die Suchmaschinenoptimierung mit sich bringt. Im Folgenden werden daher verschiedene Grundsatzfragen einer lauterkeitsrechtlichen Betrachtung der Suchmaschinenoptimierung gestellt und eingeordnet.

Konkret wird das Lauterkeitsrecht und insbesondere Unlauterkeit im Umfeld von Suchmaschinenoptimierung betrachtet (A.), sowie die Unbekanntheit und Verantwortlichkeit des Algorithmus von Suchmaschinen (B.), die nicht objektiv ermittelbaren Trefferlistenpositionen (C.) und die Verborgenheit einiger Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen (D.) in ein grundsätzliches Verhältnis zum Lauterkeitsrecht gesetzt.

A. Lauterkeitsrecht und Unlauterkeit im Umfeld von Suchmaschinenoptimierung

Eine umfassende lauterkeitsrechtliche Betrachtung der Suchmaschinenoptimierung erfordert eine einzelfallbezogene und somit konkrete, nicht etwa lediglich pauschale Untersuchung. Nichtsdestotrotz kann das Lauterkeitsrecht in pauschaler Weise ins Verhältnis zur Suchmaschinenoptimierung gestellt werden, um zumindest zu ergünden, was in grundsätzlicher Hinsicht bei jeder Einzelfallbetrachtung mit Bezug zur Suchmaschinenoptimierung lauterkeitsrechtlich zu berücksichtigen ist.²⁷³

²⁷³ Vgl. Mohr, Internetspezifische Wettbewerbsverstöße, S. 173 ff., der Unlauterkeit hinsichtlich Wettbewerbshandlungen im Internet grundsätzlich und im Umfeld von zumindest auch suchmaschinenoptimierungsspezifischen Wettbewerbsverstößen zu konkretisieren versucht.

Interessanterweise etablierte sich die Suchmaschinenoptimierung als fester Bestandteil des Internetmarketings mehr oder weniger fest um die Jahrtausendwende²⁷⁴, etwa zeitgleich²⁷⁵ fand der Begriff der Unlauterkeit anstelle des Begriffs der guten Sitten erstmals zentralen Eingang in das Lauterkeitsrecht. Die mit den Gesetzesänderungen seit 2004 angestrebte Liberalisierung²⁷⁶ des Lauterkeitsrechts fiel insofern passend in eine Zeit, in welcher neuartige Phänomene wie Suchmaschinenoptimierung als Wettbewerbsform entstanden.

Grundsätzlich ist das Lauterkeitsrecht seitens der Schutzzwecke und Normstruktur dahingehend ausgestaltet, einerseits mit einer überschaubaren Anzahl an Tatbeständen und andererseits mit im Kern des Lauterkeitsrechts stehenden, unbestimmten Rechtsbegriffen unvorhersehbare Wettbewerbskonstellationen rechtlich einfangen zu können. Suchmaschinenoptimierung als vergleichsweise neues Phänomen des Internetmarketings ist ein Beispiel für durch Weiterentwicklung von Technik bedingte, für den Gesetzgeber unvorhersehbare Fallkonstellationen im Bereich des Wettbewerbs. Daher ist Suchmaschinenoptimierung als Umfeld und Vielzahl von Fallkonstellationen im Grunde eine regelrechte Steilvorlage, um die Tauglichkeit des UWG hinsichtlich der Schutzzwecke zu untersuchen. Die Ausgestaltung des UWG ist grundsätzlich auf neuartige Wettbewerbsphänomene wie Suchmaschinenoptimierung ausgerichtet, sodass zumindest nicht im Vornherein gesagt oder vermutet werden könnte, das derzeitige UWG sei der Suchmaschinenoptimierung nicht gewachsen. Ganz das Gegenteil könnte der Fall sein, womöglich hat der Gesetzgeber rechtzeitig vor dem oder zeitgleich zum Entstehen höchstmoderner Wettbewerbs-handlungen wie der Suchmaschinenoptimierung das Lauterkeitsrecht im Wege einer Liberalisierung geöffnet.

Das Lauterkeitsrecht ist zentral am Tatbestand der unlauteren geschäftlichen Handlung orientiert. Ist eine solche unlautere geschäftliche Handlung nicht eindeutig erkennbar, gilt die geschäftliche Handlung grundsätzlich als zulässig.²⁷⁷ Für Suchmaschinenoptimierung an sich und Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen im Speziellen muss daher eine Unlauterkeit zweifelsfrei²⁷⁸ festgestellt werden. Stellt sich beispielsweise bei einer

274 *Lammenett*, Online-Marketing, S. 51 f.

275 Durch das UWG 2004, vgl. *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitzer*, Einf A Rn. 46.

276 *Wuttke*, WRP 2007, 119; *Ohly*, GRUR 2004, 889; *Säcker*, WRP 2004, 1199.

277 Eine Ausnahme kann § 7 UWG bilden, der nicht wortwörtlich auf Unlauterkeit abstellt.

278 *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, Rn. 999.

Beurteilung einer Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme heraus, dass lauterkeitsrechtliche Erwägungen in gleicher Weise sowohl für als auch gegen ihre Unlauterkeit sprechen, so ist sie im Zweifel nicht unlauter. Dadurch ist zwar wenig über Unlauterkeit konkreter Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen gesagt, doch ist klargestellt, dass eine Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme etwa aufgrund ihrer Neuartigkeit und etwaig als überreizte Spitzfindigkeit empfundene Vorgehens- und Umsetzungsweise nicht im Zweifel - etwa zum Schutz der unwissenden Verbraucher als Suchmaschinennutzer – automatisch unlauter ist.

Bei der lauterkeitsrechtlichen Betrachtung von Suchmaschinenoptimierung ist anzumerken, dass das Umfeld der Suchmaschinenoptimierung von einer gewissen Selbstregulierungskraft²⁷⁹ des Marktes geprägt ist. Einerseits versuchen die Suchmaschinenanbieter, ungewollte Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen durch Aufstellung von Guidelines²⁸⁰ und Kontrollen der Content-Angebote im eigenen Index zu unterbinden²⁸¹, andererseits kontrollieren sich Content-Anbieter gegenseitig und melden etwaige Unstimmigkeiten, die als wettbewerbswidrig erachtet werden, an die Suchmaschinenanbieter.²⁸² Letztlich sind auch die nicht proaktiv am Wettbewerb teilnehmenden Suchmaschinennutzer in der Lage, Meldungen über dubiose Content-Angebote und deren Suchmaschinenoptimierungsstrategien an die Suchmaschinenanbieter weiterzuleiten. Ganz gleich, auf welchem Wege Suchmaschinenanbieter auf ungewollte Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen stoßen, sie sind in der Lage, eine Abstrafung in Form von Reduzierung der Sichtbarkeit eines Content-Angebots in den Trefferlisten zu realisieren und tun dies regelmäßig und im Rahmen ihrer Möglichkeiten. Mitunter fällt das Abstrafen derart harsch aus, dass ein Content-Angebot gänzlich aus dem Index entfernt wird und somit für Nutzer dieser Suchmaschine unauffindbar ist. Diese Selbstregulierungskräfte des Marktes sind erwähnenswert, weil sie bei einer lauter-

279 Paal, Suchmaschinen, Marktmacht und Meinungsbildung, S. 39 und S. 46 f. spricht zwar nicht von Selbstregulierungskräften in Bezug auf Suchmaschinenoptimierung, mithin jedoch von solchen bezüglich Suchmaschinen an sich.

280 Grds. stellt ein Verstoß gegen die Guidelines der Suchmaschinenanbieter nicht per se eine lauterkeitsrechtliche Implikation dar, vgl. Mohr, Internetspezifische Wettbewerbsverstöße, S. 152 und Schirmbacher/Engelbrecht, CR 2015, 659 (661).

281 Hierzu Kapitel 2 A. II.

282 Auf die Möglichkeit für Markeninhaber, deren Marken durch Konkurrenten in Meta-Tags oder Hidden-Test verwendet werden, weist Ott, MMR 2008, 222 (224 f.) ausdrücklich hin, da dies der deutlich schnellere Weg sei, einen markenrechtlichen Rechtsverstoß zu beenden.

keitsrechtlichen Betrachtung nicht gänzlich unbeachtet bleiben dürfen.²⁸³ Gleichzeitig ist anzumerken, dass die Selbstregulierungskraft eines Marktes nicht das vom Gesetzgeber vorgesehene Leitbild von Lauterkeit ersetzen kann.²⁸⁴ Was ein Markt und dessen Teilnehmer als lauter empfinden, muss nicht lauter im Sinne des UWG sein. Im Übrigen sind die Selbstregulierungskräfte des Marktes der Suchmaschinenoptimierung zwar deutlich erkennbar, jedoch bereits nach ihrem eigenen Verständnis²⁸⁵ nicht ausreichend, da die Suchmaschinenanbieter bis dato noch immer nicht die Problematik der von ihnen als unzulässig deklarierten Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen dahingehend gelöst haben, dass diese keine Anwendung mehr fänden. Nach wie vor bedienen sich Content-Anbieter in massiver Weise solcher Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen, die von marktführenden Suchmaschinenanbietern als unerwünscht gelten und unter Strafe gestellt sind.

Suchmaschinenoptimierung ist ein vergleichsweise neues Phänomen des Marketings.²⁸⁶ Dieser Umstand kann Einfluss auf eine Beurteilung der Unlauterkeit einer geschäftlichen Handlung haben.²⁸⁷ Aus der Marktphase können sich verschiedenartige lauterkeitsrechtliche Implikationen ergeben, beispielsweise sind die Kenntnisse von Verbrauchern hinsichtlich ei-

283 Dies ergibt sich aus der Rechtsanwendung des Begriffs der Unlauterkeit, der im konkreten Einzelfall stets unter Berücksichtigung aller Interessen der betroffenen Marktteilnehmer verstanden werden muss, vgl. Kapitel 3 B. Zu diesen Umständen zählt grundsätzlich alles, was mit den Schutzzwecken gem. § 1 UWG korreliert, mithin insbesondere die Funktionsweise des Wettbewerbs tangiert. Die Selbstregulierungskraft des Marktes ist ein solcher Umstand, der berücksichtigt werden muss, um im konkreten Einzelfall eine Beurteilung geschäftlicher Handlungen hinsichtlich ihrer etwaigen Unlauterkeit vornehmen zu können, vgl. dazu grundlegend *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, Rn. 999. Ähnlich *Holtkotte*, Probleme bei Suchmaschinen, S. 51, die im Rahmen einer suchmaschinenoptimierungsspezifischen, lauterkeitsrechtlichen Interessenabwägung das „Gegengewicht durch Suchmaschinen“ berücksichtigt.

284 *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, Rn. 999, äußert sich hierzu wie folgt: „Ist bereits der Markt selbst in der Lage, wirksam und in akzeptabler Weise Abhilfe zu sorgen, so bedarf es eines rechtlichen Eingreifens nicht.“ Die wichtige Einschränkung „in akzeptabler Weise“ bekennt, dass eine Selbstregulierung des Marktes durchaus in inakzeptabler, sprich die Interessen aller Marktteilnehmer (§ 1 Satz 1 UWG) und dem Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb (§ 1 Satz 2 UWG) verletzender Weise stattfinden kann.

285 Hierzu Kapitel 2 A. II.

286 Verglichen mit anderen Formen der Werbung wie etwa Plakatwerbung oder Inseraten in Printmedien.

287 *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, Rn. 1030 ff.

nes neuartigen Produkts oder neuartigen Dienstleistung (und diesbezüglicher Werbung) in frühen Marktphasen in der Regel begrenzt, woraus sich automatisch ein Vorteil der Anbieter hinsichtlich des Kenntnisstandes gegenüber den Verbrauchern ergibt. Dies muss nicht, kann jedoch beispielsweise im Rahmen einer irreführenden geschäftlichen Handlung gem. § 5 Abs. 1 UWG lauterkeitsrechtliche Relevanz erreichen. Mitunter ist von der Marktphase das gesamte, der lauterkeitsrechtlichen Überprüfung von an Verbraucher gerichteten geschäftlichen Handlungen zugrunde zu legende Verbraucherleitbild betroffen. Nicht nur verbraucherspezifische Einflüsse, sondern auch insgesamt die Marktlage und Interessen von Mitbewerbern und sonstiger Marktteilnehmer können in einer frühen oder späten Marktphase unterschiedliche lauterkeitsrechtliche Bewertungen zur Folge haben. Konkret kann sich die Marktphase beispielsweise in den vorherrschenden Marktgepflogenheiten niederschlagen, die lauterkeitsrechtlich wiederum die unternehmerische Sorgfalt gem. § 2 Abs. 1 Nr. 7 UWG betreffen können.

Zu bedenken ist bei der Beurteilung einer geschäftlichen Handlung auch die Folgenerwägung.²⁸⁸ Lauterkeitsrechtliche Eingriffe in einen vergleichsweise jungen Marktbereich wie der Suchmaschinenoptimierung können mitunter schwerwiegende Folgen für Content-Anbieter und Suchmaschinenanbieter nach sich ziehen. Würden beispielsweise gewisse Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen hinsichtlich der Errichtung von URL-Strukturen²⁸⁹ als wie auch immer im Einzelfall geartet unlauter gelten, müssten zunächst die Content-Anbieter wohl ihre Suchmaschinenoptimierungsstrategien anpassen, letztlich aber auch die Suchmaschinenanbieter ihre Bewertungskriterien für die Erstellung von Trefferlisten überdenken. Gleichermäßen und umgekehrt könnte das Anerkennen gewisser Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen als lauter zu einem Ausufern von trickreichen, den Wettbewerb in seiner Unverfälschtheit gefährdenden Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen führen, die durch das Erklären der Lauterkeit zur neuen Norm erhoben werden könnten.

Hinsichtlich der Schutzzwecke des UWG ist bei der lauterkeitsrechtlichen Betrachtung der Suchmaschinenoptimierung grundsätzlich die Verschiedenartigkeit der Interessen der Schutzsubjekte zu beachten. Im Bereich der Suchmaschinenoptimierung treffen tatsächlich alle im § 1 Satz 1 UWG genannten Schutzsubjekte aufeinander: Mitbewerber streiten um

288 *Beater*, Unlauterer Wettbewerb, Rn. 1034 f.

289 *Schneider*, SEO 2018, S. 112 zur Relevanz der URL-Strukturen für Suchmaschinenoptimierung.

Trefferlistenpositionen, Verbraucher sind von diesen Anstrengungen bei der Suchmaschinennutzung mittelbar und unmittelbar durch Kenntnisnahme der Trefferlisten und diesbezüglich getroffener Klickentscheidungen betroffen, und sonstige Marktteilnehmer wie etwa die Suchmaschinenanbieter durch Bereitstellung von Suchmaschinen als Geschäftsmodell ohnehin. Content-Anbieter als Mitbewerber und sonstige Marktteilnehmer haben beispielsweise das Interesse, ihre Sichtbarkeit in den Trefferlisten von Suchmaschinen zu erhöhen, wohingegen Verbraucherinnen und Verbraucher als Suchmaschinennutzer möglichst relevante Informationen vorzufinden suchen. Suchmaschinenanbieter als sonstige Marktteilnehmer wiederum haben zum Ziel, die bestmögliche Bereitstellung von Informationen zu gewährleisten und ihre sonstigen Dienstleistungen und Angebote im Markt zu positionieren. Noch komplizierter wird die Interessenlage dadurch, dass etwa nicht nur Verbraucherinnen und Verbraucher zu den Nutzern von Suchmaschinen zählen, sondern auch sonstige Marktteilnehmer und Mitbewerber, die ihrerseits auch ein Interesse an möglichst relevanten Informationen – oder gar nur an Beobachtung der Suchmaschinenanstrengungen ihrer Konkurrenz – haben und somit selbst zu Suchmaschinennutzern zählen. Insofern lässt sich feststellen, dass bei der Suchmaschinenoptimierung Mitbewerber, Verbraucherinnen und Verbraucher, sowie sonstige Marktteilnehmer miteinander in mehrfacher Weise in verschiedene Wechselwirkungen treten, ohne dabei jedoch die gleichen Interessen aufzuweisen.

Schließlich schützt das UWG nicht nur gem. § 1 Satz 1 UWG die genannten Schutzsubjekte, sondern gem. § 1 Satz 2 UWG auch das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb. Für den Bereich der Suchmaschinen mag auf den ersten Blick das Interesse der Allgemeinheit an dem Zugang zu möglichst unverfälschten Informationen einschlägig und insbesondere rechtlich als schutzwürdig wirken. Ohne die grundsätzliche Schutzwürdigkeit dieses Zugangs zu möglichst unverfälschten Informationen bestreiten zu wollen, ist jedoch deutlich darauf hinzuweisen, dass für den Bereich der Suchmaschinenoptimierung unter lauterkeitsrechtlichen Aspekten lediglich gem. § 1 Satz 2 UWG das Interesse an einem unverfälschten Wettbewerb zu berücksichtigen ist. Dieses Interesse an einem unverfälschten Wettbewerb umfasst gerade nicht sonstige Interessen der Allgemeinheit.²⁹⁰ Insbesondere ist zu beachten, dass Suchmaschinen und Suchmaschinenoptimierung keinesfalls synonyme Marktbereiche

²⁹⁰ Geis, in: FS Tilmann, S. 121 (128); Ullmann, GRUR 2003, 817 (821); Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza, § 1 Rn. 30; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 1 Rn. 41.

darstellen, sondern klar voneinander abgegrenzt werden können. Suchmaschinenoptimierung bezeichnet jede Maßnahme, die den Zweck hat, einem Content-Angebot zu einer verbesserten Sichtbarkeit in organischen Trefferlisten von Suchmaschinen zu verhelfen.²⁹¹ Wird dieses Phänomen der Suchmaschinenoptimierung lauterkeitsrechtlich betrachtet, ist damit nicht die lauterkeitsrechtliche Betrachtung von Suchmaschinen an sich und dem Zugang zu Informationen und der qualitativen Bewertung ebendieser gemeint. § 1 Satz 2 UWG zielt hinsichtlich der Suchmaschinenoptimierung einzig und allein darauf ab, inwiefern bei der Suchmaschinenoptimierung ein unverfälschter Wettbewerb stattfindet – sonstige Interessen der Allgemeinheit, die lediglich mittelbar mit Suchmaschinenoptimierung und Suchmaschinen zusammenhängen, sind zumindest nicht lauterkeitsrechtlich relevant. Diese klare Einschätzung des Schutzzwecks gem. § 1 Satz 2 UWG hinsichtlich Suchmaschinenoptimierung ist nötig, um bereits im Vorherein festzuhalten, dass Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer lauterkeitsrechtlich gesprochen kein „Recht auf relevante Informationen“ haben können, da das Lauterkeitsrecht aufgrund seiner Schutzzweckbestimmung²⁹² ein solches Recht weder einräumt, schützt, noch voraussetzt. Wer durch findige und erfolgreiche Suchmaschinenoptimierung ein Content-Angebot mit inhaltlich irrelevanten Informationen auf Platz 1 der Trefferlisten marktführender Suchmaschinen befördert, handelt nicht deshalb bereits unlauter, weil Content-Angebote auf den darauffolgenden Trefferlistenpositionen womöglich – wie auch immer zu messende – relevantere Informationen für Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer bereithalten. Kurz gesagt: Das Lauterkeitsrecht schützt hinsichtlich Suchmaschinenoptimierung vor unlauteren geschäftlichen Handlungen und verfälschtem Wettbewerb, nicht vor geringer Qualität von Content-Angeboten.

291 Hierzu Kapitel 2 B.

292 Beispielsweise werden bei *Miller*, Irreführung von Suchmaschinen, S. 292, der unter den Vorzeichen des UWG 1909 seine Arbeit erstellte - mithin also ohne gesetzgeberische Schutzzweckbestimmung wie heutzutage in § 1 UWG - weitere Interessen wie das Interesse der Suchmaschinennutzer an möglichst reibungsloser Recherche in Trefferlisten lauterkeitsrechtlich entscheidend gewürdigt. Ähnlich bei *Holtkotte*, Probleme bei Suchmaschinen, S. 52. Diese Berücksichtigung durchaus legitimer, aber nicht notwendig lauterkeitsrechtlich relevanter Interessen ist mit dem heutigen UWG nicht dergestalt vereinbar, vgl. Kapitel 4 A., sowie Kapitel 3 A. und B.

B. Unbekanntheit und Verantwortlichkeit des Algorithmus von Suchmaschinen
als lauterkeitsrechtliches Problem

Das Ergebnis der Tätigkeit von Suchmaschinen ist für jeden Suchmaschinennutzer in Form der präsentierten Trefferlisten sichtbar. Wie diese entstehen, ist grundsätzlich jedoch nur dem Grunde nach, nicht hingegen exakt bekannt. Die von marktführenden Suchmaschinen für die Erstellung von Trefferlisten verwendeten Algorithmen sind geheim gehaltene Umstände.²⁹³ Diese Unbekanntheit des Algorithmus von Suchmaschinen ist nicht nur eine Herausforderung für Suchmaschinenoptimierer, sondern könnte auch Implikationen für eine lauterkeitsrechtliche Betrachtung der Suchmaschinenoptimierung beinhalten.

Wie bereits aufgezeigt, ändern marktführende Suchmaschinen ihre Algorithmen zur Erfassung der Inhalte des Internets, zur Bereitung ihrer Indizes, sowie zur Trefferlistenerstellung stetig – teilweise mit, oftmals ohne Ankündigungen.²⁹⁴ Grundsätzlich können sich dadurch Trefferlistenpositionen verschieben, obwohl sich die Content-Angebote nicht geändert haben. Es ist in tatsächlicher Hinsicht daher schwierig zu beurteilen, inwieweit eine Trefferlistenveränderung letztlich auf eine vorgenommene Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme oder auf eine Änderung im Algorithmus zurückzuführen ist. Es darf davon ausgegangen werden, dass in der Praxis oftmals beides zeitgleich erfolgt, d.h. Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen werden unternommen, während sich die Algorithmen der Suchmaschinen ändern. Die hiermit verbundene Grundsatzfrage lautet, inwieweit lauterkeitsrechtliche Beurteilungen von Suchmaschinenoptimierung an sich und Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen im Speziellen möglich und sinnvoll sind, obwohl die für den konkreten Einzelfall notwendige Information, welche Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme tatsächlich zu welcher Trefferlistenposition geführt hat, eine unbekannte Koordinate bleibt.

Diese Grundsatzfrage ähnelt der bereits im Grundlagenteil zur Suchmaschinenoptimierung angesprochenen²⁹⁵ Problematik hinsichtlich nicht objektiv ermittelbarer Trefferlistenpositionen. Allerdings ist es bei der Unbe-

293 Wiedmaier, Suchmaschinenoptimierung, S. 27; Schneider, SEO 2018, S. 102.

294 Nicht ohne Grund wird im Standardwerk zur Suchmaschinenoptimierung von Erlbofer, Suchmaschinen-Optimierung, S. 911 ff., ein ganzes Kapitel den Gerüchten, Theorien und Fakten zu Google hinsichtlich Algorithmusänderungen gewidmet.

295 Zu den technischen Hintergründen Kapitel 2 A. III.

kanntheit des Algorithmus nicht in erster Linie eine Sachverhaltsinformation, die unermittelbar scheint, sondern eine Kausalitätsfrage. Die Frage ist nicht, welche konkrete Trefferlistenposition erreicht worden ist, sondern welche Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme tatsächlich für eine – wie auch immer geartete – Veränderung in den Trefferlistenpositionen letztlich verantwortlich gewesen ist.

Ein Beispiel veranschaulicht diese Grundsatzfrage in ihrer nicht nur lauterkeitsrechtlichen, sondern grundsätzlich rechtlichen Problematik: Würde ein Unternehmer beispielsweise in den Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen seines Mitbewerbers eine Unlauterkeit erblicken und diese dahingehend angreifen wollen, die durch seine Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen erreichten Trefferlistenpositionen seien nicht in lauterer Weise erreicht und behinderten in unlauterer Weise die eigenen Möglichkeiten der verbesserten Sichtbarkeit in Suchmaschinen, müsste regelmäßig dem anspruchsstellenden Unternehmen gelingen, die Kausalitätsfrage darlegen zu können. Denn der Mitbewerber könnte sich stets auf den Standpunkt stellen, er habe zwar Suchmaschinenoptimierung betrieben, die Veränderungen in den Trefferlistenpositionen seien jedoch nicht aufgrund seiner Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen entstanden, sondern einzig und allein aufgrund einer Änderung im Algorithmus der Suchmaschinen. Somit könnte jeder suchmaschinenoptimierende Unternehmer sich grundsätzlich dahingehend entschuldigen, dass nicht seine Bemühungen, sondern andere Faktoren kausal für seine erreichte Trefferlistenposition gewesen sind.

Prozessual mag im Wege der Beweisführung die richterliche Überzeugung gebildet werden können, diese oder jene Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme sei für eine gewisse Veränderung in den Trefferlistenpositionen verantwortlich gewesen.²⁹⁶ Gleichwohl bleibt jede diesbezügliche Beweisführung von der Gegenpartei angreifbar dadurch, dass letztlich die Algorithmen der Suchmaschinenanbieter unbekannt sind und überdies bereits die Problematik hinsichtlich nicht objektiv ermittelbarer Trefferlistenpositionen einen Vortrag zur Kausalität zwischen Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen und Trefferlistenposition zu schwächen weiß.²⁹⁷

Zur Unbekanntheit des Algorithmus von Suchmaschinen als Problem der Kausalitätsfeststellung ist anzumerken, dass zentrale Tatbestände des UWG die Kausalitätsfrage nicht in den Vordergrund stellen. Beispielsweise

296 Zur Beweisführung in Gerichtsverfahren mit Bezug zur Suchmaschinenoptimierung hinsichtlich dieser Problematik siehe Kapitel 6 B. IV. 3.

297 Hierzu Kapitel 6 B. III. 3. und IV. 3.

genügt für eine gezielte Behinderung des Mitbewerbers gem. § 4 Nr. 4 UWG bereits, dass die in Frage stehende geschäftliche Handlung geeignet ist, eine Behinderung darzustellen.²⁹⁸ Somit ist hinsichtlich dieses Tatbestands regelmäßig unerheblich, ob es tatsächlich zu einer Behinderung gekommen ist. Ein weiteres Beispiel ist § 5 Abs. 1 UWG, bei welchem es ebenso genügt, dass die in Frage stehende geschäftliche Handlung geeignet ist, eine Irreführung auszulösen – auf eine tatsächliche Irreführung kommt es auch hier nicht an.²⁹⁹ Somit lässt sich pauschal zumindest sagen, dass das Lauterkeitsrecht der Grundsatzfrage bezüglich der Unbekanntheit des Algorithmus marktführender Suchmaschinen nicht schutzlos ausgeliefert ist.

Eng damit zusammenhängend stellt sich eine weitere Frage der Zuordnung von rechtlichen Verantwortlichkeiten im Bereich Suchmaschinenoptimierung: Das Erreichen einer bestimmten Trefferlistenposition ist das Ergebnis eines Algorithmus und nicht die unmittelbare Handlung eines Content-Anbieters. Eine konkrete Trefferliste wird erst seitens der Suchmaschinenanbieter erstellt, wenn ein Internetnutzer einen Suchbegriff in eine Suchmaschine eingibt.³⁰⁰ Der dieser Trefferliste zugrunde liegende Algorithmus ist zwar durch Menschenhand programmiert, stellt aber dennoch einen Automatismus dar, dessen Einstellung nicht im Einflussbereich des Content-Anbieters liegt.

Die Rechtsprechung zu Fällen mit Bezug zur Suchmaschinenoptimierung hat durchaus erkannt, dass der Algorithmus von Suchmaschinen ursächlich für die Erstellung von Trefferlisten ist. Von dieser Vollautomatisierung der Funktionsweise von Suchmaschinen und der Anzeige von Suchergebnissen hat das OLG Hamburg gesprochen.³⁰¹ Noch genauer formulierte das LG Krefeld die Tatsache, dass einerseits ein unbekannter Automatismus die Trefferlistenposition generiert, und andererseits nicht nur der Content-Anbieter, und wenn, dann lediglich bedingt Einflussmöglich-

298 Begr RegE UWG 2004 zu § 4, BT-Drs. 15/1487, S. 17; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 4 Rn. 4.6.

299 *Diekmann*, in: Ullmann, jurisPK-UWG, § 5 Rn. 120.

300 Hierzu Kapitel 2 A. III.

301 OLG Hamburg MMR 2007, 315 (315): „(...) weil es sich um eine Suchmaschine handelt, deren Eintragungen (...) nicht auf der intellektuellen Leistung von Menschen beruhen, sondern die das Ergebnis eines automatisierten Vorgangs sind. (...) eine Suchmaschine, die weite Teile des Internets mit milliardenfachen Websites erfasst, die gefundene Seite ohne menschliche Einwirkung nach darin vorkommenden Begriffen erfasst, registriert und bei Aufruf darin vorhandener Begriffe ihre Internetadresse zusammen mit einzelnen Textteilen anzeigt.“

keiten darauf hat.³⁰² Die Rechtsprechung erkennt also, dass der Algorithmus einerseits ursächlich für Trefferlistenpositionen und andererseits unbekannt ist.

Die lauterkeitsrechtliche Literatur hat sich nicht vertieft mit dieser Grundsatzfrage auseinandergesetzt, mithin jedoch teilweise im Ansatz erkannt, dass Schwierigkeiten mit dem Umstand des unbekannten Algorithmus und damit verbundener Rechtsfragen bestehen könnten. *Bernreuther* erkennt das Problem der Kausalitätsfeststellung³⁰³, *Engels*³⁰⁴ und *Varadinek*³⁰⁵ sehen den Algorithmus als ursächlich für Erfolge der Suchmaschinenoptimierung, *Köhler* weist auf die Zufälligkeit der Trefferlisten hin³⁰⁶, *Heim* spricht von Nachweisschwierigkeiten³⁰⁷, ähnlich Bedenken melden

302 LG Krefeld, Beschluss vom 15.11.2015 - Az. 12 O 111/12: „Die Suchmaschine Google erstellt automatisch mit unterschiedlichsten Begriffen Verknüpfungen, die einen Nutzer auf bestimmte Adressen und Seiten im Internet hinweisen. Dabei werden nicht nur Begriffe berücksichtigt, die derjenige, der die Nutzer auf seine Seite führen will, selbst eingegeben hat. Google kreiert vielmehr automatisch nach bestimmten Regeln, die den Erfolg dieser Suchmaschine ausmachen, aus Suchnachfragen anderer Nutzer für bestimmte Seiten weitere Suchbegriffe, auf die mithin der Betreiber der jeweils nachgewiesenen Seite keinen Einfluss hat, wobei Google Bitten und Forderungen des Seitenbetreibers auf Löschung derartiger Begriffe im Hinblick auf die nachgewiesene Seite im Regelfall abschlägig bescheidet. Damit gibt allein der Umstand, dass bei den Begriffen "Taxi C" die Antragsgegnerin in der Ergebnisliste als Treffer mit Anschrift und Telefonnummer nachgewiesen wird, dafür, dass diese in wettbewerbswidriger Weise für ihr Unternehmen geworben hat, nichts her.“

303 *Bernreuther*, WRP 2008, 1057 (1059): „Unklar ist, ob die Optimierungsmaßnahme dazu führte, dass die Trefferanzeige nach Suchworteingabe zu einem Ergebnis bei Google führte (...).“

304 *Engels*, ITRB 2016, 260 (261): „Im Ergebnis beruht die Technik der Suchmaschinenoptimierung auf der Beeinflussung eines unbekannt arbeitenden Algorithmus“ (...).“

305 *Varadinek*, GRUR 2000, 279 (284): „(...) ist die Ergebnisliste als solche dem Suchmaschinenbetreiber zuzuordnen.“

306 *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 4 Rn. 4.31: „Darauf, ob durch Metatagging die Website des Mitbewerbers von der ersten Seite der Trefferliste der Suchmaschine verdrängt wird (...) kann es nicht ankommen (...). Denn dies hängt von der zufälligen Anzahl von Trefferlisten ab.“

307 *Heim*, Einflussnahme auf Trefferlisten, S. 234.

*Mohr*³⁰⁸ und *Rath*³⁰⁹ an. *Miller* hingegen hält die technischen Hintergründe der Trefferlistengenerierung für unbeachtlich.³¹⁰

Es kann vor dem Hintergrund des vollautomatisiert arbeitenden Algorithmus von Suchmaschinen lauterkeitsrechtlich nur schwer behauptet werden, das Erreichen einer Trefferlistenposition unterläge unmittelbarer Verantwortlichkeit des suchmaschinenoptimierenden Content-Anbieters. Die lauterkeitsrechtliche Verantwortlichkeit sollte bei Fallkonstellationen mit Bezug zur Suchmaschinenoptimierung keinesfalls lediglich in etwaigen Veränderungen der Trefferlisten gesucht werden. Dieser Umstand wird insbesondere im Rahmen der geschäftlichen Handlung gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG bezüglich Suchmaschinenoptimierung von gesonderter Bedeutung sein.³¹¹

C. Nicht objektiv ermittelbare Trefferlistenpositionen als lauterkeitsrechtliches Problem

Das Erreichen guter, hervorragender oder der obersten Trefferlistenpositionen, zumindest jedoch die verbesserte Sichtbarkeit in den Trefferlisten von Suchmaschinen ist das Ziel von Suchmaschinenoptimierungsanstrengungen. Dass diese Trefferlistenpositionen jedoch nicht „in Stein gemeißelt“ sind, liegt nicht nur daran, dass aufgrund des sich stetig ändernden Algorithmus marktführender Suchmaschinen sich die Trefferlistenpositionen der Content-Angebote mit der Zeit verschieben, sondern ist zu gleichem Maße von einem anderen technischen Umstand beeinflusst. Marktführende Suchmaschinen verwenden bei der Bereitstellung von Trefferlisten nicht nur Informationen aus den Content-Angeboten und der Sucheingabe des Suchmaschinennutzers, sondern eine Vielzahl weiterer, höchstper-

308 *Mohr*, Internetspezifische Wettbewerbsverstöße, S. 155: „Zur Annahme eines Wettbewerbsverstößes ist aber die sichere Feststellung, dass die Seite gerade durch die Manipulation einen höheren Listenplatz erhalten hat, notwendig.“

309 *Rath*, Recht der Suchmaschinen, S. 206: „Der Verwender des Meta-Tag kann daher (...) nicht prognostizieren, welche Aussage der Suchmaschinen-Betreiber überhaupt (...) innerhalb der Ergebnislisten wiedergeben wird.“

310 *Miller*, Irreführung von Suchmaschinen, S. 282: „Maßgebend für die lauterkeitsrechtliche Beurteilung (...) wird damit, ob das Inserieren bzw. Erscheinen an dieser Stelle unlauter ist, wobei die technischen und tatsächlichen Hintergründe, wie es dazu kommt, unbeachtlich sind.“

311 Hierzu Kapitel 5 A. III.

sonalisierter³¹² Faktoren, um eine einzig und allein für den konkreten Einzelfall der getätigten Sucheingabe maßgeschneiderte Trefferliste zu erstellen. Eine irgendwie geartete objektive Trefferlistenposition eines Content-Angebots zu einer Suchanfrage ist nicht existent.³¹³

Bei lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten hinsichtlich Trefferlistenpositionen und Suchmaschinenoptimierung ist dieser Umstand erheblich. Lauterkeitsrechtlich - sowie generell rechtswissenschaftlich - bedeutet dieser Umstand nämlich, dass in vielen suchmaschinenoptimierungsspezifischen Fallkonstellationen³¹⁴ ein definitiv ermittelter Sachverhalt fehlt. Grundlage jedes Subsumtionsversuches ist jedoch ein Sachverhalt.³¹⁵ Prozessual mag dieser Umstand dadurch an Brisanz verlieren, dass im Wege einer gerichtsfesten Beweisführung zumindest subjektiv ermittelbare Trefferlistenpositionen als Sachverhalt angenommen werden könnten.³¹⁶ Materiellrechtlich hingegen müsste für einen Subsumtionsversuch zumindest irgendein Sachverhalt zugrunde gelegt werden.

Grundsätzlich könnte aus rechtswissenschaftlicher Sicht ohne weitere Ankündigung ein Sachverhalt angenommen werden, um Subsumtionen durchzuführen. Möchte die Rechtswissenschaft jedoch zumindest auch der Rechtsanwendung, mithin „der Praxis“ dienen und nicht nur sich selbst, muss offengelegt sein, an welcher Stelle hinsichtlich Sachverhalten vermutet wird, was in der Realität keinesfalls problemlos ermittelbar wäre. Eine umfassende lauterkeitsrechtliche Betrachtung der Suchmaschinenoptimierung muss deswegen anstrengen, diesen Umstand überhaupt zu berücksichtigen und ihn zwecks Subsumtionsermöglichung nicht ignorieren, sondern verschiedenartige Sachverhaltskonstellationen, ähnlich einer Experimentenreihe, annahmehalber zugrunde legen.

Ein Beispiel veranschaulicht diese Grundsatzfrage einer lauterkeitsrechtlichen Betrachtung der Suchmaschinenoptimierung: Konkret könnte ein Unternehmen, das Suchmaschinenoptimierung betreibt und zu einer gewissen Suchanfrage eine gute Trefferlistenposition erreichen möchte, sich durch die Anwesenheit eines Mitbewerbers auf dem ersten Platz der Trefferliste zu ebendieser Suchanfrage lauterkeitsrechtlich gestört fühlen. Ganz gleich, inwieweit überhaupt lauterkeitsrechtlich angegriffen werden kann,

312 Hartl, Suchmaschinen, Algorithmen und Meinungsmacht, S. 18 ff. zur Personalisierung von Suchmaschinenergebnissen.

313 Hierzu Kapitel 2 A. III.

314 Konkrete Fallkonstellationen werden in Kapitel 5 A. bis I., jeweils I. dargestellt.

315 Larenz, Methodenlehre, S. 278 ff.

316 Siehe Kapitel 6 B. III. 1. und IV. 1.

dass ein Mitbewerber die ersten Trefferlistenpositionen belegt und somit seine Konkurrenz in der Sichtbarkeit behindert³¹⁷, ist hierbei schon problematisch, dass für eine materiell-rechtliche Betrachtung zugrunde gelegt werden muss, der Mitbewerber sei tatsächlich auf dieser oder jener Trefferlistenposition mit seinem Content-Angebot anwesend. Bei gleicher Suchanfrage von einem anderen Endgerät oder einer anderen IP-Adresse aus könnte aufgrund der stets hochpersonalisiert erstellten Trefferliste eine gänzlich andere Trefferlistenposition angezeigt werden. Oder noch paradoxer: Durch gezielte Suchanfrage und Suchverhalten kann eine gewisse Trefferlistenposition eines Content-Angebots auf der angezeigten Trefferliste sogar provoziert werden, da marktführende Suchmaschinen auch das vorherige Suchverhalten des Suchenden miteinbeziehen, um die Trefferliste zu erstellen. Grundsätzlich wäre es also möglich, sich selbst eine Trefferliste dahingehend zu generieren, dass zumindest dieses oder jenes Content-Angebot sehr weit oben in den Trefferlisten erscheint (weil es beispielsweise in zahlreichen vorherigen Suchanfragen angeklickt worden ist³¹⁸), oder weiter unten (weil es beispielsweise in zahlreichen vorherigen Suchanfragen angeklickt, aber sofort wieder verlassen worden ist³¹⁹). An dieser Stelle zeigt sich wie essenziell es für eine lauterkeitsrechtliche Betrachtung der Suchmaschinenoptimierung ist, die technische Funktionsweise von Suchmaschinen und insbesondere der Suchmaschinenoptimierung vollständig erfasst zu haben. Gleichzeitig wird deutlich, welche Fülle an Fallkonstellationen sich eröffnet. Soll eine materiell-rechtliche Betrachtung dieser beispielhaften Fallkonstellation angestrengt werden, muss zumindest irgendein Sachverhalt zugrunde gelegt sein. Prozessual läge es an der beweispflichtigen Partei, die Trefferlistenposition des Mitbewerbers gerichtfest als Tatsache darzustellen.³²⁰

317 Gezielte Behinderung von Mitbewerbern gem. § 4 Nr. 4 UWG durch Suchmaschinenoptimierung in Kapitel 5 E.

318 Hier gehen Algorithmen marktführender Suchmaschinen davon aus, das in Frage stehende Content-Angebot habe dem Suchenden bereits in vorherigen Suchanfragen gut gedient. Daher „rutscht“ ebendieses Content-Angebot in den Trefferlisten für den personalisierten Suchenden bei zukünftigen Suchanfragen nach oben, vgl. Kapitel 2 A. III.

319 Hierbei wiederum gehen Algorithmen marktführender Suchmaschinen davon aus, dass eine kurze Verweildauer bedeuten könnte, das Content-Angebot passe nicht zur Suchanfrage des Suchenden, sodass das Content-Angebot auch bei zukünftigen Suchanfragen nicht mehr mit hoher Präsenz angezeigt wird, vgl. Kapitel 2 A. III.

320 Siehe Kapitel 6 B. III. 1. und IV. 1.

Die lauterkeitsrechtliche Literatur hat sich zu dieser Grundsatzfrage zurückgehalten. Einige wenige Stimmen erkennen jedoch ansatzweise die lauterkeitsrechtliche Problematik: *Köhler* erfasste, dass den Trefferlisten in lauterkeitsrechtlicher Hinsicht nicht ohne Weiteres zu trauen ist.³²¹ Zweifel diesbezüglich wurden auch von *Haczek*, *Mohr* und *Schubert* angemeldet.³²²

In der Rechtsprechung lassen sich Fälle ausfindig machen, in denen eine Ermittlung des Lebenssachverhalts „Trefferlistenposition“ den Gerichten scheinbar keine größeren Bedenken bereitet hat. Das OLG Hamburg nahm an, ein gewisses Suchergebnis als Trefferlistenposition in einer App-Store-Suchmaschine als Anknüpfungspunkt für eine wettbewerbsrechtliche Subsumtion heranziehen zu können.³²³ Das OLG Hamburg spricht einerseits davon, dass ein Suchergebnis „verlässlich“ gelingen, und andererseits dieses Suchergebnis „stets in der Rangfolge vor der ...-App der Antragstellerin“ platziert sein müsse. Insoweit geht das OLG Hamburg davon aus, eine Trefferlistenposition ermitteln zu können, die als Lebenssachverhalt für eine wettbewerbsrechtliche Beurteilung herangezogen werden kann.³²⁴ Auch das OLG Hamm scheint davon auszugehen, eine Trefferlistenpositi-

321 *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, § 4 Rn. 4.31: „Darauf, ob durch Metatagging die Website des Mitbewerbers von der ersten Seite der Trefferliste der Suchmaschine verdrängt wird (...) kann es nicht ankommen (...). Denn dies hängt von der zufälligen Anzahl von Trefferlisten ab.“

322 *Mohr*, Internetspezifische Wettbewerbsverstöße, S. 155: „Denn die Algorithmen zur Bestimmung des Ranking aller Suchmaschinen lassen keine Feststellung zu, welcher Listenplatz einer bestimmten Seite objektiv zusteht. Zur Annahme eines Wettbewerbsverstößes ist aber die sichere Feststellung, dass die Seite gerade durch die Manipulation einen höheren Listenplatz erhalten hat, notwendig.“ *Haczek*, Beeinflussung von Suchmaschinen, S. 66: „Im Hinblick auf mögliche persönliche Einstellungen der Suchmaschinenseite durch den Suchenden, hängt dann die Wettbewerbswidrigkeit nur noch von einer Reihe von Zufälligkeiten ab.“ *Schubert*, Das Verbraucherleitbild im Internet, S. 98: „Eine „Momentaufnahme“ ist kaum zur Entscheidungsfindung geeignet.“

323 OLG Hamburg GRUR 2014, 490 (492): „Soweit es der Antragsgegnerin verlässlich gelingt, das Suchergebnis im Rahmen des iPhone App Store in einer Weise zu beeinflussen, dass bei Eingabe der Begriffe „...“ bzw. „...“ ihre ...-App stets in der Rangfolge vor der ...-App der Antragstellerin angezeigt wird - nur auf diesen Fall ist der Hilfsantrag nach dem Verständnis des Senats gerichtet -, so liegt darin eine gezielte Behinderung der Antragstellerin, die es ihr unmöglich macht, sich mit den ihr zur Verfügung stehenden lauter Mitteln im Wettbewerb gegenüber ihren Kunden bzw. Interessenten an ihren Dienstleistungen angemessen zu entfalten.“ Näheres zu diesem Urteil in Kapitel 6 A. I. 6.

324 Zu beachten ist jedoch die Einschränkung, die das OLG Hamburg selbst vorgenommen hat. Das Gericht erkannte sehr wohl, dass eine App-Store-Suchmaschi-

on bestimmen und als Lebenssachverhalt heranziehen zu können.³²⁵ Ebenfalls geht das OLG Rostock davon aus, dass eine Trefferlistenposition als Beweis in Form eines Ausdrucks der Google-Trefferliste herangezogen werden kann.³²⁶ Das LG Wuppertal hatte in einem Beschluss angenommen, eine Trefferlistenposition zwecks Klärung eines Lebenssachverhalts ohne Weiteres (sogar eigenhändig) ermitteln zu können.³²⁷ Zwar waren keine wettbewerbsrechtlichen Fragen zu klären, sondern vertragsrechtliche³²⁸, dennoch sah sich das LG Wuppertal gezwungen, einen Lebenssachverhalt in Bezug auf eine Trefferlistenposition selbst ermitteln zu müssen. Selbst der EuGH ist nicht gefeit vor dieser Art der Feststellung einer Trefferlistenposition und verlässt sich auf die Recherche eines Gerichtsvollziehers hinsichtlich einer exakten Trefferlistenposition.³²⁹

Die Ermittlung eines eindeutigen Lebenssachverhalts ist in Bezug auf die Trefferlistenposition jedoch problematischer, als die erwähnten Gerichtsentscheidungen es vermuten lassen würden.³³⁰ Unter Berücksichtigung der technischen Funktionsweisen von Suchmaschinen, insbesondere

ne sich unter Umständen von der bekannten Suchmaschine Google und ihrer Funktionsweise unterscheiden kann.

325 OLG Hamm GRUR-RR 2007, 282 (284): „Seine „optimierte“ Positionierung bei den Suchlistentreffern ist durch eine Suchmaschinenbeeinflussung erfolgt, die gegen das Google-Regelwerk verstößt.“ Näheres zum Urteil in Kapitel 6 A. I. 3.

326 OLG Rostock GRUR-RR 2008, 1 (2): „Die sprachliche Gestaltung durch den Kläger führt jedoch dazu, dass die Webseiten der Beklagten bei Eingabe der plakativen Suchwörter „...“ in die in Deutschland weit verbreitete Suchmaschine „Google“ unter den ersten Suchergebnissen erscheint. Nach dem vom Kläger vorgelegten Ausdruck vom 22.02.2007 zeigte die Suchmaschine die Webseite der Beklagten als erstes von etwa 10.100 Ergebnissen an.“

327 LG Wuppertal, Beschluss vom 5.6.2014 - Az. 9 S 40/14: „Eine Internet-Recherche der Kammer vom heutigen Tag hat ergeben, dass das Verzeichnis *www.Branchen100.eu* nach Eingabe der Begriffe „Branchenbuch“, „Branchenverzeichnis“ oder „Gelbe Seiten“ in die (marktführenden) Suchmaschinen Google, Bing und Ask auf den jeweils ersten fünf Suchtrefferseiten nicht erscheint.“

328 Das LG Wuppertal zog die sehr schlechte Trefferlistenposition von Branchenbucheinträgen im Internet für die Beurteilung der Frage heran, ob ein Vertrag über die Eintragung in ein Branchenbuch sittenwidrig sei.

329 EuGH C-657/11 = GRUR Int. 2013, 937 Rn. 21 – *Belgian Electronic Sorting Technology*: „Am 23. April 2008 stellte ein Gerichtsvollzieher fest, dass bei Eingabe des Suchbegriffs (...) als zweites Ergebnis (...)“

330 Ebenfalls kritisch hinsichtlich des Umgangs der Rechtsprechung mit Trefferlistenpositionen *Schubert*, Verbraucherleitbild im Internet, S. 98: „Eine „Momentaufnahme“ ist kaum zur Entscheidungsfindung geeignet.“

der Erstellung von Trefferlisten muss die Herangehensweise der Gerichte in Frage gestellt werden.³³¹

D. Verborgenheit von Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen als lauterkeitsrechtliches Problem

Wie bereits aufgezeigt, existieren Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen unterschiedlichster Natur. Eine Unterscheidung der verschiedenartigen Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen kann auf unterschiedliche Weise erfolgen, wobei nicht jede Unterscheidung oder Einordnung notwendigerweise lauterkeitsrechtliche Relevanz haben muss. Dass beispielsweise die Suchmaschinenoptimierung von Produkttexten in einem Onlineshop ihrem Wesen nach etwas gänzlich anderes darstellt als die Suchmaschinenoptimierung durch Verlinkung einer Website, ist nicht per se ein lauterkeitsrechtliches Problem.

Schwieriger zu beurteilen, und möglicherweise lauterkeitsrechtlich relevanter, ist die Tatsache, dass einige Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen für die Internetnutzer – lauterkeitsrechtlich gesprochen Verbraucher, Mitbewerber oder weitere Marktteilnehmer – nicht ohne Weiteres erkennbar sind. Beispielsweise ist ein suchmaschinenoptimierter Produkttext in einem Onlineshop vom Besucher des Onlineshops ohne Weiteres wahrnehmbar, wohingegen ein ausgeklügeltes System von Linkbuilding für den durchschnittlichen Internetnutzer nicht per se erkennbar ist.

Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen lassen sich in dieser Hinsicht in unmittelbar sichtbare und lediglich mittelbar sichtbare Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen unterscheiden. Die unmittelbar sichtbaren Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen können vom durchschnittlichen Internetnutzer ohne Weiteres wahrgenommen werden. Beispiele hierfür sind suchmaschinenoptimierte Texte, die durch Aufrufen einer Website sichtbar werden, oder aber die bei einer Verlinkung verwendeten Linktexte. Lediglich mittelbar sichtbare Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen bedürfen zur Wahrnehmung weiterer Schritte als das Aufrufen des Content-Angebots. Beispielsweise können Meta-Tags vom durchschnittlichen Internetnutzer nicht durch Besuchen einer Website erkannt werden, sondern erst durch einen weiteren Schritt, namentlich durch das Aufrufen des Quelltexts der Website. Ein weiteres Beispiel ist die Anzahl von Backlinks,

331 Näheres bei der Untersuchung einzelner Gerichtsentscheidungen in Kapitel 6 A. I. und insbesondere bei II.

welche auf eine Website gerichtet sind – diese können nicht durch das Aufrufen der Website an sich, sondern erst durch weitere Recherche³³² erkannt werden.

Problematisch an lediglich mittelbar sichtbaren Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen ist zunächst die Tatsache, dass durchschnittliche Internetnutzer diese nicht wahrnehmen, jedoch potenziell von ihnen betroffen sind. Wenn zwar beispielsweise Meta-Tags vom Besucher einer Website nicht wahrgenommen werden, hatten die Meta-Tags womöglich dennoch einen Einfluss darauf, dass der Besucher der Website die Website bei einer Suchmaschine überhaupt gefunden hat. Insofern können Internetnutzer dem Einfluss von lediglich mittelbar sichtbaren Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen unterliegen, ohne Kenntnis von ebendiesen zu haben.

Hierbei liegt die Frage nahe, ob und inwieweit das Lauterkeitsrecht solche Beeinflussungen ohne Kenntnis der Beeinflussten beurteilt und zulässt. Grundsätzlich sind lediglich mittelbar sichtbare Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen eine Form von indirektem Marketing. Dem Lauterkeitsrecht sind solche Marketingversuche mittels indirekter Formen nicht fremd. Beispielsweise zählen Versuche der Schleichwerbung zum indirekten Marketing, worauf das Lauterkeitsrecht durch den Spezialtatbestand des § 5a Abs. 6 UWG grundsätzlich eingestellt ist.

In der Rechtsrealität stellt sich die Frage danach, wie lediglich mittelbar sichtbare Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen lauterkeitsrechtlich zu beurteilen sind, spätestens bei lauterkeitsrechtlichen Gerichtsverfahren, die Suchmaschinenoptimierung zum Gegenstand haben, hinsichtlich der diesbezüglichen Beweisführung. Zwar können beispielsweise Meta-Tags durch Abrufen des Quellcodes einer Website sichtbar gemacht werden, andere lediglich mittelbar sichtbare Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen wie etwa breitflächiges Linkbuilding oder simuliertes Nutzerverhalten können jedoch nicht ohne Weiteres dargestellt werden.³³³

Die materiell-rechtliche Zuordnung von verborgenen Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen zu lauterkeitsrechtlichen³³⁴ Tatbeständen beschäftigte bereits die Rechtsprechung. In lauterkeitsrechtlicher Hinsicht hatte sich beispielsweise der EuGH mit der Frage auseinanderzusetzen,

332 Beispielsweise durch Nutzung von Analysetools, vgl. *Lammenett*, Online-Marketing, S. 434 ff.

333 Hierzu Kapitel 6 B.

334 In Bezug auf das Markenrecht führte der BGH WRP 2006, 1513 (1515) – *Impuls* aus: „(...) lässt sich die kennzeichenmäßige Benutzung nicht mit der Begründung verneinen, ein Metatag sei für den durchschnittlichen Internetnutzer nicht wahrnehmbar.“

welche lauterkeitsrechtliche Implikation mit dem Umstand, dass Meta-Tags grundsätzlich für den durchschnittlichen Internetnutzer unsichtbar sind, verbunden ist.³³⁵

Die lauterkeitsrechtliche Literatur hat sich zum grundsätzlichen Thema der Verborgenheit von Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen eher zurückgehalten.³³⁶

Dennoch ergeben sich im Hinblick auf lediglich mittelbar sichtbare Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen verschiedene lauterkeitsrechtlich relevante Besonderheiten. Zum einen muss erkannt werden, dass Suchmaschinenoptimierung an sich nicht zur Allgemeinbildung gehört³³⁷, sodass Kenntnisse der Suchmaschinenoptimierer zur Suchmaschinenoptimierung grundsätzlich wesentlich vertiefter sind als die Kenntnisse von durchschnittlichen Verbrauchern, durchschnittlichen Mitbewerbern und anderen durchschnittlichen Marktteilnehmern. Auch ändern sich die Taktiken und technischen Funktionsweisen von Suchmaschinenoptimierern ständig, nicht zuletzt auch durch die stets angepassten Algorithmen der Suchmaschinen durch die Suchmaschinenbetreiber selbst. Mit dieser Entwicklung Schritt zu halten gelingt – wenn überhaupt³³⁸ – nur denen, die tatsächlich mit Suchmaschinenoptimierung beruflich oder zumindest sehr leidenschaftlich zu tun haben. Weiter ergibt sich die Problematik, dass die Verborgenheit von Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen insbesondere vor dem Hintergrund der bereits aufgezeigten Grundsatzfragen eine besondere Spürbarkeit erlangt: Wenn die durchschnittlichen Internetnutzer schon nicht objektive Trefferlisten einsehen können³³⁹, und die Algorithmen der Suchmaschinen ohnehin unbekannt sind³⁴⁰, kann das Ergebnis

335 EuGH C-657/11 = GRUR Int. 2013, 937 – *Belgian Electronic Sorting Technology*. Zum Begriff der Werbung gem. Art. 2 Nr. 1 der RL 84/450 und Art. 2 lit. a der RL 2006/114 führte der EuGH in Rn. 58 aus: „(...) ist hierbei die Tatsache, dass diese Metatags für den Internetnutzer unsichtbar bleiben und ihr unmittelbarer Empfänger nicht dieser Internetnutzer, sondern die Suchmaschine ist, nicht von Belang.“ Eine genauere Betrachtung der Urteilsbegründung erfolgt in Kapitel 6 A. I. 7.

336 Einige wenige Hinweise zu dieser Grundsatzfrage bei Heim, Einflussnahme auf Trefferlisten, S. 182, S. 216 und S. 233, Rath, Recht der Internet-Suchmaschinen, S. 205, Miller, Irreführung von Suchmaschinen, S. 262 und Geiseler-Bonse, Suchmaschinen als rechtliches Problemfeld, S. 106 f.

337 Siehe die geringen Kenntnisse von Suchmaschinennutzern zur Suchmaschinenoptimierung in Kapitel 5 C. III. 1.

338 Siehe Kapitel 2 E.

339 Siehe Kapitel 4 C.

340 Siehe Kapitel 4 B.

der Trefferliste ohne Kenntnis von lediglich mittelbar sichtbaren Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen grundsätzlich nicht nachvollzogen werden. Im Grunde finden sich Verbraucher, Mitbewerber und Marktteilnehmer, die nicht zufällig selbst vertieftes Wissen zur Suchmaschinenoptimierung aufweisen, den Ergebnissen der Trefferlisten ausgeliefert, ohne womöglich erkennen zu können, dass diese Ergebnisse zumindest von einem Marktteilnehmer, der Suchmaschinenoptimierung mittels lediglich mittelbar sichtbarer Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen praktiziert, beeinflusst worden sind.

Grundsätzlich versucht das Lauterkeitsrecht, Ungleichgewichte solcher oder ähnlicher Couleur zwischen Marktteilnehmern zumindest nicht ausarten zu lassen. Pauschal lässt sich die Frage, inwieweit die Verborgenheit von Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen mit dem Begriff der Lauterkeit vereinbar ist, jedoch nicht beantworten. Eingang in das Lauterkeitsrecht findet die Verborgenheit von Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen an unterschiedlichen Stellen: Bereits die Frage nach der geschäftlichen Handlung gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG bei der Suchmaschinenoptimierung ist nicht ohne Weiteres zu beantworten, wenn bedacht wird, dass nicht nur unmittelbar, sondern ebenso lediglich mittelbar sichtbare Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen existieren und von Suchmaschinenoptimierern vorgenommen werden. Die unternehmerische Sorgfalt, welche von Unternehmern gem. § 2 Abs. 1 Nr. 7 UWG bei der Vornahme von geschäftlichen Handlungen an den Tag gelegt werden muss, könnte Besonderheiten im Hinblick auf die Verwendung lediglich mittelbar sichtbarer Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen bereithalten. Auch das Verbraucherleitbild gem. § 3 Abs. 4 Satz 1 UWG, welches bei lauterkeitsrechtlichen Fallkonstellationen mit Bezug zur Suchmaschinenoptimierung zugrunde gelegt werden muss, ist bezüglich der Verborgenheit von Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen nicht ohne Weiteres für die Rechtswissenschaften und Rechtsanwender offensichtlich. Spezialtatbestandlich ist die Verborgenheit von Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen zumindest Anlass zu überprüfen, inwieweit beispielsweise eine irreführende geschäftliche Handlung gem. § 5 Abs. 1 UWG bei der Vornahme von lediglich mittelbar sichtbaren Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen vorliegt, oder aber ob der kommerzielle Zweck im Sinne des § 5a Abs. 6 UWG ausreichend kenntlich gemacht worden ist. Schließlich könnte die Verborgenheit von Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen aufgrund ihrer Besonderheit ein nicht nur spezialtatbestandliches, sondern generalklauselspezifisch zu lösendes Problem gem. § 3 Abs. 1 UWG sein.