

Kapitel 6: Lauterkeitsrecht und Suchmaschinenoptimierung in Gerichtsverfahren

Suchmaschinenoptimierung und Lauterkeitsrecht sind in Kombination bereits Gegenstand von Gerichtsverfahren gewesen. Zwecks umfassender lauterkeitsrechtlicher Betrachtung der Suchmaschinenoptimierung soll im Folgenden untersucht werden, wie sich lauterkeitsrechtsbezogene Fallkonstellationen mit Bezug zur Suchmaschinenoptimierung in Gerichtsverfahren verhalten. Hierbei ist einerseits die bisherige Rechtsprechung zu suchmaschinenoptimierungsspezifischen und lauterkeitsrechtsbezogenen Fallkonstellationen zu betrachten (A), und sind andererseits Besonderheiten einer Beweisführung in diesen Gerichtsverfahren herauszuarbeiten (B).

A. Rechtsprechung zu lauterkeitsrechtlichen Fällen betreffend Suchmaschinenoptimierung

Bislang ist eine noch überschaubare Anzahl an Gerichtsentscheidungen bekannt geworden, in denen Sachverhalte mit eindeutigem Bezug zur Suchmaschinenoptimierung und gleichzeitig schwerpunktmäßig⁹⁸¹ lauterkeitsrechtsbezogenen Fragestellungen gegenständlich waren. Hierbei sind für die vorliegende Untersuchung nicht nur die jeweiligen Entscheidungsgründe von Interesse, sondern ebenso die den Gerichtsentscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalte und außergerichtliche, sowie gerichtliche Verläufe der Rechtsstreitigkeit als reale Fallkonstellationen. Im Folgenden werden die Gerichtsentscheidungen auf ihre Sachverhalte, den damit einhergehenden lauterkeitsrechtlichen Fragestellungen und den letztlich veröffentlichten Entscheidungsgründen hin zu untersucht (I.), um daraus er-

981 Teilweise waren in einigen wenigen Gerichtsentscheidungen knapp vor der Jahrtausendwende Meta-Tags in lauterkeitsrechtlicher Hinsicht zumindest auch streitgegenständlich, jedoch stets als Nebenschauplatz zu hauptsächlich markenrechtlichen Streitfragen, vgl. die Aufzählung und Beschäftigung mit diesen Entscheidungen bei *Miller*, Irreführung von Suchmaschinen, S. 80 ff. Auf diese Gerichtsentscheidungen wird im Folgenden mangels lauterkeitsrechtlichem Schwerpunkt nicht eingegangen.

kennbare Tendenzen des Umgangs der lauterkeitsrechtlichen Rechtsprechung mit Suchmaschinenoptimierung herauszulesen (II.).

I. Einzelne Gerichtsentscheidungen mit lauterkeitsrechtlichen und suchmaschinenoptimierungsspezifischen Fallkonstellationen

1. LG Frankfurt a.M. (2001)

a. Sachverhalt und Verlauf der Rechtsstreitigkeit

Dem Urteil des LG Frankfurt a.M.⁹⁸² lag folgender Sachverhalt und Verlauf der Rechtsstreitigkeit zugrunde: Die Antragstellerin stellte das Arzneimittel „Wobenzym N“ her und vertrieb dieses. Sie war außerdem Inhaberin der Marke „Wobenzym N“. Die Antragsgegnerin war eine Onlinemarketingagentur, die für die Versandapotheke Doc Morris sogenannten „qualifizierten Traffic“ in den Suchmaschinen generieren sollte. Hierfür verwendete die Antragsgegnerin u.a. die Begriffe „Wobenzym“ und in Unterseiten und Meta-Tags der Website ihrer Kundin. Hierdurch wurde tatsächlich erreicht, dass in allen zur damaligen Zeit marktführenden Suchmaschinen nach Eingabe des Begriffs „Wobenzym“ nur noch die Website und Unterseiten der Website der Kundin der Antragsgegnerin angezeigt wurden – dies sogar auf mehreren nachfolgenden Seiten der Trefferlisten. Die Antragstellerin beantragte im Wege einer einstweiligen Verfügung u.a.⁹⁸³, der Antragsgegnerin zu untersagen, den Begriff „Wobenzym“ dergestalt in Unterseiten und Meta-Tags einzubauen, dass dadurch sämtliche Suchmaschinen bei Eingabe von „Wobenzym“ auf allen Trefferlisten der ersten Seiten einzig und allein mit der Website der Kundin der Antragsgegnerin gefüllt werden. Der Antrag hatte vor dem LG Frankfurt a.M. Erfolg.

b. Entscheidungsgründe

Hinsichtlich der speziell mit Suchmaschinenoptimierung zusammenhängenden Bestandteile der Fallkonstellation, d.h. der „Flutung von Trefferlis-

982 LG Frankfurt a.M. GRUR-RR 2002, 81.

983 Antragstellerin und Antragsgegnerin stritten überdies hinsichtlich heilmittelrechtlicher Begebenheiten, die für die vorliegende Untersuchung jedoch nicht von Bedeutung sind.

ten“ entschied das LG Frankfurt a.M., dass hierin unter dem Gesichtspunkt des Behinderungswettbewerbs ein Verstoß gegen § 1 aUWG vorliege. Dadurch, dass insgesamt im Durchschnitt mehrere hundert Treffer der seinerzeit marktführenden Suchmaschinen nach Eingabe des Begriffs „Wobenzym“ einzig und allein mit der Website der Kundin der Antragsgegnerin befüllt waren, sei eine gezielte Behinderung der Mitbewerber der Kundin der Antragstellerin zu erblicken. Mitbewerber würden hierdurch von potenziellen Kunden gänzlich abgeschnitten. Besonders schwer wiege nach Ansicht des LG Frankfurt a.M. der Umstand, dass Suchmaschinen-nutzer sogar beim Durchforsten der ersten und weiteren Seite der Trefferliste immer nur ein und dieselbe Website angezeigt bekommen. Hierdurch würden potenzielle Kunden der Mitbewerber derart frustriert, dass sie von weiterer Recherche hinsichtlich alternativer Anbieter des Arzneimittels Wobenzym absehen. Das LG Frankfurt a.M. erblickte hierin ein erhebliches wettbewerbswidriges Potenzial und einen groben Verstoß gegen § 1 aUWG.

c. Einordnung

Das Urteil des LG Frankfurt a.M. aus dem Jahr 2001 fällt in die Frühzeit der professionellen Suchmaschinenoptimierung.⁹⁸⁴ In den Entscheidungsgründen ist von den Suchmaschinen „Fireball“, „Infoseek“ und „Lycos“ die Rede, welche mittlerweile kaum mehr genutzt werden. Die speziell mit Suchmaschinenoptimierung zusammenhängenden Bestandteile der Entscheidungsgründe beziehen sich auf das sog. Index-Spamming einer Marketingagentur für eine Versandapotheke. Tatsächlich war es im Jahr 2001 noch möglich, mit relativ leichten Mitteln die Trefferlisten aller marktführenden Suchmaschinen dergestalt mit ein und derselben Website zu belegen, dass bei Sucheingaben stets nur eine Website auf allen Trefferlistenpositionen – jeweils mit unterschiedlichen Unterseiten – angezeigt worden ist. Nicht umsonst hat sich die lauterkeitsrechtliche Literatur mit dem Index-Spamming als Form der Suchmaschinenoptimierung beschäftigt.⁹⁸⁵

984 Deziiert zu diesem Urteil *Geiseler-Bonse*, Suchmaschinen als rechtliches Problemfeld, S. 121 ff., der unter den Vorzeichen des UWG 1909 arbeitete.

985 *Heim*, Einflussnahme auf Trefferlisten, S. 208; *Rath*, Recht der Suchmaschinen, S. 212 und S. 222; *Holtkotte*, Probleme bei Suchmaschinen, S. 54; *Eberwein*, Wettbewerbsrechtliche Aspekte von Domains und Suchmaschinen, S. 150 f.; *Krassnig*, Wettbewerbsrechtliche Probleme bei Domains, Links und dem Search

Diese Art des Index-Spamming ist heute aufgrund ausgereifter Algorithmen marktführender Suchmaschinen nicht mehr möglich.

Der Feststellung des LG Frankfurt, in dem Index-Spamming eine Behinderung gem. § 1 aUWG zu erblicken, ist nicht nur im Ergebnis überzeugend. Argumentativ führte das LG Frankfurt a.M. einerseits an, die Trefferlisten seien „vermüllt“ mit ein und derselben Website zu einem gewissen Suchbegriff, sodass der Mitbewerber von potenziellen Kunden abgeschnitten sei. Außerdem seien die Internetnutzer frustriert und würden nicht mehr nach anderen Anbietern suchen. Dieser Argumentation ist vollumfänglich und auch unter heutigem UWG noch zuzustimmen. Grundsätzlich kann zwar nicht von einer gezielten Behinderung gesprochen werden, wenn Mitbewerber in Trefferlisten verdrängt werden oder es ihnen sehr schwer gemacht wird, dort noch zu einer effektiven Sichtbarkeit zu gelangen – dies wurde in der vorliegenden Untersuchung bereits aufgezeigt.⁹⁸⁶ Die Besonderheit der Fallkonstellation, die das LG Frankfurt a.M. zu entscheiden hatte liegt jedoch darin, dass tatsächlich alle Trefferlisten aller marktführenden Suchmaschinen mit ein und derselben Website belegt worden sind, sodass eine Suchanfrage zu einem gewissen Produkt immer nur die Website eines Marktteilnehmers angezeigt haben – dies sogar nicht nur auf Seite 1 der Trefferliste, sondern auf den folgenden Seiten ebenso. Unter diesen Umständen ist es Mitbewerbern tatsächlich nicht mehr möglich, die eigene Leistung in angemessener Weise am Markt zur Geltung bringen zu können. Es ist ihnen schlicht unmöglich gemacht worden, zu einem bestimmten Suchbegriff überhaupt noch Sichtbarkeit in Suchmaschinen zu generieren. Diese besondere Fallkonstellation würde auch heutzutage im derzeitigen UWG den Tatbestand der gezielten Mitbewerberbehinderung gem. § 4 Nr. 4 UWG ohne Weiteres erfüllen.⁹⁸⁷

Engine-Spamming, S. 64. Bereits 1999 schon angedacht von *Menke*, WRP 1999, 982 (990).

986 Hierzu Kapitel 5 E. III.

987 Hierzu Kapitel 5 E. III. 2. Grundsätzlich ist eine Behinderung gem. § 4 Nr. 4 UWG gezielt, wenn mittels einer Behinderung Mitbewerbern durch eigene Anstrengung nicht mehr möglich ist, die eigene Leistung am Markt in angemessener Weise überhaupt noch zur Geltung zu bringen. In der Fallkonstellation, die das LG Frankfurt a.M. zu entscheiden hatte, war es Mitbewerbern nicht mehr möglich, zu einem relevanten Suchbegriff überhaupt noch in den Trefferlisten marktführender Suchmaschinen aufzutauchen. Dadurch wäre das Tatbestandsmerkmal der Gezieltheit gem. § 4 Nr. 4 UWG erfüllt. Heutzutage ist eine derartige Form des Index-Spamming jedoch technisch nicht mehr möglich.

Zum Zeitpunkt der Entscheidung des LG Frankfurt a.M. waren die Algorithmen der Suchmaschinen noch nicht dergestalt ausgereift, dass eine Verantwortung der Suchmaschinenoptimierer für Trefferlistenergebnisse grundsätzlich abgesprochen werden musste. Heutzutage müsste in diesen oder ähnlichen Fallkonstellationen jedoch die Grundsatzproblematik einer lauterkeitsrechtlichen Betrachtung der Suchmaschinenoptimierung hinsichtlich der Unbekanntheit und Verantwortlichkeit der Algorithmen zumindest in Betracht gezogen werden.⁹⁸⁸ Im Rahmen des § 4 Nr. 4 UWG ist jedoch nicht mehr nur die geschäftliche Handlung, sondern mitunter das Ergebnis ebendieser tatbestandlich relevant⁹⁸⁹, sodass selbst heute dieser Fall – auch vor dem Hintergrund der Unbekanntheit und Verantwortlichkeit verwendeter Algorithmen – nicht anders zu entscheiden wäre.

2. OLG Düsseldorf (2002)

a. Sachverhalt und Verlauf der Rechtsstreitigkeit

Dem Urteil des OLG Düsseldorf⁹⁹⁰ aus dem Jahr 2002 lag folgender Sachverhalt und Verlauf der Rechtsstreitigkeit zugrunde: Antragsteller und Antragsgegnerin vertrieben Roben für Rechtsanwälte, Staatsanwälte, Richter und Protokollführer in ihren lokalen Geschäften und über das Internet. Im Quelltext der Website der Antragsgegnerin fand der Antragsteller seiner Ansicht nach wettbewerbswidrige Meta-Tags, setzte sich mit der Antragsgegnerin erfolglos außergerichtlich auseinander und beantragte vor dem LG Düsseldorf den Erlass einer einstweiligen Verfügung. Der Antragsteller führte an, die Website der Antragsgegnerin mit Bestellmöglichkeiten von Roben bei Google nach Eingabe u.a. der Suchbegriffe „BGH“, „Rechtsprechung“ und „Uni“ in den vorderen Trefferlistenpositionen gefunden zu haben. Zwar fänden sich nicht direkt auf der Website der Antragsgegnerin diese Begriffe wieder, sie seien jedoch im Quelltext der Website als Meta-Tags eingesetzt. Der Antragsteller war der Ansicht, die Antragsgegnerin verwende diese Begriffe im Quelltext ihrer Website einzig und allein dazu, dass Suchmaschinen ihre Website zu den Begriffen anzei-

988 Siehe Kapitel 4 B.

989 „Gezielt“ gem. § 4 Nr. 4 UWG im Sinne von es den Mitbewerbern unmöglich machen, eigene Leistungen in angemessener Weise überhaupt noch am Markt platzieren zu können, vgl. Kapitel 5 E. II.

990 OLG Düsseldorf GRUR-RR 2003, 48.

gen, obwohl auf der Website kein inhaltlicher oder informativer Zusammenhang zu den Begriffen bestehe. Die Verwendung sachfremder Meta-Tags stelle ein unlauteres Abfangen von Kunden, ein unlauteres Anlocken von Kunden, eine Täuschung des angesprochenen Verkehrskreises über den Inhalt der Website der Antragsgegnerin, sowie eine wettbewerbswidrige Belästigung der Internetnutzer dar. Der Antragsteller beantragte daher die Unterlassung der Verwendung folgender Begriffe als Meta-Tags auf der Website der Antragsgegnerin, wenn auf den Unterseiten keine entsprechenden Informationen oder Sachzusammenhänge zu den Begriffen erkennbar sind: Bestattungsunternehmen, Recht, recht, online, www, Internet, NJW, und, heute, Repetitorium, StVO, Uni, uni, Urteil, ZPO, neueste, BGH, Entscheidungen, Leitsatzkartei, OLG, BRAGO, Universität, ABC, a, b, c, Urteile, Rechtsprechung.

Die Antragsgegnerin beantragte den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen. Sie habe keine Begriffe verwendet, die nicht auch in sachlichem Zusammenhang mit ihrer Website und dem dortigen Angebot stünden. Einige der von dem Antragsteller erwähnten Begriffe habe die Antragsgegnerin zwar als Meta-Tags verwendet, andere wie etwa „Bestattungsunternehmen“ und „Leitsatzkartei“ jedoch nicht. Insbesondere ändere die Antragsgegnerin die Quelltexte ihrer Website ständig, sodass sie nicht im Detail nachvollziehen könne, wann welche Begriffe verwendet wurden. Doch selbst wenn der Sachvortrag des Antragstellers stimmte, sei hierin laut Antragsgegnerin kein unlauteres Verhalten zu erblicken. Die Nutzung von Meta-Tags habe immer das Ziel, Internetnutzer anzulocken, dies gelte auch für sachfremde Meta-Tags. Es sei durch die mittels Meta-Tags geförderte Platzierung in den Trefferlisten von Suchmaschinen zu gewissen Suchbegriffen noch keine Täuschung des angesprochenen Verkehrskreises gegeben, diese läge nur dann vor, wenn die Suchbegriffe auch für die Internetnutzer sichtbar auf der in Frage stehenden Website auftauchten, ohne dort im Zusammenhang mit der Website oder dem dortigen Angebot zu stehen. Internetnutzer seien sich darüber im Klaren, dass Suchmaschinen nicht nur brauchbare Websites zu den eingegebenen Suchbegriffen anzeigen.

Das LG Düsseldorf⁹⁹¹ erkannte den Antrag des Antragstellers bezüglich der wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsansprüche für zum Großteil begründet an. Das Verwenden von Meta-Tags, die in keinem Zusammen-

991 LG Düsseldorf MMR 2002, 557. Dezidiert zu diesem Urteil *Geiseler-Bonse*, Suchmaschinen als rechtliches Problemfeld, S. 124 ff. und *Holtkotte*, Probleme bei Suchmaschinen, S. 38 ff.

hang zur Website und dem dortigen Angebot stünden, sei wettbewerbswidrig im Hinblick auf Belästigung, übertriebenem Anlockens und Abfangens von Kunden und Täuschung des angesprochenen Verkehrskreises. Das LG Düsseldorf sah zunächst eine wettbewerbswidrige Belästigung von suchenden Internetnutzern gegeben, wenn Websites in den Trefferlisten vordere Platzierungen erlangen, weil sachfremde Meta-Tags Verwendung fanden. Die Internetnutzer müssten sich durch eine Vielzahl von teils nichtpassenden Ergebnissen in den Trefferlisten arbeiten und hätten dabei Kosten für Internetgebühren zu zahlen, sowie unnütz Zeit vergeudet. Das wettbewerbswidrige übertriebene Anlocken von Kunden sah das LG Düsseldorf dadurch gegeben, dass die Verwendung sachfremder Meta-Tags vergleichbar sei mit dem Aufstellen einer Werbung vor einem Ladengeschäft, auf der zwar mit „BGH Entscheidungen“ geworben werde, Informationen dazu aber tatsächlich nicht im Angebot seien, stattdessen aber Roben zum Verkauf stünden. Die wettbewerbswidrige Täuschung des angesprochenen Verkehrskreises erblickte das LG Düsseldorf darin, dass Internetnutzer nach einer Suchanfrage auf einer Website landen würden, die letztlich keinen Zusammenhang mit dem in die Suchmaschine eingegebenen Suchbegriff aufweist. Allerdings seien von den Unterlassungsansprüchen des Antragstellers nicht alle streitgegenständlichen Keywords in den Meta-Tags umfasst, sondern nur diejenigen, die keinen Zusammenhang zum Angebot von Roben aufweisen. Beispielsweise war vom LG Düsseldorf das Wort „Rechtsprechung“ als mit dem Internetangebot der Antragsgegnerin in sachlichem Zusammenhang stehend angesehen, wohingegen beispielsweise die Verwendung von „NJW“ untersagt wurde. Gegen das Urteil des LG Düsseldorf legte die Antragsgegnerin beim OLG Düsseldorf Berufung ein.

b. Entscheidungsgründe

Das OLG Düsseldorf urteilte, dass die Verwendung der sachfremden Meta-Tags keine wettbewerbswidrige Vorgehensweise im Sinne eines sittenwidrigen Abfangens, oder wettbewerbswidrigen Anlockens von Kunden, und auch nicht wettbewerbswidrig im Sinne einer Belästigung oder einer Täuschung des angesprochenen Verkehrskreises ist.

Bezüglich eines etwaigen sittenwidrigen Abfangens von Kunden durch die Verwendung sachfremder Meta-Tags stellte das OLG Düsseldorf fest, dass die Antragsgegnerin sich durch ihre Vorgehensweise nicht zwischen den Antragsteller und potenzielle Kunden stelle oder zu stellen versuche. Insbesondere seien die in Frage stehenden Meta-Tags gar nicht geeignet,

die potenziellen Kunden, welche Roben im Internet bestellen wollen abzufangen – dies führe der Antragsteller ja selbst an. Internetnutzer seien darüber im Klaren, dass bei Sucheingaben auch Websites in den Trefferlisten erscheinen, die nichts mit dem eigentlich Gesuchten zu tun haben. Eine grundsätzlich verlässliche Unterscheidung zwischen sachfremden und sachnahen Meta-Tags befand das OLG Düsseldorf für kaum durchführbar.

Bezüglich des übertriebenen Anlockens von Kunden stellte das OLG Düsseldorf fest, dass Internetnutzer bei Eingabe eines Suchbegriffs nicht erwarteten, lediglich passende Treffer in den Suchmaschinen vorzufinden. Insbesondere seien Roben nicht „Gelegenheitskäufe“, die durchschnittliche Internetnutzer kaufen würden, nur weil sie zufällig auf der Website der Antragsgegnerin gelandet seien.

Bezüglich des Vorwurfs der wettbewerbswidrigen Belästigung von Internetnutzern stellte das OLG Düsseldorf zunächst fest, dass ohnehin nahezu jede Suchanfrage mittlerweile aufgrund der Expansion des Internets zu einer unüberschaubaren Vielzahl von Suchergebnissen führe. Die Internetnutzer rechneten damit, beim Suchvorgang auch auf Treffer zu stoßen, welche für sie keine Relevanz haben. Internetnutzer, die nicht an Käufen von Roben interessiert seien, würden die Website der Antragsgegnerin in den Trefferlisten der Suchmaschine nicht anklicken, da diese in den Trefferlisten korrekt als Bestellmöglichkeit von Roben beschrieben wurde, und nicht als etwas anderes. Die Internetnutzer müssten sich daher nicht erst durch alle in den Trefferlisten angezeigten Websites „durchkämpfen“, um deren Inhalt gültig feststellen zu können, sondern könnten bereits in den Trefferlisten anhand der Beschreibungen⁹⁹² die Entscheidung treffen, welche Website zu ihrer Suchanfrage tatsächlich passt.

c. Einordnung

Obgleich das Urteil des OLG Düsseldorf aus dem Jahre 2002 stammt und somit zeitlich in der Anfangsperiode der Suchmaschinenoptimierung entschieden wurde, argumentierte das OLG Düsseldorf zu dem damalig neuartigen Sachverhalt überzeugend. Auffällig ist, wie dezidiert anders das vorinstanzliche Urteil des LG Düsseldorf den Sachverhalt beurteilte.

992 Mittlerweile wird hierbei von Snippets gesprochen, vgl. *Hübener*, Suchmaschinenoptimierung kompakt, S. 17 f.

Dem subjektiven Rechtsempfinden nach mag die Argumentation des Antragstellers einleuchten, die Verwendung sog. sachfremder Meta-Tags müsste zur Erfüllung lauterkeitsrechtlicher Tatbestände führen. Es ist dem Antragsteller zuzugestehen, dass insbesondere vor dem Hintergrund der zur damaligen Zeit neuartigen Suchmaschinenoptimierung das Verwenden sog. sachfremder Meta-Tags als zumindest dubios anmutete. Dass jedoch bereits eine klare Abgrenzung von sachfremden und sachdienlichen Meta-Tags kaum möglich ist, erkannte das OLG Düsseldorf richtigerweise als Grundproblem der rechtlichen Würdigung des Sachverhalts. Auch nach hiesiger Auffassung ist eine klare Abgrenzung äußerst problematisch. Für eine solche klare Abgrenzung zwischen sachfremd und sachdienlich müsste sich das Content-Angebot eindeutig kategorisieren lassen. Dies erscheint bereits vor dem Hintergrund schwierig, dass viele Content-Angebote wie beispielsweise große Onlineshops nicht nur ein Produkt anbieten, sondern unzählige Produkte, sodass auch unzählige Keywords im Wege der Suchmaschinenoptimierung Eingang in die Quelltexte, Dateiattribute, Linktexte und Produktbeschreibungen finden, die in ihrer Gesamtheit einem einzigen Sachzusammenhang nicht mehr erkennen lassen können. Problematisch ist eine Unterscheidung zwischen sachfremden und sachdienlichen Meta-Tags überdies dadurch, dass die Interessen der Suchmaschinenoptimierer nicht automatisch mit Interessen der Internetnutzer oder auch Mitbewerber an einer sachlich zusammenhängenden Verwendung von Worten auf einem Content-Angebot übereinstimmen. Vor der gleichen Problematik stehen letztlich die Suchmaschinenanbieter, die mittels ihrer Algorithmen versuchen zu erkennen, ob ein Content-Angebot zu einer Suchanfrage passt oder nicht. Eine taugliche Abgrenzung zwischen sachfremden und sachdienlichen Meta-Tags ist nach hiesiger Auffassung daher, wie vom OLG Düsseldorf angeführt, kaum möglich.⁹⁹³

Das OLG Düsseldorf hat in nachvollziehbarer und überzeugender Weise dargelegt, wieso in der Vorgehensweise der Antragsgegnerin kein sittenwidriges Abfangen von Kunden, kein unlauteres Anlocken von Kunden, keine Belästigung der Internetnutzer und auch keine Täuschung des angesprochenen Verkehrskreises erblickt werden kann. Das OLG Düsseldorf

993 Zweifel an einer tauglichen Abgrenzung von sachfremden zu sachdienlichen Meta-Tags auch bei *Heim*, Einflussnahme auf Trefferlisten, S. 214; a.A. wohl *Eberwein*, Wettbewerbsrechtliche Aspekte von Domains und Suchmaschinen, S. 140 f., der die Verwendung sachfremder und unzutreffender Meta-Tags für teilweise wettbewerbswidrig hält, ohne eine Abgrenzung zwischen sachfremd und sachdienlich als problematisch zu erkennen. Ähnlich *Ernst*, WRP 2004, 278 (281) und *Kaufmann*, MMR 2005, 348 (352).

stellte hierfür richtigerweise stets auf das Verständnis der Internetnutzer zu Suchmaschinen und den Vorgängen in Trefferlisten ab. Insbesondere berücksichtigte das OLG Düsseldorf in umfangreichem Ausmaß die Umstände des Einzelfalls wie beispielsweise die Tatsache, dass bereits die Beschreibung der Website der Antragsgegnerin in den Trefferlisten der Suchmaschine die suchenden Internetnutzer über den Inhalt der Website ausreichend aufklärte oder etwa der Umstand, dass eine saubere Trennung zwischen sachfremden und sachdienlichen Meta-Tags nicht möglich ist.

Einzig der Argumentation, für die Subsumtion unter den Tatbestand der Täuschung des angesprochenen Verkehrskreises auf die Frage abzustellen, ob Suchmaschinen an Meta-Tags anknüpfen oder nicht, kann in ihrer Pauschalität nicht gefolgt werden. Aus dieser Betrachtungsweise des OLG Düsseldorf würden sich hinsichtlich der geschäftlichen Handlung gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 des heutigen UWG grundsätzlich mehrere Probleme ergeben.⁹⁹⁴ In letzter Konsequenz würde dies bedeuten, die Programmierweise einer Suchmaschine entscheide darüber, ob die geschäftliche Handlung eines Unternehmers den lauterkeitsrechtlichen Tatbestand der Täuschung des angesprochenen Verkehrskreises erfüllt oder nicht. Da Suchmaschinen in regelmäßigen Abständen sogar ihre Algorithmen verändern und anpassen, könnte mit der Betrachtungsweise des OLG Düsseldorf ein und dieselbe geschäftliche Handlung eines Unternehmers zu einem Zeitpunkt eine Täuschung sein, und zu einem anderen Zeitpunkt, nämlich wenn der Algorithmus verändert wurde, bereits nicht mehr. Selbst wenn dieser letzten Konsequenz gefolgt werden sollte, stellte sich das weitere Problem, dass keine der marktführenden Suchmaschinen die eigenen verwendeten Algorithmen offenlegt, es mithin also an einer Möglichkeit mangelt zu überprüfen, ob im konkreten Einzelfall hinsichtlich etwaiger Trefferlistenpositionen an die Meta-Tags angeknüpft worden ist oder nicht. Darüber hinaus muss gesehen werden, dass es für die Frage nach der Täuschung des angesprochenen Verkehrskreises in erster Linie auf dessen Verständnis der geschäftlichen Handlung des Unternehmers ankommt. Es führt daher nicht zum Ziel, die Auswirkungen von Meta-Tags auf Trefferlisten einer Suchmaschine untersuchen zu wollen, da dies mangels Offenlegung der Algorithmen ohnehin nicht möglich wäre, sondern viel mehr die Frage zu beantworten, ob die in den Meta-Tags verwendeten Keywords geeignet sind, den angesprochenen Verkehrskreis zu täuschen. Anders gesagt ist es möglich, dass eine Täuschung des angesprochenen Verkehrskreises durch Me-

994 Siehe zur geschäftlichen Handlung gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG bei Suchmaschinenoptimierung Kapitel 5 A.

ta-Tags vorliegen könnte, selbst wenn eine Suchmaschine nicht an diese anknüpft. Die Argumentation des OLG Düsseldorf dahingehend, eine Täuschung des angesprochenen Verkehrskreises scheide bereits deshalb aus, wenn eine Suchmaschine nicht an Meta-Tags anknüpft, ist daher nicht überzeugend.

3. OLG Hamm (2007)

a. Sachverhalt und Verlauf der Rechtsstreitigkeit

Dem Urteil des OLG Hamm⁹⁹⁵ lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Kläger vertrieb eine Software, welche nach Installation die Suchergebnisse von Google bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen als Spam rötlich markierte. Zu den Voraussetzungen zählten, dass eine Website von in der Regel mindestens 5 Nutzern der Software als Spam gemeldet wurde und die daran anschließende, eigens durch den Kläger durchgeführte Überprüfung ergab, dass der Quelltext der in Frage stehenden Website speziell für Suchmaschinen optimiert wurde, um ein besseres Ranking zu erzielen. Die mittels der Software rötlich markierten Websites konnten nach wie vor von den Softwarenutzern in den Trefferlisten von Google angeklickt werden, waren also nicht gänzlich blockiert. Der Kläger bewarb seine Software im Internet als Möglichkeit, Suchergebnisse bei Google von Spam- und „Müllseiten“ zu befreien.

Der Beklagte war technischer Betreiber von Internetportalen, u.a. einem Internetportal zum Thema Reisen. Nach Installation der Software des Klägers und Eingabe gewisser Suchbegriffe bei Google erschien die Reisewebsite des Beklagten rötlich markiert, mithin für die Softwarenutzer als Spam gekennzeichnet. Der Beklagte mahnte den Kläger zunächst ab und verlangte von diesem die Abgabe einer Unterlassungserklärung dahingehend, seine Website nicht mehr als Spam rötlich zu markieren, da dies seiner Ansicht nach eine Schmähkritik und unzulässige Produktkritik darstelle.

Der Kläger verweigerte die Abgabe der geforderten Unterlassungserklärung und antwortete mit einer anwaltlichen Gegenabmahnung. Der Kläger machte geltend, die Nutzer hätten ein Recht darauf, sich gewisse Websites in Suchergebnissen als Spam sichtbar machen zu können, insbesondere verstieße der Beklagte durch die Verwendung von Doorway-Pages⁹⁹⁶

995 OLG Hamm GRUR-RR 2007, 282.

996 Zu Doorway-Pages siehe Wiedmaier, Suchmaschinenoptimierung, S. 115.

und generellem „Suchmaschinen-Spamming“ gegen die von Google hinsichtlich Suchmaschinenoptimierung veröffentlichten Guidelines.

Der Kläger erhob letztlich Klage auf Feststellung, dass dem Beklagten kein Unterlassungsanspruch hinsichtlich der Markierung seiner Website als Spam zusteht.

b. Entscheidungsgründe

Das OLG Hamm entschied, dass der Kläger die Feststellung verlangen kann, der Beklagte habe keinen Unterlassungsanspruch gegen ihn dahingehend, die Markierung der Reisewebsite des Beklagten in den Google Trefferlisten rötlich als Spam zu markieren und diese Markierung den Softwarenutzern zugänglich zu machen.

Zunächst bejahte das OLG Hamm ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen Kläger und Beklagten. Zwar läge nach Ansicht des OLG Hamm kein klassisches Wettbewerbsverhältnis durch Branchengleichheit vor, dennoch konkurrierten, trotz unterschiedlicher Anliegen, Kläger und Beklagter hinsichtlich der oberen Trefferlistenpositionen.

Das OLG Hamm stellte weiter fest, dass es sich bei der rötlichen Markierung von Websites als Spam durch die Software des Klägers zumindest auch um eine überprüfbare Tatsachenbehauptung handele und nicht lediglich um eine Meinungsäußerung. Der Kläger überprüfe eigens die Quelltexte der Websites, die von den Softwarenutzern als Spam gemeldet worden sind dahingehend, ob sich in ihnen „sinnlose Wortwiederholungen derselben Suchbegriffe“ oder ähnliche Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen finden ließen und behaupte nach Ansicht des OLG Hamm durch das Ergebnis seiner Überprüfung eine diesbezügliche überprüfbare Tatsache.

Das OLG Hamm entschied außerdem, dass das Vorliegen unzulässiger Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme an den Google Guidelines gemessen werden kann, dadurch objektivierbar und überprüfbar ist, und dass sich das Angebot des Klägers stets auf Google-Suchergebnisse und nicht etwa Suchergebnisse aller Suchmaschinen im Internet bezieht.

Im Übrigen kam das OLG Hamm zum Ergebnis, dass der Beklagte „Suchmaschinenspamming“ betrieben habe und seine Vorgehensweise u.a. mittels der Verwendung von Doorway-Pages gegen die Google Guidelines verstieße, mithin die rötliche Markierung seiner Website durch die Software des Klägers eine zulässige Tatsachenbehauptung und nicht etwa eine Schmähkritik oder unzulässige Produktkritik darstelle.

Letztlich haben nach Ansicht des OLG Hamm die Verbraucher und die Allgemeinheit ein Interesse daran, Spam zu filtern, der nie Ziel einer Anfrage bei Suchmaschinen sei.

c. Einordnung

Die Parteien stritten im vorliegenden Fall nicht unmittelbar um einzelne Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen, eine Suchmaschinenoptimierungsstrategie oder Trefferlistenpositionen. Es ging um die Frage, was als „Suchmaschinenspamming“ und „unzulässige Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen“ gegenüber Internetnutzern, beziehungsweise den Kunden des Klägers bezeichnet werden durfte. Lediglich die Feststellung, ob die Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen des Beklagten durch den Kläger gegenüber seinen Kunden als „Suchmaschinenspamming“ bezeichnet werden durften, unterlag einer rechtlichen Überprüfung durch das OLG Hamm. Nichtsdestotrotz musste das OLG Hamm hierfür feststellen, inwieweit die Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen des Beklagten als unzulässig, namentlich als „Suchmaschinenspamming“ gelten und dergestalt bezeichnet werden können. Das OLG Hamm subsumierte daher nicht etwa die Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen des Beklagten unter die Merkmale eines lauterkeitsrechtlichen Tatbestands, mithin jedoch unter die rein begrifflichen Merkmale „unzulässige Suchmaschinenoptimierung“ und „Suchmaschinenspamming“. Zwar können diese rein begrifflichen Subsumtionen keine unmittelbaren Rückschlüsse auf lauterkeitsrechtliche Tatbestandserfüllungen hinsichtlich gewisser Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen zulassen, offenbaren jedoch das Verständnis des OLG Hamm hinsichtlich einzelner Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen und Fragestellungen rund um die Suchmaschinenoptimierung. Dadurch ist das Urteil des OLG Hamm mittelbar für lauterkeitsrechtliche Überprüfungen von Sachverhalten, die einen Bezug zur Suchmaschinenoptimierung aufweisen, relevant und Quell von Erkenntnissen hinsichtlich des Verständnisses der Rechtsprechung zu ebendiesen Fallkonstellationen.

Der Rückgriff des OLG Hamm⁹⁹⁷ auf die Google Guidelines zwecks Bestimmung der Frage, ob die vom Beklagten verwendeten Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen als „Suchmaschinenspamming“ oder „unzulässi-

997 OLG Hamm GRUR-RR 2007, 282 (284): „Das Kriterium einer potenziell unzulässigen Suchmaschinenbeeinflussung ist gemessen an den Google-Richtlinien objektivierbar und überprüfbar.“

ge Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen“ bezeichnet werden dürfen, ist nachvollziehbar und für diesen Einzelfall korrekt. Insoweit der Kläger seinen Softwarenutzern gegenüber gewisse Websites in den Suchergebnissen von Google rötlich markiert und diese damit als „Suchmaschinen-spamming“ oder unzulässige Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen verwendend bezeichnet, kann für die Frage, ob diese Bezeichnung wahr oder falsch ist, wie vom OLG Hamm vorgenommen auf die Google Guidelines zurückgegriffen werden. Im vorliegenden Fall konnte das OLG Hamm mit den zum Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Google Guidelines daher korrekt begrifflich die Vorgehensweise des Beklagten unter die Ausführungen der Guidelines subsumieren und feststellen, dass der Beklagte durch die von ihm verwendeten Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen wie Doorway-Pages und Cloaking-Techniken gegen die Google Guidelines verstieß, mithin also in Bezug auf Google unzulässige Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen vornahm. Diese Argumentation des OLG Hamm ist nachvollziehbar und richtig.⁹⁹⁸

Der Rückgriff des OLG Hamm auf die Google Guidelines führte jedoch zu folgender, problematischer Aussage des Gerichts:

„Seine „optimierte“ Positionierung bei den Suchlistentreffern ist durch eine Suchmaschinenbeeinflussung erfolgt, die gegen das Google-Regelwerk verstößt.“⁹⁹⁹

Hier meint das OLG Hamm sicher festgestellt zu haben, dass eine gewisse Trefferlistenposition des Beklagten durch die Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen, welche gegen die Google Guidelines verstießen, erreicht worden ist.¹⁰⁰⁰ Zunächst einmal ist fraglich, inwieweit das OLG Hamm überhaupt eine Trefferlistenposition feststellen konnte, da es eine solche grundsätzlich objektiv nicht geben kann.¹⁰⁰¹ Selbst wenn eine Trefferlistenposition überzeugend festgestellt worden wäre, eröffnete sich ein Kausalitätsproblem, da nicht sicher festgestellt werden kann, welche Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme des Beklagten zu welcher Veränderung in den Trefferlisten bei Google oder einer anderen Suchmaschine geführt hat.¹⁰⁰² Beispielsweise könnte eine Algorithmusänderung der Such-

998 Kritischer hingegen *Bernreuther*, WRP 2008, 1057 (1059), der sich mit der Frage aber nicht dezidiert auseinandersetzt, sondern lediglich anmerkt, die Argumentation des OLG Hamm hinsichtlich der Guidelines sei „problematisch“.

999 OLG Hamm GRUR-RR 2007, 282 (284).

1000 Kritisch auch *Bernreuther*, WRP 2008, 1057 (1059).

1001 Hierzu Kapitel 2 A. III. und Kapitel 4 C.

1002 Siehe Kapitel 4 B. und zu den technischen Hintergründen Kapitel 2 A. III.

maschine für eine Trefferlistenpositionierung verantwortlich sein, oder lediglich von außen eingehende, wertvolle Links. Die Feststellung dahingehend, welche Trefferlistenpositionen der Beklagte innehatte und insbesondere durch welche Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme diese Trefferlistenpositionen erreicht wurden, ist nach hiesiger Auffassung nicht ohne Weiteres haltbar.

Die Entscheidungsgründe sind nicht auf ähnliche Fälle übertragbar, da insbesondere der Rückgriff auf die Google Guidelines nur für Sachverhalte wie dem vorliegenden zulässig ist, und berücksichtigt werden muss, dass sich Guidelines von Suchmaschinenanbietern stetig ändern und den Gegebenheiten der Suchmaschinenoptimierungspraxis angepasst werden.

4. OLG Hamm (2009)

a. Sachverhalt und Verlauf der Rechtsstreitigkeit

Dem Urteil des OLG Hamm¹⁰⁰³ aus dem Jahr 2009 lag folgender Sachverhalt und Verlauf der Rechtsstreitigkeit zugrunde: Der Antragsteller war gewerblicher Suchmaschinenoptimierer und Betreiber eines Internetforums, welches den Mitgliedern des Forums Beratungs- und Unterstützungsleistungen im Bereich des Betriebs von Onlineshops anbot. Die Antragsgegnerin war Betreiberin einer Personensuchmaschine, die Einträge über Personen im Internet zusammenstellte, um Nutzern des Dienstes einen schnellen Überblick über die zu einer Person im Internet vorzufindenden Informationen zu verschaffen. Hierfür nutzte die Antragsgegnerin u.a. auch Informationen, die bei den marktführenden Suchmaschinen wie etwa Google aufzufinden waren.

Bei einer Google-Suche stellte der Antragsteller fest, dass in Verbindung mit seinem Namen samt einiger anderen Keywords wie „Support“ oder der Name seines Internetforums Unterseiten der Antragsgegnerin die vordersten Plätzen der Trefferliste bei Google belegten. Die dort von der Antragsgegnerin gelisteten Treffer führten zu Unterseiten der Antragsgegnerin, die jedoch über keinen sichtbaren Inhalt verfügten. Nach Ansicht des Antragstellers habe die Antragsgegnerin entweder mittels automatisierter Systeme oder manuell inhaltslose Seiten mit unsichtbarem¹⁰⁰⁴ Text eingerichtet, die zwar für Nutzer nicht lesbar sind, für Suchmaschinen hin-

1003 OLG Hamm MMR 2010, 36.

1004 D.h. z.B. weißer Text auf weißem Hintergrund.

gegen schon. Insbesondere durch die Verwendung seines Namens, sowie weiterer Keywords, die in Bezug auf ihn und sein Internetforum gesetzt wurden, leite die Antragsgegnerin Suchmaschinennutzer auf ihr eigenes Internetangebot um. Nach Ansicht des Antragsstellers führe dies zu dem Ergebnis, dass Internetnutzer, die ihn und sein Internetforum mittels Suchmaschine suchen würden, automatisch auf der Website der Antragsgegnerin landeten.

Der Antragssteller sah hierin eine unlautere Rufausbeutung und gezielte Behinderung eines Mitbewerbers. Das zunächst zuständige Landgericht hatte durch Beschlussverfügung unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel der Antragsgegnerin verboten, Websitedateien mit den Begriffskombinationen bestehend aus Name des Antragsstellers sowie weiteren Keywords zu erstellen, sodass Suchmaschinen diese auslesen und in ihren Trefferlisten platzieren können. Die Antragsgegnerin legte hiergegen Widerspruch ein. Sie unterhalte insbesondere keine absichtlichen Leerseiten, sondern hätte diese lediglich gelöscht. Darüber hinaus sei es ihr nie darum gegangen, den Antragsteller zu beeinträchtigen. Ein gewisses Ranking in den Trefferlisten von Suchmaschinen sei keine wettbewerbswidrige Beeinträchtigung.

Das zuständige Landgericht hob daraufhin die einstweilige Verfügung mit der Begründung auf, es läge bereits kein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien vor.¹⁰⁰⁵ Hiergegen ging der Antragssteller wiederum mit einer Berufung vor, die sich u.a. auf das Bestehen eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses, sowie der Deutung bezog, die Antragsgegnerin lenke durch ihr Vorgehen mittels Leerseiten die potenziellen Kunden und Interessierten des Antragsstellers auf ihr eigenes Internetangebot um. Nach Ansicht des Antragsstellers handelte es sich nicht wie von der Antragsgegnerin behauptet um gelöschte, sondern um Leerseiten mit unsichtbarem Text.

Das OLG Hamm entschied letztlich, dass die Berufung des Antragsstellers begründet ist. Der Antragssteller könne im Wege der einstweiligen Verfügung von der Antragsgegnerin die Unterlassung der Verwendung der streitgegenständlichen Keywordkombinationen mit einem unsichtbaren Textinhalt auf ihren Unterseiten verlangen.

1005 LG Bielefeld, Beschluss vom 14.1.2009 – Az. 16 O 210/08.

b. Entscheidungsgründe

Zunächst entschied das OLG Hamm, dass zwischen Antragsteller und Antragsgegnerin ein konkretes Wettbewerbsverhältnis vorliegt. Dies trotz der Tatsache, dass es sich um unterschiedliche Dienstleistungen und einem unterschiedlichen angesprochenen Kundenkreis handele. Das OLG Hamm begründete das Vorliegen eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses damit, dass im Interesse eines wirksamen wettbewerbsrechtlichen Individualschutzes an das konkrete Wettbewerbsverhältnis keine hohen Anforderungen zu stellen seien. Sowohl der Antragsteller als auch die Antragsgegnerin würden versuchen, Suchmaschinenergebnisse zu beeinflussen, was letztlich dazu führe, dass steigende Besucherzahlen beim einen Internetangebot negative wirtschaftliche Folgen beim anderen bezüglich der Attraktivität für Werbegeschäfte verursachen können. Im Grunde konkurrierten beide Parteien laut OLG Hamm mittels ihrer Internetangebote um die „Gunst der Werbewirtschaft“. Dies reiche aus, um ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zu bejahen.

In der Vorgehensweise der Antragsgegnerin erkannte das OLG Hamm ein gezieltes Behindern eines Mitbewerbers. Das bloße Abfangen von Kunden mittels Einflussnahme auf Trefferlisten von Suchmaschinenanbieter könne einen Mitbewerber zwar behindern, jedoch läge dadurch noch keine unlautere Behinderung vor. Es müssten besondere zusätzliche Umstände hinzutreten, um von einer unlauteren Behinderung eines Mitbewerbers sprechen zu können. Diese besonderen zusätzlichen Umstände erblickte das OLG Hamm darin, dass die Antragsgegnerin nicht nur Allgemeinbegriffe, sondern den Namen des Antragstellers und weiterer mit ihm und seinem Internetangebot in engem Zusammenhang stehenden Keywords benutzte.

Darüber hinaus seien diese Keywords nicht im Wege von noch tolerabler Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen eingesetzt worden, sondern durch Maßnahmen realisiert, die laut OLG Hamm nicht mehr als Suchmaschinenoptimierung, sondern als Suchmaschinenmanipulation zu bezeichnen sind. Sowohl den Einsatz des konkreten Namens des Antragstellers, als auch der Einsatz der Methode, unsichtbare Texte zu verwenden, die lediglich von Suchmaschinen, nicht aber von Internetnutzern ausgelesen werden können seien Umstände, die für eine unlautere Behinderung sprächen. Hierdurch lenke die Antragsgegnerin potenzielle Besucher der Website des Antragstellers auf die eigenen Unterseiten um und beraube ihn durch ausbleibende Klicks der Attraktivität für die Werbewirtschaft.

c. Einordnung

Zunächst muss der Sachverhalt bezüglich der streitgegenständlichen Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme historisch eingeordnet werden. Die Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme Hidden-Content¹⁰⁰⁶ war in den Anfangsjahren der Suchmaschinenoptimierung und noch Jahre danach tatsächlich in der Praxis gang und gäbe. Hidden-Content ist auch heute noch technisch ohne Weiteres möglich, jedoch hinsichtlich erfolgreicher Suchmaschinenoptimierung nicht mehr praxisrelevant¹⁰⁰⁷.

Richtigerweise wurde seitens des Antragstellers und des OLG Hamm der Anknüpfungspunkt der lauterkeitsrechtlichen Überprüfung nicht im Erfolg, sondern der Durchführung der Suchmaschinenoptimierung der Antragsgegnerin erblickt.¹⁰⁰⁸

Das konkrete Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien könnte bereits durch Suchmaschinenoptimierung mit gleicher Zielrichtung vorgelegen haben¹⁰⁰⁹, ein Rückgriff auf den Umstand, dass beide Parteien letztlich um die Gunst der Werbewirtschaft im Internet konkurrieren, wäre womöglich nicht notwendig gewesen. Die Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen der Antragsgegnerin hatten eine gewisse Zielrichtung, die sich dadurch kennzeichnete, dass der Name des Antragstellers, sowie weitere mit seinem Internetangebot in Verbindung stehenden Wörter als Keywords seitens der Antragsgegnerin benutzt wurden. Aus dem seitens des OLG Hamm geschilderten Sachverhalt ist nicht klar ersichtlich, inwieweit der Antragsteller selbst Suchmaschinenoptimierung im Hinblick auf seinen eigenen Namens betrieben hat. Immerhin fiel dem Antragsteller auf, dass bei Sucheingabe seines Namens nicht seine Websites, sondern die der Antragsgegnerin vordergründig erschienen. Sollte der Antragsteller Suchmaschinenoptimierung hinsichtlich seines eigenen Namens betrieben haben, läge ein Fall von Suchmaschinenoptimierung mit gleicher Zielrichtung¹⁰¹⁰ zwischen Antragsteller und Antragsgegnerin vor. Beide hätten Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen im Hinblick auf die gleichen Keywords vorgenommen. Wie bereits untersucht und gezeigt, reicht dies aus, um ein konkretes Wettbewerbsverhältnis anzunehmen.¹⁰¹¹

1006 Zu Hidden-Content siehe *Wiedmaier*, Suchmaschinenoptimierung, S. 116.

1007 *Erlhofer*, Suchmaschinen-Optimierung, S. 819 ff.

1008 Siehe die Untersuchung in Kapitel 5 A. III.

1009 Hierzu Kapitel 5 B. III. 4. b.

1010 Hierzu Kapitel 5 B. III. 4. b.

1011 Hierzu Kapitel 5 B. III. 4. b.

Dem subjektiven Rechtsempfinden nach mag die Entscheidung des OLG Hamm hinsichtlich der gezielten Behinderung richtig erscheinen, da die Antragsgegnerin immerhin den konkreten Namen des Antragstellers mittels einer durchaus dubiosen Suchmaschinenoptimierungsmethode verwendete, um dadurch die vorderen Trefferlistenpositionen in den Suchmaschinen einzunehmen. Der Antragsteller fürchtete um Klickverluste bezüglich seines eigenen Internetangebots. Die Argumentation des OLG Hamm hinsichtlich der gezielten Behinderung eines Mitbewerbers durch die Antragsgegnerin ist jedoch nicht überzeugend. Weder die Vornahme von Hidden-Content¹⁰¹², noch die Verwendung des Namens eines Konkurrenten in der eigenen Suchmaschinenoptimierungsstrategie, noch eine Kombination beider Handlungen erfüllt pauschal den Tatbestand der gezielten Behinderung eines Mitbewerbers gem. § 4 Nr. 4 UWG. Zwei Formen der gezielten Behinderung sind anerkannt: Zum einen kann die Behinderung eines Mitbewerbers alleiniger Zweck der geschäftlichen Handlung sein, zum anderen kann die geschäftliche Handlung dazu führen, dass ein Mitbewerber seine Leistung am Markt sehr stark eingeschränkt oder gar nicht mehr am Markt zur Geltung bringen kann.¹⁰¹³ Dass die Antragsgegnerin Hidden-Content in Verbindung mit dem Namen des Antragstellers und weiterer ihn und sein Internetangebot bezogener Keywords verwendete, ist zunächst keine geschäftliche Handlung, die einzig und allein dem Zweck dient, den Antragsteller zu beeinträchtigen. Viel mehr war die Antragsgegnerin selbst daran interessiert, in den Trefferlisten der Suchmaschinen weit vorne aufzutauchen, um – wie das OLG Hamm selbst sagt – attraktiv für die Werbewirtschaft zu sein. Es ist zu berücksichtigen, dass die Antragsgegnerin Betreiberin einer Personensuchmaschine ist, deren Geschäftsmodell es ist, Einträge zu Personen zu erstellen. Der Antragsgegnerin ging es daher nicht darum, den Antragsteller zu beeinträchtigen, sondern sie nutzte seinen Namen und weitere Begriffe als Keywords, um bei Suchanfragen, die diese Keywords betreffen, weit vorne in den Trefferlisten der Suchmaschinen positioniert zu sein, um ihr Geschäftsmodell einer Personensuchmaschine erfolgreich durchzuführen. Insofern kann von einer gezielten Behinderung gem. § 4 Nr. 4 UWG dahingehend, der einzige Zweck der in Frage stehenden geschäftlichen Handlung sei die Behinderung eines Mitbewerbers im vorliegenden Fall keine Rede sein. Auch sind durch die Verwendung des Hidden-Content und dem Namen des Antragstellers nicht etwa die Trefferlisten aller Suchma-

1012 Zu Hidden-Content siehe *Wiedmaier*, Suchmaschinenoptimierung, S. 116.

1013 BGH WRP 2014, 424 Rn. 28 – *wetteronline.de*.

schinen vollständig und dergestalt belegt, dass niemand sonst in ihnen bezüglich dieser Keywords auftauchen könnte. Der Antragsteller fand sich lediglich in den Trefferlisten hinter der Antragsgegnerin, keineswegs überhaupt nicht mehr positioniert. Ihm war es grundsätzlich immer noch möglich, durch eigene Suchmaschinenoptimierungsanstrengungen die Trefferlistenpositionierung seines Content-Angebots zu verbessern. Somit war auch diesbezüglich keine gezielte Behinderung gem. § 4 Nr. 4 UWG zu erblicken.

Das OLG Hamm erblickte in der Kombination aus der Verwendung von Hidden-Content und dem Namen des Antragstellers die gezielte Behinderung. Allerdings blieb das Gericht eine überzeugende Begründung schuldig, weshalb gerade die Kombination beider Handlungen die gezielte Behinderung eines Mitbewerbers begründen soll. Es mangelt auch in dieser Kombination an einer Behinderungsabsicht oder einer unangemessen starken Beeinträchtigung des beeinträchtigten Mitbewerbers, um den Tatbestand des § 4 Nr. 4 UWG zu erfüllen. Insbesondere wiegt schwer, dass die Antragsgegnerin Betreiberin einer Personensuchmaschine ist, mithin Namen von Personen als Grundlage ihres grundsätzlich zulässigen Geschäftsmodells nennen muss. Hierzu hat sich das OLG Hamm nicht geäußert und diesen Umstand wohl nicht in die Betrachtung miteinfließen lassen.

Es ergibt sich überdies ein anderes Problem bei der Betrachtungsweise des OLG Hamm bezüglich der Gezieltheit gem. § 4 Nr. 4 UWG. Zwar kann der Erfolg, einen Mitbewerber unangemessen stark zu beeinträchtigen, für die Bewertung der Gezieltheit gem. § 4 Nr. 4 UWG relevant werden.¹⁰¹⁴ Bezogen auf die Sichtbarkeit in Trefferlisten ergibt sich aber das suchmaschinenoptimierungsspezifische Problem, dass nicht klar ist, welche durchgeführte Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme letztlich zum konkreten Erfolg in den Trefferlisten geführt hat.¹⁰¹⁵ Konkret auf die Entscheidung des OLG Hamm bezogen bedeutet dies, dass nicht ausgemacht werden kann, ob ausgerechnet die Verwendung von Hidden-Content und die Verwendung des Namens des Mitbewerbers durch die Antragsgegnerin dazu führte, in den Trefferlisten vor dem Internetangebot des Antragstellers aufzutauchen, oder ob hierfür nicht andere Faktoren, insbesondere an-

1014 Gezielt gem. § 4 Nr. 4 UWG ist eine Behinderung auch dann, wenn durch sie der Mitbewerber seine eigene Leistung nur noch sehr stark eingeschränkt oder gar nicht mehr am Markt zur Geltung bringen kann, vgl. BGH WRP 2014, 424 Rn. 28 – *wetteronline.de*.

1015 Siehe Kapitel 4 B. und zu den technischen Hintergründen Kapitel 2 A. III.

dere Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen wie etwa ein starkes Linkbuilding verantwortlich sind. Folgende Ausführung des OLG Hamm birgt Probleme:

„Dies führt im Streitfall konkret dazu, dass die Antragsgegnerin unter Einsatz des Namens des Antragstellers mit den genannten Techniken die Internetnutzer auf ihre Seite umleitet.“¹⁰¹⁶

Es ist nicht ersichtlich, woher das OLG Hamm feststellen konnte, welche Handlungen seitens der Antragsgegnerin konkret zu welchen Erfolgen in den Trefferlisten von Suchmaschinen und damit verbundenen „Umleitungen“ der Internetnutzer geführt haben. Ob Internetnutzer überhaupt, und wenn ja, tatsächlich wegen der in Frage stehenden geschäftlichen Handlungen der Antragsgegnerin ein Content-Angebot in den Trefferlisten eher anklicken als ein anderes, ist fraglich. Zur Tatbestandserfüllung des § 4 Nr. 4 UWG ist es jedoch, wie bereits gezeigt¹⁰¹⁷ ausreichend, dass die in Frage stehende geschäftliche Handlung geeignet ist, den Mitbewerber gezielt zu behindern. Insofern hätte es einer wie soeben zitierten Feststellung des OLG Hamm hinsichtlich eines kausalen Zusammenhangs zwischen geschäftlicher Handlung und Erfolg der Suchmaschinenoptimierung gar nicht bedurft. Konkret hätte das OLG Hamm korrekterweise feststellen können, dass die Vorgehensweise der Antragsgegnerin dahingehend, den Namen des Antragstellers als Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme zu nutzen geeignet ist, eine für die Antragsgegnerin positive Veränderung in den Trefferlisten hervorzurufen. Im Ergebnis ist die Einschätzung des OLG Hamm daher richtig, die Begründung hingegen anzuzweifeln.

Sofern sich die Unterscheidung des Gerichts zwischen „zulässiger Suchmaschinenoptimierung“ und „nicht mehr tolerabler Suchmaschinenmanipulationen“ lediglich an den Google Guidelines bemisst, ist sie lauterkeitsrechtlich nicht klar und nicht überzeugend, da nicht ersichtlich ist, weshalb Guidelines von Suchmaschinenanbieter eine lauterkeitsrechtliche Implikation aufweisen. Das OLG Hamm hat sich jedoch nicht dazu verleiten lassen, die als „nicht mehr tolerable Suchmaschinenmanipulation“ bezeichneten Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen per se¹⁰¹⁸ als unlauter anzusehen.

1016 OLG Hamm MMR 2010, 36 (37).

1017 Hierzu Kapitel 5 E. II.

1018 Grds. kann aus Verstößen gegen die Guidelines der Suchmaschinenanbieter nicht per se eine lauterkeitsrechtliche Implikation abgeleitet werden, vgl.

5. OLG Köln (2011)

a. Sachverhalt und Verlauf der Rechtsstreitigkeit

Dem Urteil des OLG Köln¹⁰¹⁹ aus dem Jahr 2011 lag folgender Sachverhalt und Verlauf der Rechtsstreitigkeit zugrunde: Kläger und Beklagter waren „akademische Ghostwriter“ und in dieser Branche Wettbewerber. Im Rahmen ihrer Tätigkeiten als „akademische Ghostwriter“ boten sie Entwürfe und beispielhafte Anfertigungen zu wissenschaftlichen Arbeiten an, welche von ihren Kunden jedoch nicht als eigene Arbeiten ausgegeben werden durften.

Der Kläger stellte fest, dass im Quelltext der Website des Beklagten die Begriffe „Diplomarbeit kaufen“ als Keywords verwendet wurden und dass der Beklagte bei Suchanfragen mit den Suchbegriffen „Diplomarbeit kaufen“ in den Trefferlisten der Suchmaschine Google auf den vordersten Plätzen erschien. Hierin erblickte der Kläger eine irreführende geschäftliche Handlung, weil der Beklagte laut eigenen Angaben auf der Website keine Diplomarbeiten dergestalt verkaufe, dass man diese dort bestellen und dann als eigene Arbeit einreichen könne.

Der Kläger mahnte den Beklagten unter Einforderung der Abgabe einer Unterlassungserklärung, sowie Erstattung der Abmahnkosten ab. Eine Unterlassungserklärung gab der Beklagte daraufhin jedoch zunächst nicht ab, sodass der Kläger Klage erhob, die sich auf Unterlassung und Erstattung der Abmahnkosten richtete. Der Beklagte führte vorinstanzlich u.a. an, die im Quelltext seiner Website verwendeten Begriffe seien irrelevant für Google und insbesondere verändere er die im Quelltext verwendeten Begriffe sie stetig. Das LG Köln wies die Klage ab¹⁰²⁰, weil es trotz Angebot eines Sachverständigenbeweis seitens des Klägers nicht festzustellen vermochte, ob die Verwendung der in Frage stehenden Begriffe im Quelltext des Beklagten tatsächlich zu einer Beeinflussung der Trefferlisten von Google geführt hatte. Daraufhin legte der Kläger Berufung beim OLG Köln ein.

Mohr, Internetspezifische Wettbewerbsverstöße, S. 152 und Schirnbacher/Engelbrecht, CR 2015, 659 (661).

1019 OLG Köln CR 2011, 538.

1020 LG Köln, Urteil vom 30.9.2010 – Az. 31 O 203/10.

b. Entscheidungsgründe

Das OLG Köln entschied¹⁰²¹, dass die Berufung des Klägers im Ergebnis keinen Erfolg hat. Jedoch meldete das OLG Köln erhebliche Bedenken hinsichtlich der Aussage der Vorinstanz an, dass nicht feststellbar sei, die verwendeten Begriffe im Quelltext des Beklagten beeinflussten tatsächlich die Trefferlisten von Google.

Es sei für das OLG Köln nicht ersichtlich, woher das vorinstanzliche Gericht die eigene Sachkunde hernehme, insbesondere vor dem Hintergrund des Angebots des Klägers, ein Sachverständigenbeweis zu erbringen. Laut OLG Köln war der Vortrag des Beklagten auch nicht widerspruchsfrei, wenn er einerseits vortrug, die im Quelltext seiner Website verwendeten Begriffe seien nicht verantwortlich für die Trefferlistenposition bei Google, er jedoch andererseits diese Begriffe stetig änderte und anpasste. Einen anderen Grund als Suchmaschinenoptimierung erkannte das OLG Köln in stetigen Veränderungen der Begriffe im Quelltext der Seite des Beklagten nicht.

Eine Irreführung des angesprochenen Verkehrskreises habe das OLG Köln grundsätzlich nur darin erblicken können, dass der Beklagte mit seiner Website nach Eingabe der Suchanfrage „Diplomarbeit kaufen“ bei Google auf den vordersten Trefferlistenpositionen angezeigt worden wäre. Allerdings entnehme laut OLG Köln der angesprochene Verkehrskreis dieser Trefferlistenpositionierung nicht, dass der Beklagte das Anfertigen von Diplomarbeiten zum Einreichen als eigene wissenschaftliche Arbeiten anbiete. Der Verkehr kann nach Ansicht des OLG Köln nicht erwarten, nach Eingabe einer Suchanfrage betreffend „illegaler Angebote“ wie dem Anfertigen von wissenschaftlichen Arbeiten tatsächlich Websites angezeigt zu bekommen, die diese Angebote führen. Der Verkehr erwartet laut OLG Köln viel mehr, dass diese Art von Angeboten im Verborgenen bleiben möchten und nicht das Ziel haben, in Suchmaschinen leicht auffindbar zu sein und die vordersten Trefferlistenpositionen einzunehmen.

Darüber hinaus weiß der Verkehr nach Ansicht des OLG Köln, dass in Trefferlisten auch Websites angezeigt werden, welche die Begriffe der Sucheingabe in irgendeiner Weise verwenden, nicht jedoch notwendigerweise diese Begriffe auch als Angebot führen. Laut OLG Köln ist sich der angesprochene Verkehrskreis bewusst, dass eine Website, die nach Sucheingabe der Begriffe „Diplomarbeit kaufen“ angezeigt wird, eventuell nur darüber berichtet, was die Konsequenzen einer gekauften Diplomarbeit

1021 OLG Köln CR 2011, 538.

sein können, anstatt eine solche tatsächlich anzubieten. Auch die Deutsche Hauptstelle für Suchtanfragen enthalte im Quelltext ihrer Website Begriffe wie „Bier“, „Wein“ und „Likör“, um darüber zu berichten, ohne diese jedoch anzubieten. Die Erwartungshaltung der Suchmaschinennutzer führe nach Ansicht des OLG Köln bei der Eingabe vom Suchbegriff „Diplomarbeit kaufen“ nicht zu einer Irreführung, wenn die Website des Beklagten angezeigt wird und er tatsächlich keine Diplomarbeit verkauft. Insbesondere habe der Beklagte ein legitimes Interesse daran, diese Begriffe auf seiner Website, und sei es nur im Quelltext aufzugreifen, um diejenigen, die eine Diplomarbeit „illegal“ kaufen wollen, auf sein legales Angebot hinzuweisen.

c. Einordnung

Die Entscheidungsgründe des OLG Köln sind kurz gehalten und mögen unscheinbar wirken, sind jedoch von großer Bedeutung für die lauterkeitsrechtliche Bewertung von Sachverhalten, die mit Suchmaschinenoptimierung zu tun haben. Kläger und Beklagter stritten sowohl um die Verwendung von Keywords, als auch um die – damit angeblich¹⁰²² verbundene – Trefferlistenposition der Website des Beklagten.

Gleich zu Beginn der Entscheidungsgründe setzte sich das OLG Köln zunächst mit der Argumentation der Vorinstanz auseinander. Das LG Köln hatte nach eigenen Angaben nicht feststellen können, dass die Verwendung der Begriffe „Diplomarbeit kaufen“ im Quelltext des Beklagten geeignet ist, die Trefferlistenposition der Website des Beklagten in der Suchmaschine Google zu beeinflussen. Diesbezüglich bot der Kläger einen Sachverständigenbeweis an, das LG Köln jedoch entschied aus eigener Sachkunde, dass eine derartige Feststellung nicht möglich sei. Das OLG Köln meldete hierzu Bedenken an. Der Grundgedanke des LG Köln ist nach hiesiger Auffassung nicht gänzlich verfehlt, da sich letztlich nicht bestimmen lässt, welche Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme eines Content-Anbieters zu welcher Veränderung in den Trefferlisten einer Suchmaschine geführt hat.¹⁰²³ Allerdings lässt sich hinsichtlich der bloßen Geeignetheit, eine Trefferlistenposition bei Google durch Suchmaschinenopti-

1022 Eine objektive Feststellung einer Trefferlistenposition ist nicht möglich, vgl. Kapitel 2 A. III. und Kapitel 4 C.

1023 Grundsätzlich Kapitel 4 B und insbesondere hinsichtlich der Beweismittel und Beweiswürdigung solcher Fragen Kapitel 6 B. III. 3. und IV. 3.

mierungsmaßnahmen zu beeinflussen, durchaus eine Aussage treffen. Immerhin hat Google selbst bestätigt, an die Quelltexte von Websites zwecks Erstellung von Trefferlistenpositionen anzuknüpfen.¹⁰²⁴ Für die Frage nach der Geeignetheit ist daher die Kenntnis darüber, welche Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme im konkreten Einzelfall zu welcher Trefferlistenposition geführt hat unerheblich. Insofern hätte ein zugelassener Sachverständigenbeweis zumindest zugunsten des Klägers klären können, dass die Verwendung von Begriffen im Quelltext einer Website geeignet ist, die Trefferlistenposition bei Google zu beeinflussen.

Schließlich wies das OLG Köln auf eine Widersprüchlichkeit im Vortrag des Beklagten hin, welche seitens der Vorinstanz nicht erkannt wurde. Der Beklagte trug einerseits vor, seine Quelltexte würden die Suchmaschinenergebnisse nicht beeinflussen, andererseits änderte er die Begriffe in den Quelltexten stetig. Nach richtiger Ansicht des OLG Köln gab es für dieses stete Ändern der Begriffe im Quelltext der Website des Beklagten keinen anderen Grund als Suchmaschinenoptimierung. Dieser Schlussfolgerung ist zuzustimmen, da die im Quelltext einer Website verwendeten Keywords im Regelfall¹⁰²⁵ nur von Suchmaschinen ausgelesen und daher im Hinblick auf Suchmaschinen eingesetzt werden.

Das OLG Köln sah in der Vorgehensweise des Beklagten keine Irreführung gegeben. Zunächst führte das OLG Köln aus, dass eine Irreführung nur dadurch in Betracht käme, dass der Beklagte nach Eingabe der Suchbegriffe „Diplomarbeit kaufen“ in der Trefferliste einer Suchmaschine „auf einem oberen Platz“ erscheine. Nach Ansicht des OLG Köln entnehme der angesprochene Verkehrskreis aus dieser Platzierung jedoch nicht, dass der Beklagte tatsächlich Diplomarbeiten dergestalt verkaufe, dass er sie für Kunden vollumfänglich und zwecks Einreichung als eigene Arbeit anfertige. Der Verkehr nehme laut OLG Köln bei der Suchanfrage zu solchen „illegalen Dienstleistungen“ nicht an, in den Trefferlisten von Suchmaschinen tatsächlich die Angebote zu ihnen zu finden. Dem Verkehr sei nach Ansicht des OLG Köln außerdem bekannt, dass in Trefferlisten auch Websites angezeigt werden, welche die eingegebenen Suchbegriffe lediglich in irgendeiner Weise verwenden, ohne aber im Hinblick auf Waren und

1024 *Schneider*, SEO 2018, S. 103.

1025 Der Quelltext einer Website lässt sich in allen gängigen Browsern darstellen, sodass es grundsätzlich nicht nur für Suchmaschinen, sondern auch für Internetnutzer möglich ist, den Quelltext auszulesen. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Möglichkeit, einen Quelltext im Browser anzeigen zu lassen, den allermeisten Internetnutzern nicht bekannt ist, und im Übrigen diese durchschnittlich nicht in der Lage sind, den Quelltext sinnerfassend zu lesen.

Dienstleitungen anzubieten, was die Suchbegriffe suggerieren. Laut OLG Köln halte es der Verkehr für möglich, bei der Eingabe „Diplomarbeit kaufen“ auch auf Websites zu stoßen, die nicht Diplomarbeiten zum Verkauf anbieten, sondern über dieses Thema grundsätzlich aufklären. Diese Entscheidung des OLG Köln, der Verkehr rechne damit, in Trefferlisten auch Websites anzutreffen, die lediglich „irgendwie“ und nicht notwendigerweise exakt zur Sucheingabe und den bei der Sucheingabe verwendeten Begriffen steht, ist wegweisend und richtig, da sie den tatsächlichen Erwartungshorizont derzeitiger Internetnutzer widerspiegelt.

Insofern sich das OLG Köln jedoch auf den angeblich ermittelbaren Umstand beruft, der Beklagte sei „auf einem oberen Platz“ in den Trefferlisten erschienen, sobald „Diplomarbeit kaufen“ als Suchbegriff eingegeben wurde, muss dieser Anknüpfungspunkt für eine lauterkeitsrechtliche Überprüfung kritisiert werden. Hier übersah das OLG Köln, dass eine objektive Trefferliste grundsätzlich nicht ermittelbar ist, mithin also nicht tatsächlich feststellbar ist, ob sich der Beklagte nach Sucheingabe bestimmter Suchbegriffe auf einem oberen Platz einer Trefferliste befunden hat.¹⁰²⁶ Darüber hinaus ist das bloße Angezeigtwerden in einer Trefferliste einer Suchmaschine keine geschäftliche Handlung eines Content-Anbieters¹⁰²⁷, sondern ergibt sich aus der Algorithusberechnung der Suchmaschinenanbieter, dem Content der in Frage stehenden Website und weiterer Faktoren wie dem Nutzungsverhalten des Suchmaschinennutzers, das zur Suche verwendete Endgerät und dem Standort des Suchmaschinennutzers. Hieraus ergibt sich einerseits, dass eine objektive Trefferliste nicht ermittelt werden kann, und andererseits eine irgendwie geartete Trefferlistenposition jedenfalls nicht eine geschäftliche Handlung¹⁰²⁸ eines Unternehmers ist. Aus diesen Umständen ist die Vorgehensweise des OLG Köln, an einen angeblich ermittelbaren „oberen Platz“ einer Trefferliste einer Suchmaschine anzuknüpfen, um zu bewerten, ob das Verhalten des Beklagten eine Irreführung darstellt, mit größter Vorsicht zu betrachten. Als ersten und sinnvolleren Anknüpfungspunkt hätte das OLG Köln den Umstand wählen sollen, dass der Beklagte Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen in Form von Keywords im Quelltext vornahm. Eine lauterkeitsrechtliche Überprüfung hätte in diesem Fall mit der Frage beginnen müssen, ob die Verwendung der Begriffe „Diplomarbeit kaufen“ im Quelltext der Website

1026 Siehe Kapitel 4 C. und zu den damit verbundenen Problemen der Beweisführung Kapitel 6 B. III. 1. und IV. 1.

1027 Hierzu Kapitel 5 A. III.

1028 Hierzu Kapitel 5 A. III.

des Beklagten eine irreführende geschäftliche Handlung darstellt, ohne überhaupt das irgendwie geartete Ergebnis in einer Trefferliste zu beachten. Erst in einem zweiten Schritt könnte und müsste auch an etwaige Trefferlisten von Suchmaschinen angeknüpft werden. An eine konkrete Trefferlistenposition müsste für die Subsumtion eines diesbezüglichen Sachverhalts unter die Tatbestandsmerkmale des § 5 Abs. 1 UWG gar nicht abgestellt werden, da es bereits ausreicht, wenn die in Frage stehende geschäftliche Handlung lediglich geeignet ist, eine Irreführung hervorzurufen. Dies entbehrt von einer Feststellung einer angeblich¹⁰²⁹ ermittelbaren Trefferlistenposition im konkreten Einzelfall. Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen sind grundsätzlich dazu geeignet, das Ergebnis von Trefferlisten zu beeinflussen, ohne dass feststellbar wäre, welche Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme im konkreten Einzelfall zu welcher konkreten Beeinflussung von Trefferlisten geführt hat.

Das OLG Köln verneinte eine Irreführung durch die Vorgehensweise des Beklagten jedoch vor allem aus dem Grund, dass der Verkehr bei der Eingabe einer „illegalen Dienstleistung als Suchbegriff bei einer Suchmaschine“ nicht erwarte, tatsächlich in den Trefferlisten ein passendes Angebot angezeigt zu bekommen. Viel mehr erwarte der Verkehr laut OLG Köln, dass die Anbieter dieser Art von Dienstleistungen im Verborgenen verweilen möchten und gerade nicht in Suchmaschinen auffindbar sind. Hier widerspricht sich das OLG Köln zunächst, da es einerseits annimmt, der Verkehr würde bei Sucheingabe einer „illegalen Dienstleistung“ nicht von einem tatsächlichen Angebot in den Trefferlisten ausgehen, gleichzeitig aber annimmt, der Verkehr rechne damit, dass in den Trefferlisten auch Websites angezeigt werden, die sich lediglich mit dem Suchbegriff auseinandersetzen, nicht eine zum Suchbegriff passende Ware oder Dienstleistungen anbieten. Das OLG Köln geht anscheinend fälschlicherweise davon aus, dass bereits die Sucheingabe von „Diplomarbeit kaufen“ auf ein „illegales“ Angebot abzielt, ohne anzuerkennen, dass Suchende dies möglicherweise bei Suchmaschinen eingeben, um sich grundsätzlich zum Thema zu informieren, ohne ein konkretes Angebot zu suchen. Dies verwundert insbesondere vor dem Hintergrund, dass das OLG Köln wiederum anerkennt, dass der Verkehr sehr wohl wisse, dass in Trefferlisten auch Websites angezeigt werden, die sich mit dem Thema des Suchbegriffs auseinandersetzen, ohne zwingend ein dazu passendes Waren- oder Dienstleistungsangebot

1029 Siehe Kapitel 4 C.

vorzuweisen.¹⁰³⁰ Konsequenterweise hätte das OLG Köln daher zugestehen müssen, dass bereits die Sucheingabe „Diplomarbeit kaufen“ nicht einzig auf „illegale Dienstleistungen“ gerichtet sein muss. Im Übrigen ist anzuzweifeln, ob der Verkehr bei der Suche nach „illegalen Dienstleistungen“ tatsächlich erwartet, in Suchmaschinen keine passenden Treffer zu finden. Das Internet ist derzeit weder für Suchmaschinenanbieter, noch für Staaten dergestalt überwachbar, dass ein „sauberes“ Internet auch nur annähernd gewährleistet werden könnte. Es muss in den allermeisten Fällen nicht erst das sog. Darknet¹⁰³¹ konsultiert werden, um „illegale Dienstleistungen“ auffinden zu können. Insofern ist nicht anzunehmen, dass der angesprochene Verkehrskreis es für unmöglich hält, in Trefferlisten mit Websites konfrontiert zu werden, die tatsächlich das gewünschte „illegale“ Waren- oder Dienstleistungsangebot aufweisen. Der angesprochene Verkehrskreis rechnet weder mit einer „sauberen“, noch mit einer objektiven Trefferliste, sondern – wie auch das OLG Köln anerkennt – damit, dass Websites angezeigt werden, die eine irgendwie geartete Verbindung zum Suchbegriff aufweisen.

Richtigerweise geht das OLG Köln jedoch davon aus, dass der angesprochene Verkehrskreis Trefferlistenergebnisse nicht als ultimativ oder objektiv einordnet, sondern ihm bewusst ist, dass dort auch Websites erscheinen, die lediglich entfernt mit dem Suchbegriff in Verbindung stehen. Im Falle des Suchbegriffs „Diplomarbeit kaufen“ weiß der Verkehr laut OLG Köln, dass auch Websites erscheinen, die lediglich über das Thema berichten, nicht aber notwendigerweise auch ein passendes Dienstleistungsangebot bereithalten. Dieser Auffassung des Verständnisses des angesprochenen Verkehrskreises ist zuzustimmen. Zwar weiß der angesprochene Verkehrskreis nicht viel über die Funktionsweise von Suchmaschinen oder die Einsatzmöglichkeiten von Suchmaschinenoptimierung¹⁰³², jedoch weiß er,

1030 OLG Köln CR 2011, 538 (539): „Zudem ist dem Verkehr bekannt, dass Suchergebnisse auch darauf beruhen können, dass auf der angegebenen Internetseite lediglich über ein derartiges Angebot berichtet oder zu einem solchen Stellung genommen wird. So wird der Verkehr es für möglich halten, dass die Seite des Beklagten deshalb als Treffer angezeigt wird, weil der Beklagte auf seiner Internetseite darüber aufklärt, dass "Diplomarbeiten kaufen" nicht möglich ist.“

1031 Als Darknet werden nicht leicht zugängliche Bereiche des Internets bezeichnet, in denen teilweise illegale Inhalte und Angebote verbreitet werden, vgl. nur <https://www.klicksafe.de/themen/datenschutz/darknet/> (aufgerufen am 14.11.2018).

1032 Hierzu Kapitel 5 C. III. 1.

dass die Suchmaschinen in der Lage sind, suchbegriffbezogen relevante Websites anzuzeigen. Insofern geht der angesprochene Verkehrskreis nicht davon aus, in Trefferlisten exakt zu seiner Suchanfrage und seiner Suchabsicht¹⁰³³ passende Ergebnisse angezeigt zu bekommen. Der Beklagte hatte daher auch kein widersprüchliches Verhalten dahingehend an den Tag gelegt, dass er mit den Begriffen „Diplomarbeit kaufen“ im Quelltext seiner Website wirbt, ohne jedoch ein solches Angebot bereit zu halten. Wie vom OLG Köln ausgeführt, rechnet der angesprochene Verkehrskreis nicht damit, bei Eingabe dieser Suchbegriffe lediglich Websites angezeigt zu bekommen, die tatsächlich ein solches Angebot bereithalten. Einer möglichen Fehlvorstellung dergestalt, dass der angesprochene Verkehrskreis bei Eingabe des Suchbegriffs „Diplomarbeit kaufen“ davon ausgeht, in den Trefferlisten nur solche Websites angezeigt zu bekommen, die tatsächlich Diplomarbeiten zum Verkauf anbieten, wurde vom OLG Köln im Ergebnis unter Berücksichtigung des angesprochenen Verkehrskreises überzeugend eine Absage erteilt.

Das OLG Köln entschied überdies, dass die Vorgehensweise des Beklagten nicht den Tatbestand der gezielten Behinderung eines Mitbewerbers erfülle. Dem ist zuzustimmen. Zwar könnte im Vorgehen des Beklagten eine Beeinträchtigung im Sinne einer Behinderung erblickt werden, wie dies bei nahezu jeder wettbewerblichen Handlung eines Unternehmers am Markt der Fall ist, an einer gezielten Behinderung jedoch fehlt es. Weder ist alleiniger Zweck der Verwendung von den Begriffen „Diplomarbeit kaufen“ im Quelltext der Website des Beklagten, den Kläger zu beeinträchtigen, noch ist der Kläger durch diese Vorgehensweise unangemessen stark in seiner eigenen wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeit gehindert.

1033 Dass sich Suchanfrage und Suchabsicht durchaus unterscheiden können, ist durch den vorliegenden Fall deutlich gemacht: Die Suchanfrage „Diplomarbeit kaufen“ kann sowohl die dahinter liegende Suchabsicht auf tatsächliche Angebote zum Kauf von Diplomarbeiten, als auch hinsichtlich Informationsseiten zum Thema Kauf wissenschaftlicher Arbeiten beinhalten.

6. OLG Hamburg (2013)

a. Sachverhalt und Verlauf der Rechtsstreitigkeit

Dem Beschluss des OLG Hamburg¹⁰³⁴ lag folgender Sachverhalt und Verlauf der Rechtsstreitigkeit zugrunde: Die Antragstellerin war im Bereich Partnerschaftsvermittlung tätig und Inhaberin einer Gemeinschaftsbildmarke, mit der sie u.a. Schutz für Dienstleistungen bezüglich Partnerschaftsvermittlungen beanspruchte. Auch war sie Inhaberin einer inländischen Wortbildmarke, die ebenfalls Schutz für u.a. Ehe- und Partnerschaftsvermittlung beanspruchte. Darüber hinaus verwendete die Antragstellerin gewisse geschäftliche Bezeichnungen zur Kennzeichnung ihres Geschäftsbetriebes. Zusätzlich zu ihren Dienstleistungen bezüglich Partnerschaftsvermittlungen bot die Antragstellerin entsprechende Applikationen für mobile Endgeräte (Apps) an. Die Antragsgegnerin war ebenso im Bereich Partnerschaftsvermittlung tätig und hielt im gleichen App-Store¹⁰³⁵ eine ähnliche App wie die Antragstellerin für ihre Kunden bereit.

Die Antragstellerin stellte bei Betätigung der Suche im Apple App-Store fest, dass nach Eingabe der Begriffe, die mit ihrer Marken und geschäftlichen Bezeichnungen identisch sind, statt ihrer eigenen App die App der Antragsgegnerin an erster oder zweiter Stelle auftauchte. Hierin erblickte die Antragstellerin eine Rechtsverletzung und machte markenrechtliche, sowie wettbewerbsrechtliche Ansprüche im Wege eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung beim LG Hamburg¹⁰³⁶ geltend.

Markenrechtlich sah die Antragstellerin einen Unterlassungsanspruch gegen die Antragsgegnerin gegeben, da diese ihrer Ansicht nach ein mit ihren geschützten Kennzeichen identisches Zeichen für Dienstleistungen benutzte. In wettbewerbsrechtlicher Hinsicht stützte die Antragstellerin ihre Ansprüche auf den ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungs-

1034 OLG Hamburg GRUR 2014, 490.

1035 Als App-Store werden Plattformen im Onlinebereich bezeichnet, die kostenpflichtige und kostenlose Applikationen (Apps) für mobile Endgeräte zum Download bereitstellen. Zu den bekanntesten App-Stores gehören derzeit die App-Stores von Apple und Google. Jeder App-Store hält eine Suchfunktion bereit, mit der Nutzer mittels Eingabe bestimmter Begriffe nach den von ihnen gewünschten Apps suchen können. Die Optimierung von Apps für die App-Store Suche ist ein eigener, neuer Teilbereich der Suchmaschinenoptimierung und wird „app store optimization“, kurz ASO genannt. Siehe auch *Steinmetz*, Apps im Lauterkeitsrecht, S. 71 ff.

1036 LG Hamburg, Beschluss vom 28.2.2013 - Az. 327 O 97/13.

schutz, den Schutz vor irreführenden geschäftlichen Handlungen, sowie den Schutz vor gezielter Behinderung von Mitbewerbern.

Das LG Hamburg entschied jedoch, dass weder der Hauptantrag, noch der Hilfsantrag der Antragstellerin begründet ist. Zu den geltend gemachten markenrechtlichen Ansprüchen führte das LG Hamburg u.a. aus, dass die Antragstellerin der Antragsgegnerin nicht untersagen könne, die in Frage stehenden Begriffe als Schlagworte im Apple App-Store zu nutzen, da den Nutzern des App-Stores nicht suggeriert werde, dass die Antragsgegnerin in einer wirtschaftlichen Verbindung zur Antragstellerin steht. Der in Frage stehende Suchbegriff, welcher identisch oder ähnlich mit den geschützten Kennzeichen der Antragstellerin ist, werde insbesondere im App-Angebot der Antragsgegnerin mit keiner Silbe wiederholt.¹⁰³⁷ Wettbewerbsrechtlich erblickte das LG Hamburg in der Vorgehensweise der Antragsgegnerin keine irreführende geschäftliche Handlung gem. § 5 Abs. 2 UWG, da die Antragsgegnerin das eigene Angebot klar und eindeutig ohne Verwendung der in Frage stehenden Begriffe bezeichnet habe.

Die Antragstellerin reagierte auf diesen Beschluss des LG Hamburg mit einer sofortigen Beschwerde. Das OLG Hamburg entschied, dass die sofortige Beschwerde der Antragstellerin zum Teil Erfolg hat. Zwar sei der Hauptantrag der Antragstellerin unbegründet, da ihr weder markenrechtliche Ansprüche, noch wettbewerbsrechtliche Ansprüche hinsichtlich des Begehrens, der Antragsgegnerin zu untersagen, überhaupt an irgendeiner Stelle im App-Store nach Eingabe der in Frage stehenden Begriffe aufzutauchen, zustehen. Allerdings sah das OLG Hamburg den Hilfsantrag der Antragstellerin zumindest in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht für zum Teil begründet an.

1037 Zwecks kostenpflichtiger Bewerbung einer App im Apple App-Store kann ein Suchbegriff von einem App-Anbieter genutzt werden, um denjenigen Nutzern sichtbar gemacht zu werden, die den Suchbegriff im App-Store eingeben. Der „gekaufte“ Suchbegriff muss dabei nicht in der App oder der Beschreibung der App vorkommen, ähnlich der Funktionsweise von Anzeigen über Google AdWords (seit Juli 2018 Google Ads genannt), siehe grds. *Ortlepp*, Google AdWords. So war es möglich, dass die Antragsgegnerin einen mit den geschützten Kennzeichen der Antragstellerin identischen oder ähnlichen Suchbegriff im App-Store „belegen“ konnte, um die eigene App zu bewerben, ohne jedoch diesen Suchbegriff in der eigenen Beschreibung der App zu verwenden.

b. Entscheidungsgründe

Das OLG Hamburg¹⁰³⁸ entschied, dass im Wege der einstweiligen Verfügung der Antragsgegnerin untersagt ist, im geschäftlichen Verkehr die in Frage stehenden Begriffe im Apple App-Store dergestalt zu verwenden, dass bei deren Eingabe im Suchfeld des App-Stores die App der Antragsgegnerin in der Reihenfolge vor der App der Antragstellerin angezeigt wird.

Bzüglich des Hauptantrags der Antragstellerin entschied das OLG Hamburg, dass dieser sich darauf richte, es der Antragsgegnerin zu untersagen, überhaupt an irgendeiner Stelle in der Suche des Apple App-Stores nach Eingabe der in Frage stehenden Begriffe aufzutauchen. Diesen Hauptantrag sah das OLG Hamburg sowohl aus Markenrecht, als auch aus Wettbewerbsrecht für unbegründet an. Wie bereits das LG Hamburg ausführte, sind auch nach Ansicht des OLG Hamburg die markenrechtlich geschützten Kennzeichen der Antragstellerin durch die Vorgehensweise der Antragsgegnerin nicht verletzt. Insoweit schloss sich das OLG Hamburg der Argumentation des LG Hamburg an. Auch den wettbewerbsrechtlichen Teil des Hauptantrags sah das OLG Hamburg für unbegründet an. Einen Schutz aufgrund des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes gem. § 4 Nr. 3 lit. a) UWG scheide nach Ansicht des OLG Hamburg aus, weil die Apps der Parteien bereits ihrem optischen Eindruck nach für Nutzer des App-Stores deutlich unterscheidbar sind, sodass es bereits keine Anhaltspunkte für eine Nachahmung durch die Antragsgegnerin gebe und diese von der Antragstellerin nicht dargelegt worden seien. Auch eine irreführende geschäftliche Handlung gem. § 5 Abs. 2 UWG erblickte das OLG Hamburg in der Vorgehensweise der Antragsgegnerin nicht, da die Nutzer des App-Stores beim Auffinden der App der Antragsgegnerin nicht davon ausgehen, dass es sich um ein Angebot der Antragstellerin handelt. Es mangle nach Ansicht des OLG Hamburg insofern an einer Fehlvorstellung des angesprochenen Verkehrskreises. Ansprüche aus dem Schutz vor gezielter Behinderung eines Mitbewerbers kommen laut OLG Hamburg zwar in Betracht, nicht aber in Form des Begehrens nach dem Hauptantrag der Antragstellerin, der sich darauf richte, dass die Antragsgegnerin überhaupt an irgendeiner Stelle im App-Store nach Eingabe der in Frage stehenden Begriffe auftaucht.

Das OLG Hamburg führte aus, dass aus der Tatsache, dass nach Eingabe eines fremden Unternehmenskennzeichens oder einer fremden Marke als

1038 OLG Hamburg GRUR 2014, 490.

Suchbegriff auch die Angebote eines direkten Mitbewerbers erscheinen, keine gezielte Behinderung eines Mitbewerbers erblickt werden könne, da darin allein keine unangemessene Beeinflussung von Nutzern des App-Stores liege.

Den Hilfsantrag der Antragstellerin sah das OLG Hamburg hingegen für zum Teil begründet an. Dieser ist nach Ansicht des OLG Hamburg im Hauptantrag als „Minus“ enthalten und richte sich darauf, es der Antragsgegnerin zu untersagen, zumindest nicht in der Reihenfolge vor der App der Antragstellerin nach Eingabe der in Frage stehenden Begriffe im Suchfeld des Apple App-Stores aufzutauchen. Markenrechtliche Ansprüche bestehen nach Ansicht des OLG Hamburg jedoch auch nach dem Hilfsantrag nicht, da es für die markenrechtliche Betrachtung nicht entscheidend sei, ob die App der Antragsgegnerin überhaupt oder stets vor der App der Antragstellerin im App-Store angezeigt wird. Auch die geltend gemachten Ansprüche aus ergänzendem wettbewerblichen Leistungsschutz und irreführender geschäftlicher Handlung seien nach dem Hilfsantrag unbegründet, da sich aus dem Hilfsbegehren keine andere Beurteilung des Sachverhalts ergibt.

Einzig der Anspruch aus gezielter Behinderung eines Mitbewerbers sah das OLG Hamburg nach dem Hilfsantrag als begründet an. Das OLG Hamburg führte aus, dass eine gezielte Behinderung der Antragstellerin durch die Vorgehensweise der Antragsgegnerin gegeben sei, wenn es dieser gelingt, das Suchergebnis im App-Store dergestalt zu beeinflussen, dass ihre App stets vor der App der Antragstellerin angezeigt wird, sobald die in Frage stehenden Begriffe im Suchfeld eingegeben werden. Dadurch sei es nach Ansicht des OLG Hamburg der Antragstellerin unmöglich gemacht, ihre eigene App den interessierten potenziellen Kunden angemessen sichtbar zu platzieren. Diese Beurteilung ergebe sich insbesondere daraus, dass das OLG Hamburg es für entscheidend ansieht, dass die Suche im App-Store anders verläuft als die Suche bei führenden Suchmaschinenanbietern. Anders als beispielsweise bei Google werde im Apple App-Store nicht deutlich räumlich zwischen bezahlten Suchergebnissen und nicht bezahlten Suchergebnissen unterschieden. Die Kunden des Apple App-Stores rechneten nach Ansicht des OLG Hamburg nicht damit, dass sich die App-Anbieter durch Manipulationen auf den ersten Platz des Suchergebnisses begeben, um beispielsweise einen Konkurrenten dort zu verdrängen. Zwar sei dem OLG Hamburg bewusst, dass sich beispielsweise bei Google Suchergebnisse ergeben, die den Markeninhaber nicht immer an erster Stelle nach Eingabe der Marke als Suchbegriff anzeigen würden, dennoch sei dieses Vorgehen dann wettbewerbswidrig, wenn ein Mitbewerber die Marke

eines Konkurrenten gezielt einsetzt, um stets vor dem eigentlichen Markeninhaber angezeigt zu werden. Diese Beurteilung ergebe sich laut OLG Hamburg insbesondere daraus, dass sich der angesprochene Verkehrskreis im Falle einer Marke als Suchbegriff bereits für einen Anbieter entschieden hat, namentlich für den Markeninhaber, sodass es dem Markeninhaber verunmöglicht wird, sich denjenigen deutlich sichtbar zu präsentieren, die dezidiert nach ihm und seinem Waren- und Dienstleistungsangebot gesucht haben. Diese gezielte Suche der potenziellen Kunden unterlaufe laut OLG Hamburg die Antragsgegnerin, wenn es ihr gelingt, im Suchergebnis nach Eingabe der in Frage stehenden Begriffe, die identisch mit den markenrechtlich geschützten Kennzeichen der Antragstellerin sind, stets vor dieser im App-Store angezeigt zu werden. Dies stelle nach Ansicht des OLG Hamburg ein unangemessenes Einwirken auf die potenziellen Kunden der Antragstellerin dar und ist mithin eine gezielte Behinderung eines Mitbewerbers.

c. Einordnung

Das OLG Hamburg hatte sich in der Entscheidung mit einem Sachverhalt auseinanderzusetzen, der zwar einen Streit um gewisse vordere Trefferlistenpositionen zum Gegenstand hatte, nicht jedoch klassische marktführende Suchmaschinenanbieter und deren Suchergebnisse betraf. Die Parteien stritten um die Positionierung ihrer Apps in einem bekannten App-Store, der den Nutzern ein Suchfeld zwecks Auffindung von bestimmten Apps zur Verfügung stellte, mithin also eine eigene, dem App-Store immanente Suchmaschine anbot. Anders als das vorinstanzliche LG Hamburg arbeitete das OLG Hamburg die Unterschiede zwischen der Suchfunktion in einem App-Store und der klassischen Suchmaschine im Internet heraus und würdigte diese in rechtlicher Hinsicht u.a. beim zugrunde gelegten Verbraucherleitbild.¹⁰³⁹

1039 OLG Hamburg GRUR 2014, 490 (492): „Jedenfalls in den Fällen der hier vorliegenden Art, bei der – anders als z.B. bei der Google-Suche – nicht deutlich räumlich zwischen einem „natürlichen“ Suchergebnis einerseits und bezahlten (AdWord)-Anzeigen unterschieden wird (...) Die angesprochenen Verkehrskreise rechnen indes nicht damit, dass sich Mitbewerber wettbewerbswidrig eine Manipulation des als inhaltliches Suchergebnis ausgehenden Vorgangs „erkaufen“, um auf diese Weise den gesuchten Anbieter gezielt vom ersten Listenplatz zu verdrängen und sich an diese Stelle zu setzen.“ und „Selbst wenn auch in „natürlichen“ Suchergebnissen z.B. der Google-Suche der eigene Sei-

Die lauterkeitsrechtlichen Aspekte des Hauptantrags der Antragstellerin beurteilte das OLG Hamburg im Ergebnis richtig als unbegründet. Die Parteien stritten darüber, ob die Antragsgegnerin mit ihrer App im Suchergebnis des App-Stores nach Eingabe der in Frage stehenden Begriffe überhaupt an irgendeiner Stelle angezeigt werden dürfe, ohne die Antragstellerin damit gezielt gem. § 4 Nr. 4 UWG zu behindern. Zunächst stellte das OLG Hamburg fest, dass eine gezielte Behinderung eines Mitbewerbers in der Vorgehensweise der Antragsgegnerin grundsätzlich in Betracht komme. Jedoch sei dies nach Ansicht des OLG Hamburg im vorliegenden Fall nicht einschlägig, da der Umstand, dass nach Eingabe eines Suchbegriffs, der mit einem Unternehmenskennzeichen oder einer Marke identisch ist ein Mitbewerber, und nicht etwa das Unternehmen selbst oder die Markeninhaberin angezeigt wird, noch keine gezielte Behinderung darstelle. Dies laut OLG Hamburg insbesondere deshalb, weil Mitbewerber grundsätzlich keinen Anspruch auf die Erhaltung eines Kundenstamms haben. Hierbei stützte das OLG Hamburg die eigene Argumentation auf die Entscheidungen, die zu diesem Themenkomplex vom BGH¹⁰⁴⁰ ergangen sind. Im Ergebnis ist diese Argumentation des OLG Hamburg zu begrüßen, deckt den der Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt jedoch nur teilweise ab. Es ist richtig, dass Mitbewerber grundsätzlich keinen Anspruch auf Erhaltung des Kundenstamms haben, im vorliegenden Fall ging es jedoch nicht lediglich um die Erhaltung des Kundenstamms, sondern insbesondere um jene Nutzer des App-Stores, die noch keine Kunden sind, mithin also um den potenziellen Kundenstamm in Form derjenigen, die per Sucheingabe entsprechende Apps im App-Store finden möchten.

Insofern hätte sich das OLG Hamburg die Frage stellen müssen, ob dadurch, dass die Antragsgegnerin überhaupt nach Eingabe der in Frage stehenden Begriffe im Suchfeld des App-Stores mit ihrer App - und zwar mit

tenauftritt des Markeninhabers häufig nicht stets an erster Stelle steht, sondern diese Stellen von Dritten belegt werden, weil diese häufiger frequentiert werden und deshalb in der Relevanz höher eingestuft werden, stellt es sich unverändert als wettbewerbsrechtlich unlauter dar, wenn ein Mitbewerber sich unter Eingabe einer fremden Marke als Schlüsselwort in dem Suchergebnis gezielt vor dem Markeninhaber zu positionieren versucht. Auch wenn der Anbieter wie die Antragstellerin nicht verhindern kann, dass Werbung der Antragsgegnerin generell bewusst in das Umfeld ihrer App geschaltet wird, drängt sich die Antragsgegnerin in unlauterer Weise gezielt zwischen die Antragstellerin und ihre Kunden (...).“

1040 BGH GRUR 2011, 828 Rn. 35 – *Bananabay II*; BGH GRUR 2009, 500 Rn. 23 – *Beta Layout*.

beliebiger Trefferlistenposition – auffindbar ist, die Antragstellerin als Mitbewerberin gezielt behindert wird. Für die Annahme einer Behinderung gem. § 4 Nr. 4 UWG genügt es, dass die in Frage stehende geschäftliche Handlung grundsätzlich für eine Beeinträchtigung wettbewerblicher Entfaltungsmöglichkeiten geeignet ist.¹⁰⁴¹ Dass die App der Antragsgegnerin nach Eingabe bestimmter Begriffe in den Suchergebnissen des App-Stores angezeigt wird, ist bereits durch die darin immanente Konkurrenzsituation geeignet, die Antragstellerin in ihren wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten zu beeinträchtigen. Es kommt also darauf an, ob diese Behinderung auch gezielt gem. § 4 Nr. 4 UWG ist. Denkbar sind stets zwei Formen der gezielten Behinderung: Einerseits kann die Behinderung eines Mitbewerbers einziger Zweck der geschäftlichen Handlung sein, andererseits kann die geschäftliche Handlung dazu führen, dass ein Mitbewerber seine Leistung am Markt sehr stark eingeschränkt oder gar nicht mehr am Markt zur Geltung bringen kann.¹⁰⁴² Es ist nicht davon auszugehen, dass alleiniger Zweck des Einstellens der App der Antragsgegnerin in den App-Store die Beeinträchtigung wettbewerblicher Entfaltungsmöglichkeiten der Antragstellerin war. Die Antragsgegnerin war wie die Antragstellerin in der Partnerschaftsvermittlung im Onlinebereich tätig, sodass die Erstellung und Einstellung von Apps in den marktführenden App-Stores zum gewöhnlichen Unternehmensverhalten der Antragsgegnerin zu zählen ist. Durch das Auftauchen der App der Antragsgegnerin in dem Suchergebnis des App-Stores war die Antragstellerin auch nicht sehr stark eingeschränkt und ebenso wenig gar nicht mehr in der Lage, ihre Leistung am Markt zur Geltung zu bringen, da die Antragstellerin nach wie vor ihre App im App-Store auffindbar platzieren konnte. Insofern behinderte die Antragsgegnerin die Antragstellerin zumindest nicht dadurch gezielt, dass sie überhaupt in den Suchergebnissen des App-Stores mit ihrer App angezeigt wurde. Dem OLG Hamburg ist daher im Ergebnis zuzustimmen.

Die lauterkeitsrechtlichen Aspekte des Hilfsantrags der Antragstellerin befand das OLG Hamburg im Ergebnis für zum Teil begründet. Der Hilfsantrag der Antragstellerin bezog sich darauf, es der Antragsgegnerin zwar nicht zu untersagen, an irgendeiner Stelle, jedoch zumindest nicht in der Reihenfolge vor ihr im Suchergebnis des App-Stores angezeigt zu werden. Lauterkeitsrechtlich stützte die Antragstellerin ihren Unterlassungsanspruch auf den ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutz, auf die Gefahr einer irreführenden geschäftlichen Handlung, sowie hinsichtlich

1041 Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 4 Rn. 4.6.

1042 BGH WRP 2014, 424 Rn. 28 – *wetteronline.de*.

gezielter Behinderung eines Mitbewerbers. Das OLG Hamburg entschied hinsichtlich des ergänzenden wettbewerblichen Leistungsschutzes und der Gefahr einer irreführenden geschäftlichen Handlung, dass die Vorgehensweise der Antragsgegnerin diese Tatbestände aus den gleichen Gründen nicht erfülle, die bereits in den Entscheidungsgründen zum Hauptantrag angeführt wurden. Allerdings sah das OLG Hamburg in der Vorgehensweise der Antragsgegnerin eine gezielte Behinderung eines Mitbewerbers gem. § 4 Nr. 4 UWG, soweit es der Antragsgegnerin gelingt, dass ihre App in der Reihenfolge vor der App der Antragsgegnerin im App-Store angezeigt wird, sobald eine Suche mit den in Frage stehenden Begriffen getätigt wird. Entscheidend für die Annahme einer gezielten Behinderung eines Mitbewerbers gem. § 4 Nr. 4 UWG sei nach Ansicht des OLG Hamburg im vorliegenden Fall die Tatsache, dass die Antragsgegnerin es unternahm, nicht nur irgendwo im Suchergebnis aufzutauchen, sondern stets in der Reihenfolge vor der Antragstellerin. An dieser Stelle sei angemerkt, dass die Antragsgegnerin sich im App-Store die Anzeigemöglichkeit für ihre App kostenpflichtig erwarb, die dann und stets an erster Stelle geschaltet wird, wenn die Nutzer der Suchfunktion des App-Stores einen Begriff eingeben, der identisch mit der Marke und den Unternehmenskennzeichen der Antragstellerin ist – insofern ähnelt der Sachverhalt den Fällen bezüglich der Nutzung fremder Marken bei der Suchmaschinenwerbung wie beispielsweise Google AdWord. Problematisch an der Äußerung des OLG Hamburg ist, dass von einem verlässlichen Gelingen der Beeinflussung des Suchergebnisses ausgegangen wird – bei den üblichen marktführenden Suchmaschinen wäre diese Feststellung nicht ohne Weiteres vorzunehmen.¹⁰⁴³ Allerdings schränkt das OLG Hamburg die eigene Feststellung dahingehend ein, dass es sich im vorliegenden Fall um einen speziellen Sachverhalt handelt, da die Funktionsweise der Suche im App-Store und die Suchergebnisse nicht mit gewöhnlichen Suchmaschinen vergleichbar ist.¹⁰⁴⁴ Diese Ausführungen zum Verständnis des angesprochenen Verkehrskreises sind zwar richtig, jedoch nicht unmittelbar relevant für die Frage nach der Tatbestandserfüllung des § 4 Nr. 4 UWG durch die Vorge-

1043 Hierzu Kapitel 2 A. III. und Kapitel 4 C.

1044 OLG Hamburg GRUR 2014, 490 (492): „Jedenfalls in Fällen der hier vorliegenden Art, bei der – anders als z.B. bei der Google-Suche – nicht deutlich räumlich zwischen einem „natürlichen“ Suchergebnis einerseits und bezahlten (AdWord)-Anzeigen unterschieden wird, haben die angesprochenen Verkehrskreise keine hinreichende Veranlassung zur Annahme, die Reihenfolge des Suchergebnisses sei zumindest ganz wesentlich durch andere als sachlich begründete Umstände beeinflusst.“

hensweise der Antragsgegnerin. Dass die Antragsgegnerin mit ihrer App stets in der Reihenfolge vor der App der Antragstellerin in den Suchergebnissen des App-Stores auftaucht, ist ohne Frage gem. § 4 Nr. 4 UWG eine Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten der Antragstellerin. Es kommt jedoch darauf an, ob diese Behinderung auch gezielt gem. § 4 Nr. 4 UWG ist. Wie bereits hinsichtlich des Hauptantrags ausgeführt, ist nicht davon auszugehen, dass alleiniger Zweck der Antragsgegnerin war, die Antragstellerin zu behindern, sondern viel mehr ihre eigene App bestmöglich in den Suchergebnissen des App-Stores sichtbar zu machen. Fraglich ist daher nur noch, ob es der Antragstellerin durch die Vorgehensweise der Antragsgegnerin unmöglich oder nur noch sehr stark eingeschränkt möglich war, ihre eigene App den Kunden und Interessenten anzubieten. Kernfrage ist also, ob dadurch, dass die Antragsgegnerin stets in der Reihenfolge vor der Antragstellerin mit ihrer App auftauchte, die Antragstellerin die eigenen Kunden oder Interessenten nicht oder fast nicht mehr erreichen konnte. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Antragsgegnerin für die Bewerbung ihrer App im App-Store die Suchbegriffe belegte, die identisch mit den angemeldeten Marken und den Unternehmenskennzeichen der Antragstellerin waren. Das OLG Hamburg führte dazu aus:

„Selbst wenn auch in „natürlichen“ Suchergebnissen z.B. der Google-Suche der eigene Seitenauftritt des Markeninhabers häufig nicht stets an erster Stelle steht, sondern diese Stelle von Drittseiten belegt werden (...) stellt es sich unverändert als wettbewerblich unlauter dar, wenn ein Mitbewerber sich unter Eingabe einer fremden Marke als Schlüsselwort in dem Suchergebnis gezielt vor dem Markeninhaber zu positionieren versucht.“¹⁰⁴⁵

Hier erkennt das OLG Hamburg zwar an, dass es kein wettbewerbliches Recht des Markeninhabers gibt, in Suchergebnissen nach Eingabe der geschützten Kennzeichen als Suchbegriff stets an erster Stelle aufzutauchen, es mithin jedoch unlauter ist, wenn ein Mitbewerber sich der fremden Marken als Schlüsselwort bedient, um in Suchergebnissen möglichst vor dem eigentlichen Markeninhaber aufzutauchen. Das OLG Hamburg geht davon aus, dass Suchende, welche die Marke der Antragstellerin in die Suchfunktion als Suchbegriff eingeben, sich bereits für die Markeninhaber

1045 OLG Hamburg GRUR 2014, 490 (492).

entschieden haben.¹⁰⁴⁶ Hier ist erneut zu berücksichtigen, dass sich der Sachverhalt nicht auf gewöhnliche Suchergebnisse von Suchmaschinen im Internet bezieht, sondern auf die Suchergebnisse in einem App-Store.

Dieser Unterschied ist von großer Bedeutung, um die Begründung des OLG Hamburgs zu verstehen: Wer in einem App-Store als Suchbegriff eine bestimmte Marke eingibt, tut dies in der Regel tatsächlich nur deshalb, um auch das Angebot des Markeninhabers angezeigt zu bekommen. Anders freilich bei der Sucheingabe in gewöhnliche Suchmaschinen wie beispielsweise Google, dort sagt eine Sucheingabe noch nichts über den Zweck der Suchanfrage aus, da es denkbar ist, dass jemand die Marke als Suchbegriff wählt, um sich überhaupt erst einmal zum Waren- und Dienstleistungsangebot des Markeninhabers zu informieren, mithin auch kritische Berichterstattungen von Drittseiten angezeigt bekommen möchte. Die Suchfunktion in einem App-Store dient nicht primär der Informationssammlung, sondern der Möglichkeit, eine App zu downloaden.

Die Argumentation des OLG Hamburg ist daher für den vorliegenden Sachverhalt nachvollziehbar und richtig, kann jedoch nicht auf ähnliche Fälle, die etwa gewöhnliche Suchmaschinen zum Gegenstand haben, übertragen werden. Die Antragsgegnerin drängte sich tatsächlich zwischen die Antragstellerin und die Nutzer der Suchfunktion es App-Stores, welche unter Eingabe der Marke der Antragstellerin tatsächlich überwiegend nur das Angebot der Antragstellerin angezeigt bekommen wollten. Hierdurch ist jedoch die Antragstellerin gem. § 4 Nr. 4 UWG nicht sehr stark darin eingeschränkt, ihr eigene App überhaupt noch sichtbar in den Suchergebnissen des App-Stores unterzubringen – dies bleibt ihr nämlich unbenommen, und sei es lediglich an zweiter Stelle der Reihenfolge des Suchergebnisses. Eine gezielte Behinderung eines Mitbewerbers ist hierin noch nicht zu erblicken. Die gezielte Behinderung eines Mitbewerbers erkannte das OLG Hamburg darin, dass in der Vorgehensweise der Antragsgegnerin eine unangemessene Einwirkung auf die potentiellen Kunden vorliegt, was nach der Rechtsprechung des BGH für die Tatbestandserfüllung gem. §. 4 Nr. 4 UWG ausreicht¹⁰⁴⁷. Die Antragstellerin kann tatsächlich nach wie vor selbst ihre App im App-Store anbieten, sichtbar in die Suchergebnisse

1046 OLG Hamburg GRUR 2014, 490 (492): „(...) Denn insoweit hatte sich der potentielle Kunde durch die Art der Suchanfrage bereits für einen bestimmten Anbieter – nämlich die Antragstellerin – entschieden (...). Diese konkrete Auswahlentscheidung unterläuft die Antragsgegnerin durch die streitgegenständliche Positionierung ihrer App.“

1047 BGH GRUR 2009, 500 Rn. 23 – *Beta Layout*.

bringen und notfalls auch eigene Werbung schalten wie es die Antragsgegnerin tut, ihre potentiellen Kunden hingegen können nicht frei der unangemessenen Einwirkung durch die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin auffinden. Dieser Argumentation und dem Ergebnis ist daher zuzustimmen.

Die Entscheidungsgründe des OLG Hamburg sind jedoch keineswegs auf Fälle übertragbar, die gewöhnliche Suchmaschinen zum Gegenstand haben, da dort von einem verlässlichen Gelingen des Erreichens bestimmter Trefferlistenpositionen nicht ausgegangen werden kann.¹⁰⁴⁸

7. EuGH (2013)

a. Sachverhalt und Verlauf der Rechtsstreitigkeit

Dem Vorabentscheidungsverfahren des EuGH¹⁰⁴⁹ aus dem Jahr 2013 lag ein Rechtsstreit zwischen der belgischen Firma Belgian Electronic Sorting Technology (BEST) und einem ehemaligen Mitarbeiter dieser Firma zugrunde. Der ehemalige Mitarbeiter gründete nach seinem Ausscheiden bei BEST eine eigene Firma mit dem Namen Visys und registrierte eine Domain namens www.bestlasersorter.com, die u.a. geschützte Kennzeichen von BEST enthielt. Visys nutzte diese Domain und verwendete überdies den Domainnamen auch als Meta-Tag im Quellcode der Website. Ein Gerichtsvollzieher stellte fest, dass bei Eingabe des Suchbegriffs "Best Laser Sorter" in die Suchmaschine "www.google.be" diese als zweites Trefferlistenergebnis nach der Website von BEST die Website von Visys anzeigte. Darüber hinaus wurde seitens des Gerichtsvollziehers festgestellt, dass Visys für ihre Websites folgende Meta-Tags verwendete: "Helius sorter", „LS9000“, „Genius sorter“, „Best + Helius“, „Best + Genius“, „Best nv". Hierin sah BEST zunächst ihre markenrechtliche Position verletzt, jedoch entschied das zuständige Gericht, dass dem Handelsnamen „BEST“ die Unterscheidungskraft fehlte und erklärte die Marke „BEST“ für nichtig. BEST konnte sich nunmehr lediglich auf lauterkeitsrechtliche Vorschriften berufen, um Ansprüche gegen Visys bezüglich der Domaineintragung, Domainnutzung und Verwendung der Meta-Tags geltend zu machen. Mit Urteil vom 11.7.2013 beantwortete der EuGH die Vorlagefrage des belgischen Kassationshofs, die sich u.a. darauf bezog, ob die Eintragung und

1048 Hierzu Kapitel 2 A. III. und Kapitel 4 C.

1049 EuGH C-657/11 = GRUR Int. 2013, 937 – *Belgian Electronic Sorting Technology*.

Nutzung eines Domainnamens, sowie die Verwendung von Meta-Tags unter den Begriff der „Werbung“ im Sinne von Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 84/450 und Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2006/114 fallen.

b. Entscheidungsgründe

Der EuGH stellte zunächst fest, dass die bloße Eintragung eines Domain-Namens nicht als Werbung angesehen werden könne – wird lediglich eine Eintragung eines Domain-Namens vorgenommen, sei hiermit noch nicht tatsächlich eine Website genutzt, die dazu dienen könnte, Internetnutzer in irgendeiner Weise auf die Website aufmerksam zu machen. Zwar sei durch die Domaineintragung Mitbewerbern und anderen Marktteilnehmern die Möglichkeit zur Eintragung genommen, hierin allein kann jedoch keine Werbung im Sinne von Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 84/450 und Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2006/114 gesehen werden.

Die Nutzung der Domain hingegen – Visys hielt unter der in Frage stehenden Domain die gleichen Inhalte bereit wie auf weiteren firmeneigenen Domains – erfolgt laut EuGH offensichtlich mit dem Ziel, den Absatz der Waren oder die Erbringung der Dienstleistungen des Inhabers des Domain-Namens zu fördern und sei mithin unter den Begriff der Werbung im Sinne von Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 84/450 und Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2006/114 subsumierbar.

Die Nutzung der in Frage stehenden Meta-Tags sei laut EuGH als Werbung im Sinne von Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 84/450 und Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2006/114 zu verstehen. Für den EuGH stand fest, dass die Recherchen des Gerichtsvollziehers dahingehend, dass nach Eingabe von „Best Laser Sorter“ bei Google auf zweiter Trefferlistenposition die Website von Visys erscheint, unzweifelhaft waren. Laut EuGH möchten Suchmaschinennutzer nach Eingabe von Bezeichnungen hinsichtlich Produkten oder Unternehmen als Suchergebnis Informationen und Angebote nur zu diesen gesuchten Produkten oder Unternehmen vorfinden. Dass nun in der Trefferliste einer Suchmaschine nach einer solchen Eingabe auch Produkte von Mitbewerbern auftauchten, könne den Suchmaschinennutzern suggerieren, dass die vorgefundenen Treffer Alternativen zum eigentlich gesuchten Produkt oder Unternehmen darstellten. Dies umso mehr, wenn sich die Treffer der Mitbewerber in den ersten Suchergebnissen in der Nähe der des eigentlich gesuchten Unternehmens befänden. Suchmaschinennutzern werde bei der Verwendung von Meta-Tags, die Bezeichnungen der Produkte eines Mitbewerbers und dem Handelsnamen des Mitbewerbers

gleichen suggeriert, dass die in den Trefferlisten vorgefundene Website in einem Zusammenhang mit dem eigentlich Gesuchten stünde. Hierdurch sei nach Ansicht des EuGH in der Verwendung solcher Meta-Tags eine Äußerung im Sinne von Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 84/450 und von Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2006/114 zu sehen. Daran ändere auch nichts, dass die Meta-Tags für den Suchmaschinennutzer grundsätzlich unsichtbar sind, da der Begriff der Werbung ausdrücklich jede Form von Kommunikation umfasse. Demnach sei auf die Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 84/450 und Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2006/114 dahin auszulegen ist, dass der Begriff "Werbung" die Nutzung von Meta-Tags in den Metadaten einer Website umfasst.

c. Einordnung

Dass die bloße Eintragung einer Domain keine, hingegen die Verwendung einer Domain sehr wohl Werbung im Sinne von Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 84/450 und Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2006/114 darstellt, überrascht nicht und ist nicht dezidiert suchmaschinenoptimierungsspezifischer Natur, mithin für die vorliegende Untersuchung nicht von gesondertem Belang.

Erkenntnisreich für die vorliegende Untersuchung sind jedoch die Ausführungen des EuGH zu der Verwendung von Meta-Tags an sich und zur Einordnung ebendieser als Werbung. Wie bereits aufgezeigt, können in Meta-Tags grundsätzlich Angaben gem. § 5 Abs. 1 Satz 2 UWG untergebracht werden.¹⁰⁵⁰ Dies auch, obwohl Angaben nur dann vorliegen, wenn der Verkehr sie auch als solche auffasst.¹⁰⁵¹ Da Meta-Tags zu den lediglich mittelbar sichtbaren Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen gehören, ist die Einordnung von Meta-Tags als Angaben nicht unproblematisch.¹⁰⁵² Mangels durchschnittlicher Wahrnehmung könnte grundsätzlich die Position vertreten werden, dass der Verkehr keine Angaben erblicke, da er Meta-Tags nicht einmal wahrnimmt - dass Meta-Tags trotz dieser besonderen Umstände dennoch Angaben gem. § 5 Abs. 1 Satz 2 UWG enthalten können, wurde gezeigt.¹⁰⁵³ Diese Feststellung teilt der EuGH im Ergebnis und im übertragenen Sinn, wenn er urteilt, dass eine Äußerung im Sinne von

1050 Siehe die Ergebnisse aus Kapitel 5 F. III. 1. d. und 2. b.

1051 Hierzu Kapitel 5 F. III. 2. b.

1052 Siehe die Ergebnisse aus Kapitel 5 F. III. 1. d. und 2. b.

1053 Hierzu Kapitel 5 F. III. 2. b.

Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 84/450 und von Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2006/114 in der Verwendung von Meta-Tags zu erblicken ist. Interessant ist hierbei, wie der EuGH diese Einschätzung begründet:

„(...) 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. Hierzu genügt die Feststellung, dass nach den genannten Bestimmungen der Begriff Werbung ausdrücklich jede Form von Kommunikation umfasst, also auch Formen indirekter Kommunikation mit einschließt – erst recht, wenn diese das wirtschaftliche Verhalten der Verbraucher beeinflussen und damit einen Mitbewerber beeinträchtigen können, auf dessen Namen oder Produkte die Metatags anspielen.“¹⁰⁵⁴

Der EuGH stellt darauf ab, dass der Begriff der Werbung jede Form der Kommunikation umfasse. Wenn Meta-Tags aber nicht, wie gezeigt¹⁰⁵⁵, vom Verkehr wahrgenommen werden, existiert auch keine diesbezügliche Kommunikation – auch keine indirekte. Die Begründung des EuGH geht hier daher ins Leere. Überzeugender hingegen die weitere Ausführung des EuGH, dass Verbraucher durch Meta-Tags sehr wohl beeinflusst und Mitbewerber überdies beeinträchtigt werden könnten, was vor dem Hintergrund einer Abwägung aller Schutzzwecke des Lauterkeitsrechts sinnvoll erscheint. Letztlich versteht der EuGH vor dem Hintergrund eines möglichst hohen Schutzniveaus den Begriff der Werbung grundsätzlich sehr weit.

Die im Grunde gleichen, jedoch auf das UWG bezogenen Erwägungen sind in der vorliegenden Untersuchung hinsichtlich der Frage, ob Meta-Tags Angaben gem. § 5 Abs. 1 Satz 2 UWG beinhalten können, angestellt worden.¹⁰⁵⁶ Dem grundsätzlichen Ergebnis des EuGH ist somit zuzustimmen.¹⁰⁵⁷ Hiermit ist seitens des EuGH jedoch nichts darüber ausgesagt, dass Meta-Tags an sich oder die im Urteil zugrunde liegenden Sachverhalt verwendeten Meta-Tags irreführend sind. Die Einschätzung der EuGH bezieht sich lediglich auf die Feststellung, Meta-Tags seien Werbung im Sin-

1054 EuGH C-657/11 = GRUR Int. 2013, 937 Rn. 58 – *Belgian Electronic Sorting Technology*.

1055 Hierzu Kapitel 5 F. III. 2. b.

1056 Hierzu Kapitel 5 F. III. 1. d.

1057 So auch *Müller-Bidinger*, in: Ullmann, jurisPK-UWG, § 6 Rn. 110 und detaillierter *Knaak*, GRUR Int. 2014, 209 ff.

ne von Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 84/450 und Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2006/114.

Bedenklich hingegen sind die Ausführungen des EuGH dahingehend, dass die Intention des Werbetreibenden einen Einfluss darauf haben soll, ob Meta-Tags Werbung darstellen oder nicht. Hierzu sagt der EuGH:

„Es besteht außerdem kein Zweifel, dass eine solche Nutzung von Metatags insofern eine Werbestrategie darstellt, als sie den Internetnutzer dazu bewegen soll, die Website des Nutzers zu besuchen und sich für dessen Produkte oder Dienstleistungen zu interessieren.“

Mit gleicher Argumentation könnten Suchmaschinenoptimierer diese Begründung zurückweisen und darauf verweisen, ihre Intention sei gerade nicht, primär Suchmaschinennutzer anzuvisieren, sondern lediglich bestmögliche Trefferlistenpositionen einzunehmen. Dass die Intention der Werbetreibenden – insbesondere bei Suchmaschinenoptimierung – als lauterkeitsrechtlicher Anknüpfungspunkt problematisch ist, wurde bereits aufgezeigt.¹⁰⁵⁸

Ebenso bedenklich ist die Überzeugung des EuGH, durch Recherche eines Gerichtsvollziehers feststellen zu können, dass nach Eingabe einer Suchanfrage eine Website konkrete Trefferlistenpositionen einnimmt.¹⁰⁵⁹ Zwar kann im Rahmen der Beweisführung vor Gericht sicherlich eine Trefferlistenposition angeführt werden und das Gericht sich davon im Wege freier Beweiswürdigung auch überzeugen lassen, die enormen Zweifel¹⁰⁶⁰ an dieser Vorgehensweise werden jedoch an verschiedenen Stellen der vorliegenden Untersuchung angeführt: Dass Trefferlistenpositionen grundsätzlich nicht objektiv bestimmbar sind, ist eine Grundsatzproblematik der lauterkeitsrechtlichen Betrachtung von Suchmaschinenoptimierung.¹⁰⁶¹

1058 Hierzu Kapitel 5 F. III. 2. a. und IV. 1.

1059 EuGH C-657/11 = GRUR Int. 2013, 937 Rn. 55 – *Belgian Electronic Sorting Technology*: „Was speziell die Nutzung der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Metatags betrifft, steht fest, dass, wenn ein Internetnutzer die Wörter "Best Laser Sorter" in die Suchmaschine "www.google.be" eingab, diese als zweites Suchergebnis nach der Website von BEST auf die Website von Visys verwies.“

1060 Hierzu Kapitel 6 B. IV. 1.

1061 Siehe Kapitel 4. C., zu den diesbezüglichen technischen Hintergründen Kapitel 2 A. III.

II. Erkennbare Tendenzen und kritische Einordnung

Die untersuchten Gerichtsentscheidungen betrafen allesamt Sachverhalte hinsichtlich Suchmaschinenoptimierung und lauterkeitsrechtliche Fragestellungen. Aus und anhand von ihnen können insgesamt zumindest teilweise erkennbare Tendenzen herausgelesen, sowie eine gesamtbetrachternde kritische Einordnung vorgenommen werden.

Hinsichtlich der Sachverhalte, welche den Gerichtsentscheidungen zugrunde lagen, lässt sich zunächst erkennen, dass diese keinesfalls homogene Fallkonstellationen darstellen, sondern es sich vielmehr um jeweils sehr spezielle Einzelfälle handelte. Dies deckt sich mit der bereits vorgetragenen Erkenntnis, dass Suchmaschinenoptimierung an sich bereits ein vielfältiges Phänomen darstellt. Lediglich die speziell mit Suchmaschinenoptimierung zusammenhängenden Umstände können als eindeutige Gemeinsamkeit der untersuchten Gerichtsentscheidungen festgestellt werden. Sowohl die streitenden Parteien divergierten hinsichtlich ihrer Branchenzugehörigkeit, Interessen und Suchmaschinenoptimierungsbezogenheit, als auch die in Frage stehenden Suchmaschinen, Suchfunktionen, Suchergebnisse, sowie die rechtlichen Ansprüche, um die letztlich gestritten wurden. Nichtsdestotrotz lassen sich einerseits Gemeinsamkeiten der Sachverhalte und Rechtstreitigkeiten herausarbeiten, andererseits auch aus den Unterschieden wiederum Erkenntnisse gewinnen, die einer Gesamtbetrachtung suchmaschinenoptimierungsspezifischer und lauterkeitsrechtbezogener Rechtsprechung dienlich ist.

Die Parteien stritten in nahezu¹⁰⁶² allen Fällen zumindest auch über einzelne Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen. Dabei handelte es sich bei den streitgegenständlichen Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen überwiegend¹⁰⁶³ um solche, die seitens der marktführenden Suchmaschinenanbieter als zulässig angesehen werden. Lediglich teilweise war zwischen den Parteien das Innehaben einzelner Trefferlistenpositionen streit-

1062 Eine Ausnahme stellt OLG Hamburg GRUR 2014, 490 dar, da sich die Vorgehensweise der Antragsgegnerin nicht als Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme, sondern als kostenpflichtige Suchmaschinenmarketingmaßnahme im Sinne einer Anzeigenschaltung verstehen lässt, vgl. Kapitel 6 A. I. 6.

1063 Im Fall des OLG Hamm MMR 2010, 36 war u.a. die Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme Hidden-Content streitgegenständlich, welche seitens marktführender Suchmaschinenanbieter als unzulässig eingestuft wird. Im Fall des LG Frankfurt a.M. GRUR-RR 2002, 81 war Index-Spamming streitgegenständlich, was heutzutage erstens nicht mehr dergestalt möglich ist, und zweitens von Suchmaschinenanbietern als unzulässig deklariert wird.

gegenständlich.¹⁰⁶⁴ Innerhalb dieser Fälle war einmal die dezidiert vorderste Trefferlistenposition Anlass zur Rechtstreitigkeit¹⁰⁶⁵, in den übrigen Fällen hingegen stritten die Parteien eher unbestimmt um „die vorderen“ Trefferlistenpositionen¹⁰⁶⁶. In erkennbarer Weise verfügten die Parteien stets über vertieftes Wissen zur Funktionsweise von Suchmaschinen, zur Suchmaschinenoptimierung an sich, sowie zur Auslesung und Beurteilung von Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen direkter Konkurrenten.

Divers sind nicht nur die Sachverhalte, sondern auch die Verfahrens- und Klagearten, die den untersuchten Gerichtsentscheidungen zugrunde lagen: vier Gerichtsentscheidungen ergingen im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes¹⁰⁶⁷, eine Gerichtsentscheidung stellte das Ergebnis einer Feststellungsklage dar¹⁰⁶⁸, eine weitere das Ergebnis einer Unterlassungsklage¹⁰⁶⁹ und schließlich betraf eine Entscheidung durch Vorlage an den EuGH¹⁰⁷⁰ die Auslegung europäischer Richtlinien.

In den Gerichtsentscheidungen lässt sich deutlich beobachten, welche Bedeutung die Berücksichtigung tatsächlich aller Umstände des Einzelfalls in lauterkeitsrechtbezogenen Fallkonstellationen mit Bezug zur Suchmaschinenoptimierung zukommt: In nahezu¹⁰⁷¹ allen untersuchten Gerichtsentscheidungen berücksichtigten die Gerichte umfassend die Umstände des Einzelfalls. Dies mag zwar als Selbstverständlichkeit erscheinen, ist jedoch insbesondere bei Sachverhalten, die Suchmaschinenoptimierung zum Gegenstand haben, von entscheidender Bedeutung¹⁰⁷², da sich die Fälle im Detail durch die technischen Neuerungen und Funktionsweisen von Suchmaschinen, als auch hinsichtlich der durchgeführten Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen oder diesbezügliche Vorgehensweisen der Parteien stark unterscheiden und bereits unwesentlich erscheinende Abweichungen zu entscheidend anderen rechtlichen Beurteilungen führen können. Die vorinstanzlichen Gerichtsentscheidungen zeichneten sich mitunter dadurch aus, dass die Umstände des Einzelfalls nicht oder nicht

1064 Hierzu Kapitel 6 A. I. 4., 5. und 6.

1065 Siehe Kapitel 6 A. I. 6.

1066 Hierzu Kapitel 6 A. I. 1., 4. und 6.

1067 Hierzu Kapitel 6 A. I. 1., 2., 4. und 6.

1068 Hierzu Kapitel 6 A. I. 3.

1069 Siehe Kapitel 6 A. I. 5.

1070 Hierzu Kapitel 6 A. I. 7.

1071 Eine Ausnahme stellt OLG Hamm MMR 2010, 36 dar. Nach hiesiger Auffassung berücksichtigte das OLG Hamm nicht in ausreichender Weise die Umstände des Falls, vgl. Kapitel 6 A. I. 4.

1072 Ebenso *Schirmbacher/Engelbrecht*, CR 2015, 659 (664).

in ausreichendem Maße berücksichtigt wurden¹⁰⁷³, was teilweise zu falschen rechtlichen Beurteilungen führen musste. Die nachinstanzlichen Gerichte holten dies in ihrer Entscheidungsfindung jedoch nach und gelangten dadurch teilweise zu anderen, teilweise zu ausdifferenzierteren Ergebnissen. Es liegt an den Gerichten, die zukünftig mit lauterkeitsrechtbezogenen und speziell mit Suchmaschinenoptimierung zusammenhängenden Rechtsstreitigkeiten konfrontiert werden, weiterhin das Bewusstsein für die Umstände des Einzelfalls zu schärfen und diese umfassend zu berücksichtigen. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass jedes einst erworbene Wissen um Suchmaschinen, Trefferlisten und das Suchverhalten von Suchmaschinennutzern binnen kürzester Zeit nicht mehr aktuell sein kann, mithin sich allumfassende Kenntnisse diesbezüglich seitens der Gerichte nicht einmal zum Zeitpunkt einer Entscheidung aufbauen lassen.¹⁰⁷⁴

Der Themenbereich Suchmaschinenoptimierung als geschäftliche Handlung gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG trat in drei Gerichtsentscheidungen in Erscheinung, wobei in einem Fall der Anknüpfungspunkt für die lauterkeitsrechtliche Überprüfung nach hiesiger Ansicht falsch gewählt wurde¹⁰⁷⁵, in den übrigen zwei Fällen¹⁰⁷⁶ hingegen richtigerweise nicht an einen etwaigen Erfolg einer Suchmaschinenoptimierung¹⁰⁷⁷, sondern an die Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme als geschäftliche Handlung in der rechtlichen Beurteilung angeknüpft wurde.

Der Themenbereich Suchmaschinenoptimierung und Mitbewerbereigenschaft gem. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG trat in einer Gerichtsentscheidung zutage.¹⁰⁷⁸ Das mögliche Vorliegen eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses aufgrund Suchmaschinenoptimierung mit gleicher Zielrichtung¹⁰⁷⁹ wurde in einem Fall vom Gericht übersehen.¹⁰⁸⁰

1073 Siehe Kapitel 6 A. I. 2. c., 5. c. und 6. c.

1074 Zukünftig wird sich höchstwahrscheinlich einerseits nichts an dem Umstand ändern, dass marktführende Suchmaschinen ihre Algorithmen nicht offenlegen, andererseits ist davon auszugehen, dass die Problematik hinsichtlich der fehlenden Möglichkeit, objektive Trefferlistenpositionen zu ermitteln (vgl. Kapitel 4 C.), weiterhin bestehen bleibt.

1075 Siehe Kapitel 6 A. I. 5. c.

1076 Hierzu Kapitel 6 A. I. 2. c. und 4. c.

1077 Hierzu Kapitel 5 A. I.

1078 Hierzu Kapitel 6 A. I. 4.

1079 Hierzu Kapitel 5 B. III. 4. b.

1080 Siehe Kapitel 6 A. I. 4. c.

Der Themenbereich Suchmaschinenoptimierung und gezielte Behinderung eines Mitbewerbers gem. § 4 Nr. 4 UWG tangierte nahezu¹⁰⁸¹ alle untersuchten Gerichtsentscheidungen. In drei Gerichtsentscheidungen wurden die in Frage stehenden Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen nicht als gezielte Behinderung eines Mitbewerbers bewertet, was nach hiesiger Auffassung bestätigt werden konnte.¹⁰⁸² In zwei Fällen wertete das Gericht die streitgegenständliche geschäftliche Handlung als gezielte Behinderung eines Mitbewerbers, nach hiesiger Auffassung konnte dem zugestimmt werden.¹⁰⁸³ Lediglich ein Gericht entschied, dass die in Frage stehende Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme eine gezielte Behinderung eines Mitbewerbers ist, ohne dass dem nach hiesiger Auffassung zugestimmt werden konnte.¹⁰⁸⁴

Der Themenbereich Suchmaschinenoptimierung und irreführende geschäftliche Handlung gem. § 5 Abs. 1 UWG betraf vier Gerichtsentscheidungen.¹⁰⁸⁵ In allen vier Fällen lehnten die Gerichte in Übereinstimmung mit hiesigen Ergebnissen die Irreführungsgefahr durch die in Frage stehende Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme ab. Die diesbezügliche Tatbestandserfüllung scheiterte mitunter daran, dass sich der angesprochene Verkehrskreis keine durch eine Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme erzeugte Fehlvorstellung gebildet hat.

Der Themenbereich Suchmaschinenoptimierung und Verbraucherleitbild zeigte sich in drei Gerichtsentscheidungen relevant.¹⁰⁸⁶ Die Gerichte mussten stets für den konkreten Einzelfall ermitteln, welches Verständnis der angesprochene Verkehrskreis bezüglich Suchmaschinen, Trefferlistenpositionen und Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen aufweist. In allen drei Fällen überzeugten die Gerichte mit ihrer sachverhalts- und realitätsnahen Argumentation hinsichtlich des Verständnisses des angesprochenen Verkehrskreises und des zugrunde gelegten Verbraucherleitbilds.

Die Gerichte laufen jedoch teilweise Gefahr, ihre rechtlichen Würdigungen von den Entscheidungen und Handlungen marktführender Suchmaschinenanbieter abhängig werden zu lassen¹⁰⁸⁷, vermutlich ohne sich des-

1081 Nur bei EuGH C-657/11 = GRUR Int. 2013, 937 – *Belgian Electronic Sorting Technology* und OLG Hamm GRUR-RR 2007, 282 war die gezielte Behinderung eines Mitbewerbers keine streitgegenständliche Frage.

1082 Siehe Kapitel 6 A. I. 2. c. und 5. c.

1083 Siehe Kapitel 6 A. I. 1. c. und 6. c.

1084 Hierzu Kapitel 6 A. I. 4. c.

1085 Hierzu Kapitel 6 A. I. 2. und 5. bis 7.

1086 Siehe Kapitel 6 A. I. 2., 5. und 6.

1087 Siehe Kapitel 6 A. I. 2., 3. und 4.

sen bewusst zu sein. Hier scheint eine taugliche Abgrenzung zwischen dem Erfolg und der Durchführung von Suchmaschinenoptimierung den Gerichten nicht klar zu sein.¹⁰⁸⁸

Vor einer Übertragbarkeit der lauterkeitsrechtlichen Beurteilungen auf andere, ähnliche oder ähnlich wirkende Sachverhalte ist deutlich zu warnen, da sich die jeweiligen Entscheidungsgründe sehr dicht an den Umständen des jeweiligen Einzelfalls bewegten, sodass bereits kleinste Sachverhaltsdivergenzen eine mögliche Übertragbarkeit gefährden. Dies liegt nicht zuletzt an dem Umstand, dass Sachverhalte, die Suchmaschinenoptimierung zum Gegenstand haben, dem enormen Tempo technischer Veränderungen hinsichtlich Suchmaschinen und Suchergebnisse, aber auch bezüglich des Nutzerverhaltens und des Verständnisses von Suchmaschinennutzern unterliegen. So mannigfaltig die Möglichkeiten der Suchmaschinenoptimierung sind, so heterogen sind auch die Sachverhalte, welche zu Rechtsstreitigkeiten vor Gerichten führen.

Deutlich kritikfähig ist die Annahme einiger Gerichte, Trefferlistenpositionen objektiv bestimmen oder zumindest von einer solchen Bestimmbarkeit in den Entscheidungsgründen ausgehen zu können.¹⁰⁸⁹ Hierbei sind die bereits früh in der vorliegenden Untersuchung angesprochenen Grundsatzfragen einer lauterkeitsrechtlichen Betrachtung nicht erkannt worden.¹⁰⁹⁰ Die tatsächliche Unmöglichkeit der Bestimmung objektiver Trefferlisten, sowie die Gefahren für die rechtlichen Beurteilungen sind bereits untersucht worden.¹⁰⁹¹ Es ist daran zu erinnern, dass dies weder eine lauterkeitsrechtliche Detailfrage, noch eine sachverhaltsbezogene Kleinigkeit darstellt, sondern mit der falschen Annahme objektiv bestimmbarer Trefferlistenpositionen bereits die Grundlage einer jeden diesbezüglichen Gerichtsentscheidung fehlt. Prozessual kann zwar im Wege der Beweisführung und im Wege freier, richterlicher Überzeugungsbildung eine Tatsachenbehauptung hinsichtlich erreichter Trefferlistenpositionen bewiesen werden¹⁰⁹², allerdings darf dabei nicht verkannt werden, wie realitätsfern ein solcher Beweis mitunter ausfallen kann.¹⁰⁹³ Zwar ist der Richter frei in der Überzeugungsbildung, er muss mithin jedoch die vorherrschenden Be-

1088 Hierzu Kapitel 5 A. I.

1089 Hierzu Kapitel 6 A. I. 3., 5. und 7.

1090 Hierzu Kapitel 4 B. und C.

1091 Hierzu Kapitel 4 C und zu den technischen Hintergründen Kapitel 2 A. III.

1092 Hierzu Kapitel 6 B. III. 1. und IV. 1.

1093 Ähnlich kritisch hinsichtlich des Umgangs der Rechtsprechung mit Trefferlistenpositionen *Schubert*, Verbraucherleitbild im Internet, S. 98: „Eine „Momentaufnahme“ ist kaum zur Entscheidungsfindung geeignet.“

gebenheiten des Einzelfalls berücksichtigen, wozu bei Fallkonstellationen mit Bezug zur Suchmaschinenoptimierung jedenfalls der Umstand gehört, dass Trefferlistenpositionen zumindest objektiv nicht ermittelbar sind.¹⁰⁹⁴ Auffällig ist, dass dieser Umstand anscheinend nicht einmal bei den streitenden Parteien Anstoß genommen hat. Es zeigt sich hierbei, dass weder die Gerichte, noch die streitenden Parteien über ausreichend vertiefte Kenntnisse zur Funktionsweise von aktuell marktführenden Suchmaschinen verfügen. Für die Erfüllung vieler lauterkeitsrechtlichen Tatbestände wäre es nicht einmal notwendig, eine Trefferlistenposition exakt bestimmen zu können, da bereits die Geeignetheit zur Tatbestandserfüllung ausreicht, sodass es nicht darauf ankäme, ob eine Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme tatsächlich zu diesem oder jenem Suchergebnis geführt hat, sondern es genügen würde, dass die Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme grundsätzlich dazu geeignet ist, eine Veränderung in den Suchergebnissen herbeizuführen.

In gleicher Weise zu kritisieren ist die Vorgehensweise einiger Gerichte hinsichtlich der Annahme von angeblichen Kausalketten, die Ursache und Wirkung von Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen auf Suchergebnisse marktführender Suchmaschinen abzubilden meinen. Teilweise gehen die Gerichte davon aus feststellen zu können, welche Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme zu exakt welchem Ergebnis in den Trefferlistenpositionen von Suchmaschinen geführt hat.¹⁰⁹⁵ Diese Kausalketten könnten jedoch technisch nur die Suchmaschinenanbieter hervorbringen. Eine Auseinandersetzung mit den Grundsatzfragen der lauterkeitsrechtlichen Betrachtung von Suchmaschinenoptimierung hinsichtlich der Unbekanntheit des Algorithmus von Suchmaschinen fand nicht statt.¹⁰⁹⁶ Auffällig ist auch hier, dass anscheinend sogar die streitenden Parteien keinen Anlass sahen, diesen Umstand zu thematisieren. Lauterkeitsrechtlich ist die Nachvollziehbarkeit solcher Kausalketten oft nicht notwendig, da bereits die Geeignetheit einer Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme, die Suchergebnisse zu beeinflussen mitunter ausreicht, um gewisse Tatbestände zu erfüllen.¹⁰⁹⁷

1094 Hierzu Kapitel 6 B. IV. 1.

1095 Hierzu Kapitel 6 A. I. 3. c. und 4. c.

1096 Siehe Kapitel 4 B.

1097 Siehe Kapitel 4 B.

B. Beweisführung in suchmaschinenoptimierungsspezifischen Gerichtsverfahren

Bereits die Betrachtung der Suchmaschinenoptimierung hinsichtlich lauterkeitsrechtlicher Tatbestände an verschiedenen Stellen offenbarte, dass die Grundsatzfragen¹⁰⁹⁸ einer lauterkeitsrechtlichen Betrachtung Relevanz entfalten. Viel mehr Bedeutung könnte diesen Grundsatzfragen jedoch in prozessualer Hinsicht zukommen. Letztlich sind die Umstände, dass einerseits Trefferlistenpositionen objektiv nicht ermittelbar sind, der Algorithmus von Suchmaschinen unbekannt ist und Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen zumindest teilweise verborgen stattfinden noch vor ihrer lauterkeitsrechtlichen Implikation ein Problem bloßer Sachverhaltsermittlung. Im Folgenden soll grundsätzlich die Beweisführung in Gerichtsverfahren, die Suchmaschinenoptimierung zum Gegenstand haben, unter Berücksichtigung der bereits aufgezeigten Grundsatzfragen betrachtet werden.

Hierfür werden die bei Fallkonstellationen mit einem Bezug zur Suchmaschinenoptimierung vor Zivilgerichten einschlägigen streitigen Tatsachen aufgezeigt (I.), eine kurze Auseinandersetzung mit etwaig offenkundigen Tatsachen angestellt (II.), sowie die Beweismittel (III.) und Beweiswürdigung (IV.) hinsichtlich streitiger Tatsachen bezüglich Suchmaschinenoptimierung untersucht. Anschließend wird ein Fazit gezogen (V.).

I. Streitige Tatsachen bei suchmaschinenoptimierungsspezifischen Fallkonstellationen

Für die vorliegende Frage nach den Umständen und Schwierigkeiten einer Beweisführung bei suchmaschinenoptimierungsspezifischen Fallkonstellationen vor einem Zivilgericht sind lediglich streitige¹⁰⁹⁹ Tatsachenbehauptungen relevant. Fraglich ist, welche Tatsachenbehauptungen hinsichtlich Fallkonstellationen, die Suchmaschinenoptimierung zum Gegenstand haben, strittig sein können.

Unabhängig davon, dass eine abschließende Aufzählung möglicher strittiger Tatsachenbehauptungen vor Zivilgerichten grundsätzlich nicht durchführbar ist, lässt sich hinsichtlich Fallkonstellationen mit Bezug zur

1098 Hierzu Kapitel 4 B. bis D.

1099 Zugestandene Tatsachen sind gem. § 288 Abs. 1 ZPO nicht beweisbedürftig, ebenso nicht bestrittene gem. § 138 Abs. 3 ZPO, offenkundige gem. § 291 ZPO oder gesetzlich vermutete gem. § 292 ZPO.

Suchmaschinenoptimierung zumindest eine grobe Einteilung von Kategorien strittiger Tatsachen vornehmen. Fallkonstellationen mit Bezug zur Suchmaschinenoptimierung zeichnen sich dadurch aus, dass sie rechtliche Streitigkeiten hinsichtlich Trefferlistenpositionen, einzelner Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen und der Kausalität zwischen Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme und Trefferlistenposition zum Gegenstand haben. Insofern können auch die streitigen Tatsachenbehauptungen hinsichtlich jener Zivilprozesse in eben diese drei Kategorien eingeteilt werden: Streit über eine behauptete Trefferlistenposition, über eine in Frage stehende Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme, sowie über die Kausalität zwischen einer Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme und einer Trefferlistenposition als Tatsache.

Beispielsweise könnte es zwischen Parteien streitig sein, ob eine der Parteien tatsächlich die behauptete Trefferlistenposition innehat. Eine Partei könnte anführen, die gegnerische Partei sei auf der vordersten Trefferlistenposition bei Google hinsichtlich einer bestimmten Suchanfrage, wohingegen die gegnerische Partei den Standpunkt vertreten könnte, sie sei mit ihrem Content-Angebot lediglich im Bereich der vordersten Trefferlistenpositionen, oder gar nicht auf Seite 1 auffindbar.

Auch könnte eine Partei anführen, die gegnerische Partei habe sich Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen wie etwa Linkbuilding entgegen der Regelungen der Guidelines marktführender Suchmaschinenanbieter oder simuliertem Nutzerverhalten¹¹⁰⁰ bedient, wohingegen ebendiese gegnerische Partei erwidern könnte, dass dies nicht der Fall sei, da sie entweder gar nicht oder nicht in dieser Form die behaupteten Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen vornahm. Jede Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme kann in dieser Art und Weise grundsätzlich Anlass von Streitigkeiten über Tatsachenbehauptungen zwischen Parteien werden.

Schließlich könnte hinsichtlich der Kausalität zwischen Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme und Trefferlistenpositionen streitig sein, ob eine der Parteien durch die Vornahme einer bestimmten Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme die Trefferlistenposition, bzw. das Ranking des Content-Angebots der anderen Partei beeinträchtigt. Unzählige weitere Konstellationen hinsichtlich der Kausalität sind denkbar, insbesondere bei der Berücksichtigung weiterer marktführender Suchmaschinen, die letztlich

1100 *Gaulke*, Suchmaschinenkompetenz, S. 58 und *Wiedmaier*, Suchmaschinenoptimierung, S. 42 bezeichnen dies als „Klickbetrug“. Siehe auch *Schulz*, Einsatz von Suchmaschinenmarketing, S. 49 f.

unterschiedliche Algorithmen nutzen und über die in der Regel weniger bekannt ist als über den derzeitigen Marktführer Google.

Diese Beispiele bieten lediglich einen Zugang zu der Art möglicher streitiger Tatsachenbehauptungen. Hierbei ist noch keine Aussage darüber getroffen, welche Möglichkeiten des Beweises hinsichtlich dieser Tatsachenbehauptungen einschlägig sind, und wie diese Beweise seitens der Gerichte im konkreten Einzelfall zu würdigen sind.¹¹⁰¹

Insgesamt ist bei Fallkonstellationen, die Suchmaschinenoptimierung zum Gegenstand haben, vor Zivilgerichten zwischen Parteien in der Regel Streit hinsichtlich einer Trefferlistenposition, hinsichtlich einer Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme, oder hinsichtlich der Kausalität zwischen ebendiesen als Tatsachenbehauptung denkbar.

II. Offenkundige Tatsachen gem. § 291 ZPO

Nicht beweisbedürftig sind gem. § 291 ZPO offenkundige Tatsachen. Fraglich ist, ob und wenn ja, welche Tatsachen bei Fallkonstellationen mit Bezug zur Suchmaschinenoptimierung vor Zivilgerichten als offenkundig angesehen werden können.

Tatsachen gelten als offenkundig, wenn sie für eine größere Personenanzahl bekannt oder für diese ohne Weiteres zuverlässig wahrnehmbar sind.¹¹⁰² Ein Gericht darf sich von offenkundigen Tatsachen durch eigene Beobachtung Kenntnis ermöglichen.¹¹⁰³ Hierbei sind grundsätzlich alle gängigen Informationsquellen wie beispielsweise die mediale Berichterstattung oder das Internet zwecks Recherche zulässig.¹¹⁰⁴ Wie bereits aufgezeigt¹¹⁰⁵, streiten Parteien in suchmaschinenoptimierungsspezifischen Fallkonstellationen vor Zivilgerichten in der Regel über Trefferlistenpositionen, über Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen oder über die Kausalität zwischen Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen und Trefferlisten-

1101 Dazu sogleich Kapitel 6 B. III. und IV.

1102 *Saenger*, in: *Saenger, Hk-ZPO*, § 291 Rn. 2 ff.; *Reichold*, in: *Thomas/Putzo*, § 291 Rn. 1.

1103 BGH NJW 2007, 3211; *Huber*, in: *Musielak/Voit*, § 291 Rn. 2.

1104 Hierzu konkret und kritisch *Bachmeier*, DAR 2012, 557 (559). Grundsätzlicher *Greger*, in: FS Stürner, Bd. 1, S. 289 ff. mit dem treffenden Titel: „Der surfende Richter – Sachverhaltsaufklärung per Internet“. Siehe auch *Windau*, NJOZ 2018, 761.

1105 Hierzu Kapitel 6 B. I.

positionen. Diese Tatsachen könnten dem Gericht grundsätzlich gem. § 291 ZPO offenkundig sein.

Allerdings sind weder Trefferlistenpositionen, noch die durch eine Partei vorgenommenen Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen, und erst recht nicht die Kausalität zwischen beiden als einer größeren Personenanzahl bekannt zu verstehen.

Bereits aufgrund der Tatsache, dass sich Trefferlistenpositionen grundsätzlich einerseits aus dem durch die Suchmaschine verwendeten unbekannten Algorithmus, und andererseits aus dem Nutzerverhalten und Endgerät sowie weiterer nutzerabhängiger Faktoren zusammensetzen, ist erkennbar, dass eine Trefferlistenposition nicht als allgemein bekannt angesehen werden kann. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass eine objektive Feststellung von Trefferlistenpositionen grundsätzlich nicht möglich ist.¹¹⁰⁶ Selbst wenn einer größeren Personenanzahl eine streitige Trefferlistenposition bekannt wäre, könnte sich die Trefferlistenposition aufgrund der genannten Faktoren, aus denen sie sich zusammensetzt, zum Zeitpunkt und während der Verhandlung verändern.

Hinsichtlich der durch eine Partei vorgenommenen Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen ist festzustellen, dass keiner größeren Personenanzahl bekannt ist, wer welche Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen im Internet durchführt. Suchmaschinenoptimierung an sich ist bereits kein allgemein bekanntes Thema, insbesondere nicht die im konkreten Einzelfall durch einen Content-Anbieter vorgenommenen Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen.

Gleiches gilt für eine etwaig streitige Kausalität zwischen vorgenommener Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme und dadurch beeinflusster Trefferlistenposition. Insbesondere zur Kausalität ist allgemein am wenigsten Wissen verbreitet, da die exakten Funktionsweisen der Algorithmen marktführender Suchmaschinenanbieter nicht offengelegt sind.¹¹⁰⁷

Eine Tatsache kann gem. § 291 ZPO jedoch auch offenkundig sein, weil sie von einer größeren Personenanzahl ohne Weiteres zuverlässig wahrnehmbar ist.¹¹⁰⁸ Zunächst ist festzuhalten, dass die Kausalität zwischen einer Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme und einer etwaigen Trefferlistenposition für eine größere Anzahl von Personen nicht ohne Weiteres

1106 Siehe Kapitel 4 C. und Kapitel 2 A. III.

1107 *Hübener*, Suchmaschinenoptimierung kompakt, S. 13; *Wiedmaier*, Suchmaschinenoptimierung, S. 42.

1108 *Laumen*, in: Prütting/Gehrlein, § 291 Rn. 2; *Bacher*, in: BeckOK ZPO, § 291 Rn. 4.

zuverlässig wahrnehmbar ist. Hierfür bedürfte es mehr als lediglich Grundwissen zum Thema Suchmaschinen und Suchmaschinenoptimierung, überdies gelingt eine Feststellung von diesbezüglichen Kausalitäten selbst erfahrenen Suchmaschinenoptimierern nicht zuverlässig.¹¹⁰⁹ Die Kausalität kann insbesondere nicht ohne Weiteres - etwa durch ein Aufrufen des Content-Angebots oder dem Tätigen einer Suchanfrage – wahrgenommen werden, sondern bedürfte tiefergehender Recherche. Selbst nach tiefergehender Recherche sind hinsichtlich der Zuverlässigkeit einer solchen Feststellung erhebliche Zweifel angezeigt.¹¹¹⁰ Insofern gehört der Zusammenhang zwischen Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme und Trefferlistenposition nicht zu den offenkundigen Tatsachen gem. § 291 ZPO, da er weder ohne Weiteres, noch zuverlässig wahrnehmbar ist.

Ohne Weiteres zuverlässig wahrnehmbar könnten hingegen einzelne Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen sein. Die unmittelbar sichtbaren Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen können durch Aufrufen des in Frage stehenden Content-Angebots zumindest zuverlässig wahrgenommen werden. Beispielsweise kann eine keywordoptimierte Produktbeschreibung in einem Onlineshop, oder eine suchmaschinenoptimierte URL-Struktur durch Besuch der einschlägigen Website zuverlässig angeschaut werden. Allerdings ist dieses Wahrnehmen kein Wahrnehmen ohne Weiteres gem. § 291 ZPO, da hierfür bereits Vorwissen hinsichtlich Suchmaschinenoptimierung vorhanden sein muss, welches bei einer größeren Anzahl von Personen keinesfalls vorausgesetzt werden kann. Ohne Weiteres wahrnehmbar sind die unmittelbar sichtbaren Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen daher nicht.

Die lediglich mittelbar sichtbaren¹¹¹¹ Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen sind teilweise bereits nicht zuverlässig wahrnehmbar. Beispielsweise ist das Linkbuilding im Hintergrund für Außenstehende nicht zuverlässig einsehbar. Auch „negative SEO“¹¹¹² oder simuliertes Nutzerverhalten¹¹¹³ ist von außen keinesfalls zuverlässig feststellbar. Anders hingegen etwaig eingesetzte Meta-Tags oder Dateiattribute, die sich zuverlässig durch das Anzeigen des Quelltexts wahrnehmen lassen. In den Fällen, in denen zumindest zuverlässige Wahrnehmung möglich ist, kann jedoch

1109 Siehe Kapitel 2 E. und Kapitel 4 B.

1110 Hierzu Kapitel 2 A. III. und Kapitel 4 B.

1111 Siehe Kapitel 4 D.

1112 *Erlhofer*, Suchmaschinen-Optimierung, S. 840.

1113 *Gaulke*, Suchmaschinenkompetenz, S. 58 und *Wiedmaier*, Suchmaschinenoptimierung, S. 42 bezeichnen dies als „Klickbetrug“. Siehe auch *Schulz*, Einsatz von Suchmaschinenmarketing, S. 49 f.

nicht von einer Wahrnehmung ohne Weiteres ausgegangen werden. Für die zuverlässige Wahrnehmung lediglich mittelbar sichtbarer Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen ist nicht nur Vorwissen hinsichtlich Suchmaschinen und Suchmaschinenoptimierung nötig, sondern zusätzliches Vorwissen hinsichtlich des Einsatzes von Browserfunktionen¹¹¹⁴. Dieses Vorwissen ist bei einer größeren Personenanzahl nicht vorhanden. Insofern ist bei lediglich mittelbar sichtbaren Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen noch stärker als bei unmittelbar sichtbaren davon auszugehen, dass diese nicht ohne Weiteres zuverlässig wahrnehmbar sind.

Insgesamt gilt für Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen daher, dass diese in der Regel keine offenkundigen Tatsachen gem. § 291 ZPO darstellen können, da sie nicht ohne Weiteres zuverlässig seitens einer größeren Anzahl von Personen wahrgenommen werden können.

Trefferlistenpositionen als streitige Tatsachen könnten sich grundsätzlich über eine einfache Suchanfrage wahrnehmen lassen, die jeder durchschnittliche Internetnutzer ohne Weiteres vornehmen kann. Hierfür wird lediglich der in Frage stehende Suchbegriff bei einer der marktführenden Suchmaschinenanbieter eingegeben und sodann überprüft, auf welcher Trefferlistenposition das strittige Content-Angebot platziert wird. Insofern könnte angenommen werden, Trefferlistenpositionen seien eine offenkundige Tatsache gem. § 291 ZPO dahingehend, dass sie für eine größere Anzahl von Personen ohne Weiteres wahrnehmbar sind. Allerdings sind hinsichtlich der Zuverlässigkeit dieser Wahrnehmung erhebliche Zweifel angezeigt. Trefferlistenpositionen sind stets abhängig von einer Vielzahl an Faktoren, wie beispielsweise dem Algorithmus der in Frage stehenden Suchmaschine, aber auch nutzerabhängige Faktoren wie IP-Adresse, verwendetes Endgerät, vorheriges Such- und Klickverhalten des Nutzers, sowie etwaiges Angemeldetsein im Account einer Suchmaschine. Es wurde bereits aufgezeigt, dass Trefferlistenpositionen deswegen nie in objektiver Form vorliegen, sondern stets nur eine Momentaufnahme eines gewissen Nutzers darstellen, die bereits bei kleinsten Abweichungen der Faktoren nicht mehr repräsentativ ist.¹¹¹⁵ Insofern ist es einer größeren Anzahl von Personen zwar möglich, eine Trefferlistenposition ohne Weiteres wahrzunehmen, nicht jedoch eine objektive Trefferlistenposition. Trefferlistenpositionen können daher nicht als offenkundige Tatsachen gem. § 291 ZPO angesehen werden, da sie zwar ohne Weiteres, nicht jedoch in zuverlässiger Weise wahrnehmbar sind.

1114 Nämlich das Aufrufen des Quellcodes einer Website.

1115 Hierzu Kapitel 2 A. III. und insbesondere Kapitel 4 C.

Wie sorglos deutsche Zivilgerichte mitunter diese Umstände verkennen, zeigt ein Beschluss des LG Wuppertal.¹¹¹⁶ Die Parteien stritten darum, ob der Branchenbucheintrag der Klägerin, den diese für die Beklagte vorgenommen hat, wertlos oder wertvoll sei. Um dies zu beurteilen, sah sich das LG Wuppertal gefordert, eine eigene Recherche¹¹¹⁷ bei Google und weiteren Suchmaschinen anzustellen. Hierbei stellte die Kammer fest, dass der in Frage stehende Branchenbucheintrag als Content-Angebot nicht auf den ersten 5 Trefferlistenseiten der marktführenden Suchmaschinen aufzufinden sei.¹¹¹⁸ Was auf den ersten Blick einleuchten mag, ist auf den zweiten Blick vor dem Hintergrund obiger Ausführungen nicht haltbar. Das LG Wuppertal verkennet, dass eine eigene Recherche bei Google und weiteren marktführenden Suchmaschinen höchst abhängig von sehr vielen Faktoren ist: dem am Tag der Internetrecherche einschlägigen, unbekannten Algorithmus der Suchmaschinen, der verwendeten IP-Adresse des Computers der Kammer, dem verwendeten Endgerät, dem vorherigem Nutzerverhalten der Kammer hinsichtlich der Suchmaschinen, etwaige zugelassene Cookies oder das Angemeldetsein in Accounts bei Suchmaschinenanbietern. Eine Internetrecherche wenige Minuten zuvor oder danach hätte womöglich ein gänzlich anderes Ergebnis hervorgebracht, ebenso eine Internetrecherche von einem anderen Endgerät oder einer anderen IP-Adresse aus. Insbesondere das mehrmalige Suchen nach einem Begriff oder ähnlichem Begriff führt mitunter seitens der Suchmaschinen dazu, dass die im Laufe der Suchanfragen angezeigten Ergebnisse von den ersten Suchanfragen beeinflusst werden.¹¹¹⁹ Die Kammer hat zwar richtigerweise erkannt, dass eine Trefferlistenposition ohne Weiteres wahrnehmbar ist - nament-

1116 LG Wuppertal, Beschluss vom 5.6.2014 - Az. 9 S 40/14.

1117 Hierzu grundsätzlich Greger, in: FS Stürner, Bd. 1 S. 289 ff. mit dem treffenden Titel: „Der surfende Richter – Sachverhaltsaufklärung per Internet“ sowie Bachmeier, DAR 2012, 557. Siehe auch Windau, NJOZ 2018, 761.

1118 LG Wuppertal, Beschluss vom 5.6.2014 - Az. 9 S 40/14: „Ein objektiv auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung liegt vor. Der Leistung der Beklagten in Form einer jährlichen Zahlung von 910,00 € netto steht als Gegenleistung ihr Eintrag in das Internet-Branchenverzeichnis "www.Branche100.eu" gegenüber. Letztere Gegenleistung ist jedoch quasi wertlos. Eine Internet-Recherche der Kammer vom heutigen Tage hat ergeben, dass das Verzeichnis "www.Branche100.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.“

1119 Wird beispielsweise - zugelassene Cookies vorausgesetzt – zunächst „Rechtsanwalt Berlin“ bei Google eingegeben, und sodann „Blumenverkäufer“, besteht

lich durch einfache Suchanfrage - zeitgleich jedoch verkannt, dass diese Wahrnehmung in keiner Weise zuverlässig ist. Gegen die Art und Weise der Vornahme einer solchen simplen Internetrecherche durch eine Kammer ist grundsätzlich nichts einzuwenden, jedoch gegen die daraus gezogenen Schlüsse für den konkreten Einzelfall. Hier hätte das LG Wuppertal entweder von einer solchen Internetrecherche absehen müssen, oder zumindest nicht von den augenscheinlichen Ergebnissen derart überzeugt zeigen sollen. Dieser Fehleinschätzung des LG Wuppertals liegt die mangelnde Erkenntnis der Tatsache zugrunde, dass Trefferlistenpositionen grundsätzlich nicht objektiv ermittelbar sind.¹¹²⁰ Der Vorgehensweise des LG Wuppertals ist jedoch zugute zu halten, dass zumindest nicht nur die marktführende Suchmaschine Google mit in die Internetrecherche einbezogen worden ist, sondern weitere Suchmaschinen wie Bing.

Insgesamt zeigt sich, dass bei Fallkonstellationen mit Bezug zur Suchmaschinenoptimierung vor Zivilgerichten im Regelfall keine offenkundigen Tatsachen gem. § 291 ZPO hinsichtlich Trefferlistenpositionen, Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen, oder der Kausalität zwischen ebendiesen gegeben sind.

III. Beweismittel für und wider suchmaschinenoptimierungsspezifische Tatsachenbehauptungen

Wie bereits aufgezeigt, streiten Parteien bei Rechtsstreitigkeiten, die Suchmaschinenoptimierung zum Gegenstand haben, vor Zivilgerichten über Trefferlistenpositionen, Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen und der Kausalität zwischen Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen und Trefferlistenpositionen.¹¹²¹ Diese zwischen den Parteien streitigen Tatsachen bedürfen - soweit sie nicht bereits offenkundig, gesetzlich vermutet oder zu-

die hohe Wahrscheinlichkeit, dass der Algorithmus von Google die Suchanfrage „Blumenverkäufer“ auch dem örtlichen Kreis „Berlin“ zuordnet und nur die berlinassoziierten Ergebnisse hinsichtlich Blumenverkäufer anzeigt. Insofern besteht die erhebliche Gefahr in der Vorgehensweise des LG Wuppertals darin, dass womöglich durch mehrmalige Suchanfragen das Endergebnis einer Trefferlistenpositionierung, welches ohnehin nicht objektiv ist, umso stärker verfälscht wurde.

1120 Hierzu Kapitel 2 A. III. und Kapitel 4 C.

1121 Hierzu Kapitel 6 B. I.

gestanden sind - zwecks Überzeugung des Gerichts eines Beweises.¹¹²² Fraglich ist, welche konkreten Beweismittel bei diesen Rechtsstreitigkeiten einschlägig sind.

1. Beweismittel hinsichtlich Trefferlistenpositionen

Streitige Tatsachenbehauptungen hinsichtlich Trefferlistenpositionen wurden bereits aufgezeigt¹¹²³, ebenso die grundsätzliche Problematik¹¹²⁴ bezüglich der objektiven Feststellbarkeit von Trefferlistenpositionen.

Als Beweis für eine Trefferlistenposition, die das eigene oder das gegnerische Content-Angebot bei einer Suchmaschine nach Eingabe eines bestimmten Suchbegriffs innehat, kommt zunächst im Wege der Inaugenscheinnahme ein Screenshot der in Frage stehenden Trefferliste in Betracht.¹¹²⁵ Auf einem solchen Screenshot sollten das Datum der Suchanfrage, die Suchanfrage an sich und die jeweiligen Suchergebnisse als Trefferliste, sowie die verwendete Suchmaschine erkennbar sein. Anhand eines solchen Screenshots lässt sich das Innehaben einer gewissen Trefferlistenposition durch das eigene oder das gegnerische Content-Angebot darstellen. Hierbei ist es unerheblich, ob bewiesen werden soll, dass die vorderste, eine der vordersten, oder irgendeine Trefferlistenposition erreicht wurde, solange die jeweils zu beweisende Trefferlistenposition auf dem Screenshot erkennbar ist. Auch die Tatsache, dass eine gewisse Trefferlistenposition nicht erreicht wurde, lässt sich auf diesem Wege darstellen. Zur Überzeugungskraft eines solchen Screenshots ist damit noch nichts gesagt.¹¹²⁶

Aufgrund des Umstands, dass Trefferlistenpositionen von vielen technischen und weiteren tatsächlichen Faktoren abhängig sind und sich sekundlich ändern können, sind Fallkonstellationen denkbar, in denen eine

1122 § 286 Abs. 1 ZPO. Zur lauterkeitsrechtlichen Dimension der Beweisaufnahme siehe grundsätzlich *Bähr*, in: Ahrens - Der Wettbewerbsprozess, S. 488 ff., sowie *Graf Lambsdorff*, Handbuch des Wettbewerbsverfahrensrechts, S. 337 ff.

1123 Hierzu Kapitel 6 B. II.

1124 Hierzu Kapitel 2 A. III. und Kapitel 4 C.

1125 So beispielsweise OLG Frankfurt a.M. GRUR-RR 2014, 245 (246): „(...) war es der Klägerin möglich, bei Eingabe des Suchworts (...) an oberster Stelle auch Werbung für ihren eigenen Online-Shop zu schalten und gleichzeitig in den Suchergebnissen in ihrem Internetauftritt die vorderen Plätze einzunehmen. Dies ergibt sich aus dem im Klageantrag in Bezug genommenen Screenshot (Anlage K3).“

1126 Hierzu Kapitel 6 B. IV. 1.

Partei eine Trefferlistenposition aus der Vergangenheit darlegen möchte. Ein aktueller Screenshot kann eine solche bereits vergangene Trefferlistenposition als Beweis nicht darstellen. Archivdienste im Internet wie die Way-Back-Maschine¹¹²⁷ können zwar Websites zu einem bestimmten Zeitpunkt in abgespeicherter Form wiedergeben, jedoch nicht rückwirkend eine Suchanfrage bei einer marktführenden Suchmaschine simulieren oder die Ergebnisse ebendieser in abgespeicherter Form wiedergeben. Hingegen die von Suchmaschinenoptimierern verwendeten Analysetools¹¹²⁸ und ihre Ergebnisse, welche fortlaufend protokolliert werden, könnten als Beweis angeführt werden. Hierbei ist zwischen den Analysetools zu unterscheiden, die von marktführenden Suchmaschinenanbietern angeboten werden und jenen, welche von anderen kommerziellen Anbietern zum Einsatz kommen.¹¹²⁹ Anhand der Protokolle dieser Analysetools können Parteien die eigenen Trefferlistenpositionen zu gewissen Keywords – nicht aber zu gewissen Suchanfragen – zumindest eingeschränkt¹¹³⁰ rückwirkend darstellen. Die gegnerischen Trefferlistenpositionen können bei einigen kommerziellen Analysetools ansatzweise mitverfolgt werden.¹¹³¹ Die Analysetools liefern meist keywordbasierte Daten und sind somit nicht unmittelbarer Ersatz für einen Screenshot, der suchanfragenbasierte Trefferlisten darstellt. Je nach konkreter Fallkonstellation können Screenshots und Protokolldaten von Analysetools ein und dieselbe Tatsachenbehauptung beweisen oder sich diesbezüglich gegenseitig ergänzen. Zur Überzeugungskraft der Protokolldaten von Analysetools ist hiermit noch nichts gesagt.¹¹³²

Für den Zeugenbeweis hinsichtlich Trefferlistenpositionen gilt, dass Parteien Personen benennen können, welche die in Frage stehende Trefferlistenposition wahrgenommen haben. Hierfür ist jedoch erforderlich, dass der Zeuge nicht nur dahingehend aussagt, eine Trefferlistenposition wahr-

1127 Auch „Internetarchiv“ genannt. Sehr bekanntes Beispiel <https://web.archive.org> (aufgerufen am 14.11.2018).

1128 *Lammenett*, Online-Marketing, S. 434 ff.

1129 Google bietet Content-Anbietern beispielsweise u.a. das Tool Google Analytics an, vgl. <https://marketingplatform.google.com/about/> (aufgerufen am 14.11.2018). Ein Beispiel für kommerzielle Anbieter von Tools zur Suchmaschinenoptimierung ist Sistrix, vgl. www.sistrix.de (aufgerufen am 14.11.2018).

1130 *Eberwein*, Wettbewerbsrechtliche Aspekte von Domains und Suchmaschinen, S. 157 weist zwar auf die grundsätzliche Möglichkeit der Datenauswertung mittels Analysetools hin, hinterfragt aber nicht die Grenzen ebendieser.

1131 So beispielsweise beim bekannten Tool von Sistrix, vgl. www.sistrix.de (aufgerufen am 14.11.2018).

1132 Hierzu Kapitel 6 B. IV. 1.

genommen zu haben, sondern auch unter welchen Umständen er dies tat. Zu diesen Umständen zählen die eingesetzte Suchmaschine, der verwendete Suchbegriff, die Uhrzeit, das verwendete Endgerät und etwaige Informationen darüber, wie sich das übliche Suchverhalten auf diesem Endgerät bisweilen darstellte. Zu der Überzeugungskraft von Zeugenaussagen hinsichtlich Trefferlistenpositionen ist hiermit noch nichts gesagt.¹¹³³

Auch die Parteivernehmung kann grundsätzlich als Beweismittel hinsichtlich strittiger Tatsachen über Trefferlistenpositionen dienen. Um eine eigene Trefferlistenposition zu beweisen, kann eine Partei gem. § 447 ZPO die eigene Vernehmung als Beweismittel beantragen – hierbei muss jedoch die gegnerische Partei zustimmen. Interessanter ist in diesem Zusammenhang die Parteivernehmung der gegnerischen Partei. Nicht immer ist die beweispflichtige Partei in der Lage, eine strittige Trefferlistenposition hinsichtlich des Webangebots der gegnerischen Partei zu beweisen. Die gegnerische Partei hingegen hat oft bessere und vertiefte Kenntnisse zu den eigenen Trefferlistenpositionen. Gem. § 445 Abs. 1 ZPO besteht die Möglichkeit, die gegnerische Partei als Beweis im Wege der Parteivernehmung anzuführen. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass die gegnerische Partei die eigene Vernehmung verweigern kann¹¹³⁴ und dies aus prozesstaktischen Gründen wohl auch in den allermeisten Fällen tun würde, um sich nicht selbst in eine schlechtere Verhandlungsposition zu begeben.

Schließlich kann der Sachverständigenbeweis bezüglich Tatsachen rund um Trefferlistenpositionen geführt werden. Als Sachverständige kommen grundsätzlich Personen in Betracht, die über vertiefte Kenntnisse zu Suchmaschinen und Suchmaschinenoptimierung verfügen. Beim Sachverständigenbeweis hinsichtlich Trefferlistenpositionen ist jedoch zu beachten, dass der Sachverständige grundsätzlich zwar die Funktionsweisen von Suchmaschinen und der Erstellung von Trefferlisten durch ebendiese vertieft versteht und hierüber Auskunft geben kann, nicht jedoch eine Aussage hinsichtlich einer zu diesem oder jenem Zeitpunkt innegehabten Trefferlistenposition für ein Keyword oder einer Kombination von Keywords in beliebiger Weise tätigen kann. Hierfür müsste der Sachverständige die in Frage stehende Konkurrenzsituation hinsichtlich eines bestimmten Keywords oder einer Kombination von Keywords ständig im Blick haben, um überhaupt eine Aussage diesbezüglich treffen zu können. Konkret müsste ein Sachverständiger, der sich auf Suchmaschinen und insbesondere Suchmaschinenoptimierung versteht, beispielsweise die Trefferlisten hinsicht-

1133 Hierzu Kapitel 6 B. IV. 1.

1134 § 446 ZPO.

lich einer Suchanfrage wie „Waschmaschine online kaufen“ tagtäglich im Auge behalten, um eine Aussage hinsichtlich einer Trefferlistenposition irgendeines Webangebots bei dieser Suchanfrage tätigen zu können. Es ist nicht ersichtlich, dass ein Sachverständiger Trefferlisten zu Keywords oder Kombinationen von Keywords dergestalt im Auge behält, dass er zu einer konkreten Fallkonstellation vor Gericht Stellung nehmen könnte. Viel mehr ist denkbar, dass ein Sachverständigenbeweis hinsichtlich der grundsätzlichen Problematik nicht ermittelbarer objektiver Trefferlistenpositionen¹¹³⁵ geführt wird. Hierdurch könnte einer Partei die Möglichkeit gegeben sein, den Vortrag der Gegenseite bezüglich etwaig innegehabter Trefferlistenpositionen zu schwächen oder mitunter gänzlich zu entkräften.

2. Beweismittel hinsichtlich Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen

Streitige Tatsachenbehauptungen hinsichtlich Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen wurden bereits aufgezeigt.¹¹³⁶ Bei den diesbezüglichen möglichen Beweismitteln ist eine Unterscheidung in Beweismittel für unmittelbar sichtbare Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen, und Beweismittel für lediglich mittelbar sichtbare Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen angezeigt.

Unmittelbar sichtbare Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen lassen sich im Wege der Inaugenscheinnahme durch Screenshots beweisen. Beispielsweise ist es ohne Weiteres möglich, die suchmaschinenoptimierten Produktbeschreibung der gegnerischen Partei mittels Screenshots samt Datum darzustellen. Gleiches gilt für weitere unmittelbar sichtbare Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen wie etwa der URL-Struktur einer Website. Auch der Quelltext einer Website liefert Informationen hinsichtlich unmittelbar sichtbarer Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen wie etwa der dortigen suchmaschinenoptimierten Texte, Linktexte, URL-Strukturen und Domainnamen. Insofern kann der per Screenshot oder auf anderem Wege dargestellte Quelltext einer Website als Beweismittel für unmittelbar sichtbare Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen dienen.¹¹³⁷ Problematisch ist, dass ein aktueller Screenshot oder das Auslesen eines aktuellen Quelltexts lediglich eine Momentaufnahme darstellt, die nicht notwendi-

1135 Hierzu Kapitel 2 A. III. und Kapitel 4 C.

1136 Hierzu Kapitel 6 B. I.

1137 Zu der Überzeugungskraft solcher Screenshots eines Content-Angebots oder des Quelltexts ist hiermit noch nichts gesagt, siehe dazu Kapitel 6 B. IV. 2.

gerweise als Beweismittel für eine Tatsachenbehauptung herangezogen werden kann, welche einen Sachverhalt in der Vergangenheit berührt. Marktführende Suchmaschinen wie etwa Google bieten in ihren Trefferlisten an, den suchmaschinenimmanenten Cache hinsichtlich der angezeigten Treffer anzeigen zu lassen.¹¹³⁸ Dies hat mitunter den Vorteil, dass bereits gelöschte Inhalte auf der eigentlichen Website noch über den Google Cache zumindest für eine gewisse Zeit angezeigt werden können. Die Caches der marktführenden Suchmaschinenanbieter sind jedoch nicht für längere Zeiträume verfügbar, sondern werden regelmäßig aktualisiert und überschrieben. Archivdienste im Internet wie etwa die bekannte Way-Back-Maschine¹¹³⁹ können herangezogen werden, um die konkrete Erscheinungsform eines Content-Angebots weit in die Vergangenheit zurückverfolgen zu können. Somit lassen sich beispielsweise weit zurückliegende suchmaschinenoptimierte Produktbeschreibungen finden und darstellen. Protokolldaten von Analysetools¹¹⁴⁰ können teilweise unmittelbar sichtbare Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen des eigenen Content-Angebots abbilden, jedoch derzeit nicht allumfassend. Beispielsweise protokollieren Analysetools die suchmaschinenoptimierten URL-Strukturen, um etwa das Klickverhalten der Nutzer auf verschiedenen Unterseiten verfolgen zu können, suchmaschinenoptimierte Produktbeschreibungen oder längere Texte hingegen sind in den gängigen Analysetools üblicherweise nicht abgespeichert.

Der Zeugenbeweis hinsichtlich unmittelbar sichtbarer Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen kann sich einerseits darauf beziehen, dass diese oder jene Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme von dieser oder jener Partei vorgenommen worden ist, oder dass die in Frage stehende unmittelbar sichtbare Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme zu einem bestimmten Zeitpunkt vom Zeugen wahrgenommen worden ist.¹¹⁴¹

1138 Als Cache wird ein nicht dauerhafter Datenspeicher bezeichnet, vgl. *Schmidl*, IT-Recht von A-Z, Eintrag „Cache“. Zum Google-Cache siehe <https://support.google.com/websearch/answer/1687222?hl=de> (aufgerufen am 14.11.2018).

1139 Auch „Internetarchiv“ genannt. Sehr bekanntes Beispiel <https://web.archive.org> (aufgerufen am 14.11.2018).

1140 Zum Einsatz von Analysetools bei Suchmaschinenoptimierung siehe *Lammenet*, Online-Marketing, S. 434 ff.

1141 Ähnlich OLG Hamburg GRUR-RR 2010, 476 (476): „Zum anderen hat die Antragstellerin durch den als Anlage ASt 5 vorgelegten Ausdruck und die eidesstattliche Versicherung des Herrn D. (...) auch glaubhaft gemacht, dass am 5.1.2010 die aus diesem Ausdruck ersichtliche Internetseite (...) aufgerufen werden konnte.“

Auch die Parteivernehmung hinsichtlich strittiger Tatsachen über unmittelbar sichtbare Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen kann als Beweismittel angeführt werden. Um die Verwendung einer eigenen unmittelbar sichtbaren Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme zu beweisen, könnte eine Partei gem. § 447 ZPO die eigene Vernehmung als Beweismittel beantragen – hierbei ist jedoch die Zustimmung der gegnerischen Partei vonnöten, überdies ist die Beweiskraft einer solchen Vernehmung regelmäßig als schwach zu bezeichnen. Die Parteivernehmung kann jedoch auch die gegnerische Partei betreffen, welche oft über bessere und vertiefte Kenntnisse zu den eigenen eingesetzten unmittelbar sichtbaren Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen verfügt. Gem. § 445 Abs. 1 ZPO kann die Vernehmung der gegnerischen Partei beantragt werden. Die gegnerische Partei wiederum hat jedoch die Möglichkeit, die eigene Vernehmung gänzlich zu verweigern¹¹⁴² und dürfte dies aus prozesstaktischen Gründen wohl im Regelfall tun, um nicht eine nachteilige Verhandlungsposition zu riskieren.

Schließlich ist der Sachverständigenbeweis bezüglich strittiger Tatsachen über unmittelbar sichtbare Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen denkbar. Ein Sachverständiger kann Auskunft darüber geben, welche auf dem Webangebot einer der Parteien erfolgte Handlungen als Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme zu werten sind und wie sich eine solche grundsätzlich auswirkt oder auswirken könnte. Insbesondere die Auswertung und Bewertung von bereits angeführten Beweismitteln wie etwa Auszüge aus einem Quelltext oder Daten aus seitens der Parteien verwendeten Analysetools kann der Sachverständige vornehmen.

Lediglich mittelbar sichtbare Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen zeichnen sich dadurch aus, dass weitere Schritte als das bloße Aufrufen des Content-Angebots nötig sind, um sie wahrnehmen zu können. Beispiele hierfür sind das Linkziel, welches sich hinter einem Linktext versteckt, Meta-Tags oder Dateiattribute, welche Bilder und weitere Dateien auf einem Content-Angebot textlich bezeichnen. Insbesondere die seitens der Suchmaschinenanbieter als unzulässig deklarierten, lediglich mittelbar sichtbaren Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen wie etwa das gegen Guidelines verstoßende Linkbuilding, „negative SEO“¹¹⁴³ und simuliertes Nut-

1142 § 446 ZPO.

1143 *Erlhofer*, Suchmaschinen-Optimierung, S. 840.

zerverhalten¹¹⁴⁴ sind zu nennen. Um den Beweis hinsichtlich einiger dieser lediglich mittelbar sichtbaren Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen erbringen zu können, muss der Quelltext einer Website dargestellt werden. Der Quelltext offenbart die allermeisten lediglich mittelbar sichtbaren Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen wie etwa die Meta-Tags, Linkziele und Dateiattribute. Wie bereits bei den Beweismitteln hinsichtlich unmittelbar sichtbarer Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen aufgezeigt, muss auch hier berücksichtigt werden, dass eventuell Internetarchive und die Caches der Suchmaschinen für Sachverhalte herangezogen werden müssen, die in der Vergangenheit liegen. Quelltexte zeigen jedoch nicht alle lediglich mittelbar sichtbaren Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen an. Der Quelltext stellt beispielsweise nicht das hinter einem Content-Angebot stehende gesamte Linkbuilding an, da die eingehenden Links nicht im Quelltext einer Websites zu finden sind. Für den Versuch eines Beweises eingehender Links auf ein gegnerisches Content-Angebot muss daher auf einschlägige Backlink-Tools¹¹⁴⁵ zurückgegriffen werden, die zumindest einen groben Überblick bieten, wohingegen die eingehenden Links auf das eigene Content-Angebot genauer mittels gängiger Analysetools¹¹⁴⁶ darstellbar sind. Für eingehende Links auf ein gegnerisches Content-Angebot aus der Vergangenheit ist derzeit kein Backlinktool bekannt, die Analysetools hinsichtlich eingehender Links auf das eigene Content-Angebot protokollieren die Daten hingegen fortwährend, sodass auf Datenbestände aus weit zurückliegenden Zeiträumen zugegriffen werden kann. Hinsichtlich „negativer SEO“ muss erkannt werden, dass sich dieses keineswegs mittels eines Quelltexts darstellen lässt.¹¹⁴⁷ Selbst die eigenen Analysetools können nicht eine etwaig fremde „negative SEO“ offenbaren. Eingehende schädliche Links können zwar erkannt und dargestellt werden, nicht jedoch in der Weise, dass sie als Teil einer „negativen

1144 Gaulke, Suchmaschinenkompetenz, S. 58 und Wiedmaier, Suchmaschinenoptimierung, S. 42 bezeichnen dies als „Klickbetrug“. Siehe auch Schulz, Einsatz von Suchmaschinenmarketing, S. 49 f.

1145 Mittels Backlink-Tool kann zumindest ansatzweise die Anzahl und Herkunft eingehender Links auf einer Website analysiert werden, beispielsweise unter www.backlink-tool.org oder www.backlinktest.com (jeweils aufgerufen am 14.11.2018).

1146 Zum Einsatz von Analysetools bei Suchmaschinenoptimierung siehe Lammenett, Online-Marketing, S. 434 ff.

1147 Solmecke/Kocatepe, Recht im Online-Marketing, S. 675 weisen grundsätzlich auf Nachweisschwierigkeiten und damit verbundener mangelnder Durchsetzbarkeit der Ansprüche gegen oder aufgrund „negativer SEO“ hin.

SEO“ beweisbar wären. Auch simuliertes Nutzerverhalten lässt sich mittels der Analysetools nicht beweisen, und zwar weder, dass beispielsweise das eigene Content-Angebot mittels simulierter Klicks mit lediglich kurzer Verweildauer heimgesucht wird, noch dass beispielsweise ein fremdes Content-Angebot mittels simulierter Klicks mit langer Verweildauer gestärkt wurde.

Für den Zeugenbeweis und die Parteivernehmung hinsichtlich lediglich mittelbar sichtbarer Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen ergibt sich das Gleiche wie bereits hinsichtlich unmittelbar sichtbarer Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen.

Auch der Sachverständigenbeweis ist hier wie dort denkbar und realistisch. Bei der Beweisführung hinsichtlich lediglich mittelbar sichtbarer Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen dürfte der Sachverständigenbeweis jedoch vermehrt zum Einsatz kommen und von höherer Relevanz sein als bei der Beweisführung bezüglich unmittelbar sichtbarer Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen, da die tatsächliche Bewertung lediglich mittelbar sichtbarer Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen ein sehr vertieftes Wissen zur Suchmaschinenoptimierung voraussetzt.

3. Beweismittel hinsichtlich Kausalität zwischen erreichter Trefferlistenposition und Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme

Streitige Tatsachenbehauptungen hinsichtlich der Kausalität zwischen Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme und Trefferlistenposition wurden bereits aufgezeigt.¹¹⁴⁸

Für einen etwaigen Beweis hinsichtlich der Kausalität im vorliegenden Sinne müsste eine Partei darstellen, dass sich aufgrund der eigenen oder gegnerischen Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme die eigene oder gegnerische Trefferlistenposition verbessert oder verschlechtert hat. Hierfür bedarf es im Regelfall mehrerer Beweise, namentlich Beweise hinsichtlich der Trefferlistenpositionierung vor der in Frage stehenden Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme und jener nach ebendieser. Eine Inaugenscheinahme von Screenshots kommt hier nicht in Betracht, weil ein Screenshot zwar eine Trefferlistenposition oder zumindest in Teilen auch Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen darstellen kann, nicht jedoch den Umstand, dass zwischen beiden eine Verbindung im Sinne einer Kausalität besteht. Auch ist in diesem Zusammenhang der Quelltext einer Website

1148 Hierzu Kapitel 6 B. I.

aus gleichen Gründen als Beweis nicht einschlägig. Beide Beweisformen können einen Zusammenhang nicht per se darstellen. Ein solcher Zusammenhang könnte jedoch grundsätzlich mithilfe der Protokolldaten von Analysetools¹¹⁴⁹ aufgezeigt werden. Die Analysetools verfügen insbesondere über datumsbezogene Protokolldaten, die Veränderungen im Ranking gewisser Unterseiten eines Content-Angebots sichtbar machen. Zur Beweiskraft dieser Protokolldaten und insbesondere der damit möglicherweise beweisbaren Kausalität im vorliegenden Sinne ist dadurch noch nichts gesagt.¹¹⁵⁰

Auch die für Content-Anbieter regelmäßig veröffentlichten Informationen der marktführenden Suchmaschinenanbieter, sowie ihre Guidelines, können für den Beweis einer Kausalität zwischen Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme und Trefferlistenposition grundsätzlich herangezogen werden. Hierbei gilt jedoch, dass Informationen des einen Suchmaschinenanbieters hinsichtlich seiner verwendeten Algorithmen und technischen Funktionsweise nicht notwendigerweise Beweis für die verwendeten Algorithmen und technischen Funktionsweisen einer anderen Suchmaschine gelten müssen, da sich die Suchmaschinenanbieter teilweise stark voneinander unterscheiden. Gleiches gilt für die Guidelines der Suchmaschinenanbieter.

Schließlich kann Fachliteratur zur Suchmaschinenoptimierung hinzugezogen werden, um Beweise dahingehend zu erbringen, welche und inwieweit Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen gewisse Veränderungen in Trefferlistenpositionen grundsätzlich oder konkret hervorrufen können.

Für den Zeugenbeweis hinsichtlich der Kausalität zwischen Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme und Trefferlistenposition ist festzuhalten, dass diese Kausalität von einem Zeugen in der Regel nicht ohne Weiteres wahrgenommen werden kann. Der Zeuge müsste Kenntnis von den Protokolldaten der Analysetools einer Partei haben, um überhaupt Veränderungen im Ranking feststellen zu können und diese sodann auf eine gewisse Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme zurückführen. Denkbar sind hierbei nur Zeugen, die tatsächlich einerseits die Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen zumindest einer der Parteien im Blick haben, und andererseits die Veränderungen hinsichtlich der Trefferlistenpositionen.

Die Parteivernehmung kann als Beweis der Kausalität zwischen Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme und Trefferlistenposition grundsätzlich angeführt werden. Zu beachten ist zunächst, dass eine Partei zwar die Ver-

1149 *Lammenet*, Online-Marketing, S. 434 ff.

1150 Hierzu Kapitel 6 B. IV. 3.

änderungen in den Trefferlisten nach der Vornahme einer oder mehrerer Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen durchaus erlebt haben und daher darüber Aussagen treffen kann, dies jedoch nicht bedeutet, dass eine solche Wahrnehmung gleichbedeutend mit einer tatsächlichen Kausalität ist. Ungeachtet dessen könnte eine Partei die eigene Vernehmung als Beweismittel gem. § 447 ZPO beantragen. Eine Parteivernehmung der gegnerischen Partei kann gem. § 445 Abs. 1 ZPO beantragt werden, wobei auch hier die Beweisaufnahme von der Zustimmung der gegnerischen Partei¹¹⁵¹ abhängt. Inwieweit die Vernehmung einer Partei im Einzelfall überzeugend ist, stellt sich als Frage erst im Rahmen der Beweiswürdigung.

Dem Sachverständigenbeweis kommt bei strittigen Tatsachen hinsichtlich der Kausalität von Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme und Trefferlistenposition erhöhte Bedeutung zu, da die Beantwortung solcher Fragen nicht nur vertiefte Kenntnisse zu Suchmaschinen und Suchmaschinenoptimierung in theoretischer Hinsicht, sondern auch langjährige Erfahrung in den Veränderungen von Trefferlisten erfordert. Da der Algorithmus marktführender Suchmaschinen unbekannt ist, kann auch der Sachverständige lediglich auf sein Erfahrungswissen zurückgreifen, wenn es darum geht zu bewerten, welche Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme welchen Einfluss auf welche Trefferliste gehabt haben könnte.

IV. Beweiswürdigung suchmaschinenoptimierungsspezifischer Beweismittel

Obige Ausführungen zu möglichen streitigen Tatsachenbehauptungen und diesbezüglich einschlägigen Beweismitteln bei Streitigkeiten vor einem Zivilgericht, die Suchmaschinenoptimierung zum Gegenstand haben, geben noch keine Auskunft darüber, welche Überzeugungskraft etwaigen Beweismitteln im Einzelfall zukommt.¹¹⁵²

Richter gehören grundsätzlich zum Kreis durchschnittlicher Nutzer von Suchmaschinen und verfügen daher über Sachkunde und eigenes Erfahrungswissen hinsichtlich des Einsatzes von Suchmaschinen. Vertieftes Wissen bezüglich der technischen Funktionsweise marktführender Suchma-

1151 § 446 ZPO.

1152 Nur vorsichtig werden Nachweisschwierigkeiten bei Fallkonstellationen mit Bezug zur Suchmaschinenoptimierung von *Heim*, Einflussnahme auf Trefferlisten, S. 234 und *Mohr*, Internetspezifische Wettbewerbsverstöße, S. 156 ange-deutet.

schinen ist Richtern ebenso wenig wie sonstigen Nutzern von Suchmaschinen zu unterstellen. Suchmaschinenoptimierung als Form des Internetmarketings dürfte den meisten Richtern zwar als Schlagwort bekannt sein, jedoch ist davon auszugehen, dass sie ähnlich wie übliche Nutzer von Suchmaschinen¹¹⁵³ keine Kenntnisse hinsichtlich Durchführung und Erfolg¹¹⁵⁴ von Suchmaschinenoptimierung aufweisen. Auf eigene Sachkunde und etwaiges Erfahrungswissen hinsichtlich Suchmaschinenoptimierung können nach hiesiger Ansicht die Zivilgerichte daher derzeit nicht zurückzugreifen.

Gem. § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO entscheidet das Gericht nach freier Überzeugung, ob es eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr erachtet. Ziel der Beweiswürdigung gem. § 286 Abs. 1 ZPO ist nicht die Ermittlung einer wie auch immer gearteten objektiven Wahrheit, sondern die Überzeugungsbildung des Richters hinsichtlich der Tatsachenbehauptungen.¹¹⁵⁵ Dieser Grundsatz der freien Beweiswürdigung bedeutet insbesondere, dass in der Person des Richters – auf Grundlage der Verhandlung und etwaiger Beweisaufnahme – eine zumindest auch subjektive Überzeugung gebildet wird.¹¹⁵⁶ Es reicht nicht aus, dass der Richter eine Tatsache aufgrund überwiegender Wahrscheinlichkeit für wahr erachtet, sondern er muss „voll“ überzeugt sein, d.h. eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen seiner erachteten Tatsachen erkennen – vernünftige Zweifel an dem Wahrheitsgehalt der in Frage stehenden Tatsachenbehauptung müssen schweigen.¹¹⁵⁷ Grenzen findet die subjektive Überzeugungsbildung des Richters in der Einhaltung logischer Denkgesetze, in der Berücksichtigung zwingender Erfahrungssätze und in der Beachtung bekannter Naturgesetze.¹¹⁵⁸

1. Beweiswürdigung von Beweismitteln zur Trefferlistenposition

Fraglich ist, ob und inwieweit die dargestellten Beweismittel hinsichtlich Tatsachenbehauptungen betreffend Trefferlistenpositionen vom Gericht gem. § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO als wahr zu erachten sein müssten.

1153 Hierzu Kapitel 5 C. III. 1.

1154 Zur Unterscheidung zwischen Erfolg und Durchführung von Suchmaschinenoptimierung Kapitel 5 A. I.

1155 *Prütting*, in: MüKoZPO, § 286 Rn. 11.

1156 *Leipold*, in: Stein/Jonas, § 286 Rn. 3.

1157 *Prütting*, in: MüKoZPO, § 286 Rn. 35 ff.; *Leipold*, in: Stein/Jonas, § 286 Rn. 4 f.

1158 *Greger*, in: Zöller ZPO, § 286 Rn. 13b.

Hierbei sind zunächst zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden: zum einen Fälle, in denen eine Partei versucht, eine exakte Trefferlistenposition zu beweisen und zum anderen solche Fälle, in denen es nicht um eine exakte Trefferlistenposition, wohl aber um einen bestimmten Bereich innerhalb einer Trefferliste geht. Letztere Fallkonstellation betrifft beispielsweise den Versuch zu beweisen, im vorderen Bereich auf Seite 1 einer Trefferliste zu einem bestimmten Suchbegriff aufzutauchen. Für beide Fallkonstellationen gilt grundsätzlich, dass der Algorithmus marktführender Suchmaschinen nicht bekannt ist, von diesem also nicht auf eine objektive Trefferlistenposition zurückgeschlossen werden kann, und darüber hinaus eine objektive Trefferlistenposition auch nicht ermittelbar ist.¹¹⁵⁹

Bei Beweismitteln, die eine exakte Trefferlistenposition betreffen, versucht eine Partei beispielsweise zu beweisen, bei der Suchanfrage „Waschmaschine online kaufen“ auf Trefferlistenposition 1 zu sein. Hierzu würde die Partei die bereits dargestellten Beweismittel anführen. Das Gericht müsste gem. § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit und unter Schweigen vernünftiger Zweifel annehmen, dass diese Trefferlistenposition bei dieser Suchanfrage von der Partei eingenommen ist. Dass sich Trefferlisten nicht objektiv¹¹⁶⁰ ermitteln lassen, ist bereits hier für die Überzeugungsbildung des Gerichts relevant: Jedes Beweismittel – beispielsweise ein Screenshot oder ein Datenauszug eines Analysetools – ist nur eine subjektive Ermittlung einer Trefferlistenposition, da die Suchanfragen immer vom Zeitpunkt, verwendeten Endgerät, vorheriger Suchhistorie und weiteren seitens des Suchenden personalisierten Faktoren abhängt und dementsprechend verschiedene Suchergebnisse zu Tage fördert.¹¹⁶¹ Dass also die Partei, welche beispielsweise einen Screenshot einer Trefferlistenposition als Beweis anführt, diese Trefferlistenposition auch tatsächlich durch die eingesetzte Suchmaschine angezeigt bekommen hat, ist durchaus sehr wahrscheinlich. Hier können vernünftige Zweifel schweigen. Damit ist jedoch nicht automatisch auch bewiesen, dass die getätigte Suchanfrage immer und überall das gleiche Suchergebnis, mithin die gleiche Trefferlistenposition für ein bestimmtes Content-Angebot aufgewiesen hat oder aufweist. Möchte eine Partei beispielsweise beweisen, mit der Suchanfrage „Waschmaschine online kaufen“ auf Trefferlistenposi-

1159 Hierzu Kapitel 2 A. III. und Kapitel 4 B. und C.

1160 Hierzu Kapitel 2 A. III. und Kapitel 4 C.

1161 *Eberwein*, Wettbewerbsrechtliche Aspekte von Domains und Suchmaschinen, S. 157 weist zwar auf die grundsätzliche Möglichkeit der Datenauswertung mittels Analysetools hin, hinterfragt aber nicht die Grenzen ebendieser.

tion 1 zu sein, kann ein Screenshot, der ebendies aufzeigt, das Gericht nicht mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit von dieser Tatsache ausgehen lassen. Das Gericht muss den vernünftigen Zweifeln Raum lassen, die darauf hinweisen, dass Trefferlistenpositionen nie objektiv ermittelbar sind und ein solcher Screenshot stets nur eine hochpersonalisierte Momentaufnahme einer bestimmten Suchanfrage und dem damit verbundenen Suchergebnis darstellen. Vernünftige Zweifel an einer innegehabten Trefferlistenposition schweigen hier nicht. Daran ändern auch andere Beweismittel wie beispielsweise Datenauszüge aus Analysetools¹¹⁶² grundsätzlich nichts. Die Analysetools marktführender Suchmaschinenanbieter verfügen zwar über eine objektivere und größere Datensammlung als Analysetools von Drittanbietern, jedoch sind auch die dort aufgezeichneten Trefferlistenpositionen zumindest zeitabhängig, teilweise personalisiert und niemals objektiv. Analysetools von Drittanbietern wiederum versuchen lediglich eine Annäherung an den unbekannten Algorithmus von Suchmaschinen, sind mithin also nur Spekulationen und unterliegen bei ihren Suchanfragen und Datensammlungen wiederum verschiedenen Zeitpunkten, Endgeräten, IP-Adressen, Suchhistorien und weitere personalisierte Faktoren. Vernünftige Zweifel können auch hier nicht schweigen, wenn durch diese Datenauszüge eine exakte Trefferlistenposition objektiv bewiesen werden soll. Es ist zuzugeben, dass bei Betrachtung eines glaubwürdigen Screenshots oder eines glaubwürdigen Datenauszugs des verwendeten Analysetools ein Gericht die Tatsachenbehauptung für überwiegend wahrscheinlich hält. Dies reicht jedoch für eine „volle“ Überzeugung gem. § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO, bei der vernünftige Zweifel schweigen, nicht aus.¹¹⁶³ Auch Zeugenaussagen oder das Ergebnis einer Parteivernehmung können das Innehaben oder nicht Innehaben einer Trefferlistenposition in objektiver Weise nicht mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit beweisen, da diese persönlichen Eindrücke lediglich zeitpunktabhängige und hinsichtlich der vorgenommenen Suchanfrage hochpersonalisierte Wahrnehmungen einer Trefferliste darstellen. Sogar ein Sachverständiger kann hier aus gleichen Gründen keinen voll überzeugenden Beweis erbringen, da auch ihm nicht die Möglichkeit gegeben ist, eine objektive Trefferlistenposition zu ermitteln. Der Beweis einer exakten objektiven Trefferlistenposition kann somit nach hiesiger Ansicht nicht erbracht werden, weil stets vernünftige Zweifel bestehen bleiben.

1162 *Lammenet*, Online-Marketing, S. 434 ff.

1163 *Prütting*, in: *MüKoZPO*, § 286 Rn. 35 ff.; *Leipold*, in: *Stein/Jonas*, § 286 Rn. 4 f.

Möglich ist hingegen der Beweis einer subjektiven Wahrnehmung einer exakten Trefferlistenposition. Beispielsweise kann eine Partei durchaus beweisen, dass mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit an einem bestimmten Tag, zu einer bestimmten Zeit, bei Verwendung eines bestimmten Endgerätes, einer bestimmten IP-Adresse und einer bestimmten Suchanfrage bei einer bestimmten Suchmaschine das in Frage stehende Content-Angebot auf exakt dieser oder jener Trefferlistenposition erschienen ist. Hierfür reicht nach hiesiger Ansicht ein Screenshot, ein Datenauszug aus einem Analysetool, eine Zeugenaussage oder eine Parteivernehmung aus. Dass dieses hochpersonalisierte und zeitbedingte Suchergebnis tatsächlich von einer Suchmaschine angezeigt und von einer Person wahrgenommen worden ist, kann unter Schweigen vernünftiger Zweifel mit den bereits dargestellten Mitteln überzeugend bewiesen werden. Allerdings ist anzunehmen, dass strittige Tatsachenbehauptungen in Fallkonstellationen mit Bezug zur Suchmaschinenoptimierung selten die Frage betreffen, ob eine exakte Trefferlistenposition von einer Partei wahrgenommen, sondern viel mehr, ob eine exakte Trefferlistenposition von einer Partei objektiv, d.h. unabhängig vom Zeitpunkt und hochpersonalisierter Suchanfrage, eingenommen worden ist.

Insofern bleibt es bei dem Zwischenergebnis, dass das Innehaben oder nicht Innehaben einer exakten objektiven Trefferlistenposition nicht überzeugend gem. § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO bewiesen werden kann.

Gänzlich anders verhält es sich bei Beweismitteln hinsichtlich des Innehabens oder nicht Innehabens einer nicht exakten Trefferlistenposition, jedoch eines Bereichs einer Trefferliste. Beispielsweise könnte eine Partei mit den dargestellten Beweismitteln versuchen zu beweisen, dass sie zu einer bestimmten Suchanfrage zwar nicht exakt auf Trefferlistenposition 4 zu finden ist, jedoch zumindest auf Seite 1 der Trefferliste. Die Problematik, dass sich Trefferlistenpositionen grundsätzlich nicht objektiv ermitteln lassen¹¹⁶⁴, betrifft diese Fallkonstellationen des Bereichs einer Trefferliste zwar genauso wie Fallkonstellationen einer exakten Trefferlistenposition, jedoch ist im Hinblick auf die Beweismittelwürdigung nicht relevant, ob etwas objektiv festgestellt werden kann, sondern ob das Gericht „voll“ überzeugt vom Vorliegen einer Tatsache ist. Sofern ein Beweismittel lediglich einen Bereich einer Trefferliste betrifft und nicht eine exakte Trefferlistenposition, ist es durchaus denkbar, dass das Gericht mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit annehmen kann, das in Frage stehende Content-Angebot bewege sich nach Eingabe einer bestimmten Suchanfrage in einem gewissen Be-

1164 Siehe Kapitel 2 A. III. und Kapitel 4 C.

reich der Trefferliste. Beispielsweise könnte ein Content-Angebot nach der Suchanfrage „Waschmaschine online kaufen“ zwar – abhängig vom verwendeten Endgerät, Zeitpunkt, IP-Adresse und weiterer personalisierter Faktoren – nicht immer die gleiche Trefferlistenposition einnehmen, wohl aber in den weit überwiegenden Fällen stets irgendwo auf Seite 1 der Trefferliste auftauchen. Dies ist in der Praxis der Suchmaschinenoptimierung sogar der Regelfall, da sich die Trefferlistenpositionen tatsächlich sehr oft schnell verändern, selten jedoch ein Content-Angebot ohne weiteres Zutun oder gar plötzlich völlig aus einem bestimmten Bereich der Trefferliste fällt. Hier kommen sowohl Screenshots, als auch Datenauszüge von Analysetools, aber auch Zeugenaussagen, das Ergebnis einer Parteivernehmung und die Aussage eines Sachverständigen zum Tragen: All diese Beweismittel können das Gericht überzeugen, ein Content-Angebot habe sich zumindest regelmäßig in einem gewissen Bereich einer Trefferliste bewegt. Die Datenauszüge der Analysetools sind zwar nicht exakt, wohl aber genau, ebenso ein ständiges Beobachten der Trefferliste durch einen Zeugen oder der Parteien selbst. Ein Sachverständiger kann überzeugend darlegen, dass es mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit für das in Frage stehende Content-Angebot möglich gewesen ist, regelmäßig in einem gewissen Bereich der Trefferliste aufzutauchen. Hierbei kommt es für eine „volle“ Überzeugung des Gerichts sehr auf den konkreten Einzelfall an. Beispielsweise ist es sehr unwahrscheinlich, dass ein neues Content-Angebot für eine beliebte Suchanfrage wie „Waschmaschine online kaufen“ sofort nach dem Onlinestellen auf Seite 1 einer Trefferliste auftaucht.¹¹⁶⁵ Umgekehrt ist es sehr wahrscheinlich, dass ein Content-Angebot, welches unter jahrelanger, hoher Anstrengung hinsichtlich Suchmaschinenoptimierung auf die Keywords „Waschmaschine online kaufen“ optimiert wurde, völlig außerhalb der ersten 10 Seiten einer Trefferliste ein Dasein fristet. Für die beweispflichtige Partei kann es in diesen Fällen von Nöten sein, mehrere Beweismittel anzuführen: Screenshots verschiedener Zeitpunkte und verschiedener, verwendeter Endgeräte, mehrere Datenauszüge aus unterschiedlichen Analysetools und Zeugenaussagen, die eine bestimmte Trefferliste hinsichtlich eines bestimmten Suchbegriffs über einen längeren Zeitraum beobachtet haben. Aus einer solchen Gesamtschau kann ein Gericht von einer sehr hohen Wahrscheinlichkeit bezüglich des Innehabens oder nicht Innehabens eines Bereichs einer Trefferliste unter Schweigen vernünftiger

1165 Dies allein deshalb, weil marktführende Suchmaschinen neuen Content-Angeboten nicht immer sofort vertrauen und erst abwarten, wie sich das Klickverhalten der Suchmaschinennutzer darstellt.

Zweifel ausgehen. Hinsichtlich dieser Fallkonstellationen lässt sich der zuvor kritisierte Beschluss des LG Wuppertal¹¹⁶⁶ durchaus positiver bewerten. Dort hatte das Gericht eine eigene Suchmaschinenrecherche angestrengt und festgestellt, dass ein gewisses Content-Angebot nicht auf den ersten fünf Seiten erschien.¹¹⁶⁷ Aus Sicht der Beweiswürdigung ist diese Schlussfolgerung des LG Wuppertal nicht falsch. Eine Recherche bei verschiedenen Suchmaschinen gibt zumindest Aufschluss darüber, ob ein Content-Angebot überhaupt wahrnehmbar auf Seite 1 oder zumindest Seite 2 angezeigt wird. Genau wie das LG Wuppertal eine breitgefächerte Recherche angestrengt hat, können auch Parteien eine solche Annäherung an einen Bereich einer Trefferliste vornehmen, um den Beweis überzeugend zu erbringen. Je genauer und feiner die Recherche, desto eher ist ein Gericht davon zu überzeugen, dass sich das in Frage stehende Content-Angebot mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit in einem gewissen Bereich einer Trefferliste bewegt oder bewegt hat. Grundsätzlich kann der Beweis des Innehabens eines bestimmten Bereichs einer Trefferliste also gelingen. Vernünftige Zweifel müssen hier - anders als bei der Frage nach einer exakten Trefferlistenposition – keineswegs immer vorhanden sein.

2. Beweiswürdigung von Beweismitteln zu Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen

Wie überzeugend gem. § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO die bereits dargestellten Beweismittel hinsichtlich Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen sind, hängt zunächst davon ab, welche Art der Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme bewiesen werden soll.

Bei unmittelbar sichtbaren Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen¹¹⁶⁸ präsentieren die diesbezüglich einschlägigen Beweismittel die in Frage stehende Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme. Beispielsweise lässt sich auf einem Screenshot des Content-Angebots der gegnerischen

1166 LG Wuppertal, Beschluss vom 5.6.2014 - Az. 9 S 40/14.

1167 LG Wuppertal, Beschluss vom 5.6.2014 - Az. 9 S 40/14: „Eine Internet-Recherche der Kammer vom heutigen Tage hat ergeben, dass das Verzeichnis "www.Branche100.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.“

1168 Zur Unterscheidung von unmittelbar und lediglich mittelbar sichtbaren Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen siehe Kapitel 4 D.

Partei erkennen, welcher suchmaschinenoptimierte Produkttext für ein Warenangebot verwendet worden ist. Bei Inaugenscheinnahme dieses Screenshots kann das zuständige Gericht im Regelfall mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit davon ausgehen, dass der auf dem Screenshot erkennbare Inhalt in dieser Form tatsächlich stattgefunden hat. Gleiches gilt auch für die übrigen diesbezüglichen Beweismittel wie etwa der Zeugenbeweis oder die Parteivernehmung. Sollte beispielsweise ein Zeuge aussagen, er habe diese oder jene unmittelbar sichtbare Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme auf dem Content-Angebot einer Partei in eigener Person wahrgenommen, hängt die Beweiswürdigung hier von der Vertrauenswürdigkeit des Zeugen ab. Diese Art der Beweisführung ist mit Fällen vergleichbar, in denen vor Gericht bewiesen werden soll, dass auf einer Website zu einem bestimmten Zeitpunkt ein bestimmter Inhalt vorzufinden war. Suchmaschinenoptimierungsspezifische Umstände, die vernünftige Zweifel beim Richter hinsichtlich der Beweismittel wecken könnten, sind bei der Beweisführung hinsichtlich unmittelbar sichtbarer Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen nicht ersichtlich.

Nichts anderes muss sich für die Überzeugungsbildung bei Beweismitteln betreffend lediglich mittelbar sichtbarer Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen¹¹⁶⁹ ergeben. Zwar sind in der realen Nutzung von Content-Angeboten diese Art der Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen nicht unmittelbar erkennbar, doch sollten sie durch Beweismittel „festgehalten“ worden sein, könnte die Beweiswürdigung in gleicher Weise erfolgen wie bei unmittelbar sichtbaren Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen. Bei Beweismitteln hinsichtlich Dateiattributen und Meta-Tags – beispielsweise der Auszug eines Quelltexts – gibt es in der Regel keinen Grund für den zuständigen Richter, vernünftige Zweifel am Vorhandensein dieser Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen zu haben. Diesbezüglich ergibt sich nichts Suchmaschinenoptimierungsspezifisches, viel mehr gleicht diese Fallkonstellation ebenfalls derjenigen, in welcher vor Gericht Inhalte einer Website zu einem bestimmten Zeitpunkt bewiesen werden müssen. Mit anderen Worten: Dass die Dateiattribute oder Meta-Tags nicht unmittelbar sichtbar waren, ist kein die freie Beweiswürdigung beeinflussender Umstand. Beim Linkbuilding verhält es sich ebenso: Zwar kann das Linkbuilding nicht ohne Weiteres festgestellt werden, jedoch ist dann, wenn es durch ein Beweismittel präsentiert worden ist – beispielsweise einer Zeugenaussage dahingehend, eine Marketingagentur habe Linkbuilding für eine Partei betrieben – kein Fall der Beweiswürdigung in speziell Suchma-

1169 Siehe Kapitel 4 D.

schinenoptimierung betreffender Hinsicht mehr. Auch bei „negativer SEO“¹¹⁷⁰ und bei simuliertem Nutzerverhalten¹¹⁷¹ als zwei Formen der eindeutig von Suchmaschinen nicht gewünschten Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen kann sich zwar die Beschaffung eines Beweismittels als sehr schwierig erweisen¹¹⁷², die Beweiswürdigung hingegen ist nicht in suchmaschinenoptimierungsspezifischer Form betroffen.

Insgesamt ergibt sich hinsichtlich der Beweismittel zu unmittelbar und lediglich mittelbar sichtbaren Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen keine eigens für Suchmaschinenoptimierung geltende Beweiswürdigung.

3. Beweiswürdigung von Beweismitteln zur Kausalität zwischen Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen und Trefferlistenposition

Bereits die Auswahl an grundsätzlich tauglichen Beweismitteln zur Kausalität zwischen Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen und Trefferlistenposition ist – wie aufgezeigt¹¹⁷³ – spärlich und schwierig.

Unabhängig von der Betrachtung einzelner Beweismittel zur Kausalität zwischen Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme und Trefferlistenposition ist denkbar, dass die Problematik hinsichtlich nicht ermittelbarer objektiver Trefferlisten¹¹⁷⁴ ein für die Überzeugungsbildung des Gerichts grundsätzlich entscheidenden Umstand ausmachen könnte. Dies ist bereits bei der Beweiswürdigung von Beweismitteln zu Trefferlistenpositionen als ein erheblicher Faktor erkannt worden. Wenn schon eine exakte objektive Trefferlistenposition gem. § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO nicht ohne Schweigen vernünftiger Zweifel vom Gericht angenommen werden kann, muss dies in vielen Fällen erst Recht für die Kausalität zwischen Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme und Trefferlistenposition gelten, da dieser Kausalität eine festgestellte Trefferlistenposition immanent ist. Es sind jedoch Fallkonstellationen denkbar, in denen die Trefferlistenposition nicht strittig ist, mithin also keines Beweises bedarf, wohl aber die Kausalität. Dass eine exakte Trefferlistenposition nicht objektiv ermittelt werden kann, muss für die Beweiswürdigung daher nicht bedeuten, vernünftige Zweifel seien stets vorhanden.

1170 *Erlhofer*, Suchmaschinen-Optimierung, S. 840.

1171 Hierzu Kapitel 2 D. III. 2.

1172 Hierzu Kapitel 6 B. III. 2.

1173 Hierzu Kapitel 6 B. III. 3.

1174 Hierzu Kapitel 2 A. III. und Kapitel 4 C.

Wiederum unabhängig von der Betrachtung einzelner Beweismittel zur Kausalität zwischen Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme und Trefferlistenposition ist anzumerken, dass die Unbekanntheit des Algorithmus marktführender Suchmaschinen einen Einfluss auf die Beweiswürdigung gem. § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO haben könnte. Wenn der Algorithmus unbekannt ist, kann sich ein Richter grundsätzlich niemals vollkommen sicher sein, eine bestimmte Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme habe zu einer bestimmten Trefferlistenposition geführt. Eine vollkommene Sicherheit ist gem. § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO jedoch nicht Voraussetzung dafür, dass seitens des Richters eine Tatsache als wahr erachtet wird. Hierfür ist bereits ausreichend, dass der Richter dem tatsächlichen Vorliegen der strittigen Tatsachen eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit zuschreibt.¹¹⁷⁵ Allerdings können wiederum vernünftige Zweifel nicht zum Schweigen gebracht werden, wenn der Algorithmus – mithin also die exakte Funktionsweise der Bildung von Suchergebnissen – unbekannt ist. Es würden bei jeder Einzelfallbetrachtung von Kausalitäten im Bereich Suchmaschinenoptimierung stets Zweifel, und zwar durchaus vernünftige Zweifel vorhanden sein können. Es wird bei der konkreten Betrachtung einzelner Beweismittel daher entscheidend darauf ankommen, ob die übrigbleibenden Zweifel vernünftig sind, sprich ob trotz Unbekanntheit des Algorithmus der Richter im Einzelfall dennoch eine ausreichend hohe Wahrscheinlichkeit des Vorliegens einer Tatsache annehmen kann.

Protokolldaten einschlägiger Analysetools¹¹⁷⁶ können – wie aufgezeigt¹¹⁷⁷ – einen Zusammenhang zwischen eingesetzten Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen und erreichten Trefferlistenpositionen darstellen. Hierbei ist zu unterscheiden zwischen Analysetools der Suchmaschinenanbieter und solchen von Drittanbietern. Die Analysetools von Drittanbietern versuchen, den unbekannten Algorithmus marktführender Suchmaschinen nachzuempfinden und Content-Angebote, sowie Suchergebnisse zu indexieren. Eine solche Datensammlung ist daher im Hinblick auf die Beweiswürdigung lediglich eine Annäherung an das tatsächlich Geschehene, niemals eine Protokollierung ebendessen. Bei der Betrachtung solcher Protokolldaten durch einen Richter ist somit anzunehmen, dass vernünftige Zweifel oft nicht schweigen können. Zwar kann ein Analysetool durchaus sehr gut den unbekannten Algorithmus marktführender Suchmaschi-

1175 Prütting, in: MüKoZPO, § 286 Rn. 35 ff.; Leipold, in: Stein/Jonas, ZPO, § 286 Rn. 4 f.

1176 Lammenett, Online-Marketing, S. 434 ff.

1177 Hierzu Kapitel 6 B. III. 3.

nen nachempfinden, und ebenso sehr gut Content-Angebote und Suchergebnisse indexieren. Nichtsdestotrotz vervielfacht sich hier der beweiswürdigungserhebliche Umstand, dass der Algorithmus unbekannt ist. Analysetools der marktführenden Suchmaschinen hingegen basieren zumindest teilweise auf dem eigenen verwendeten Algorithmus, sodass die hier protokollierten Daten immerhin keine bloße Annäherung darstellen. Für die Beweiswürdigung bedeutet dies grundsätzlich, dass der Richter den Protokolldaten der Analysetools marktführender Suchmaschinen eine höhere Überzeugungskraft zumessen darf und sollte als Protokolldaten von Analysetools der Drittanbieter. Für alle Analysetools ist gleichermaßen anzumerken, dass eine exakte Kausalität zwischen Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme und Trefferlistenposition derzeit weder dargestellt, und auch zukünftig in Teilen nicht darstellbar sein wird. Beispielsweise kann ein Analysetool durchaus den Zusammenhang erkennen lassen, dass seit dem Eingang vermehrter Links (im Wege des Linkbuilding) insgesamt mehr Unterseiten eines Content-Angebots auf den vorderen Bereichen von Trefferlisten anzufinden waren und angeklickt worden sind. Exakt ist dieser Zusammenhang jedoch in keinem Analysetool darstellbar, da der Algorithmus der Suchmaschinen unbekannt ist. Ein Richter wird bei der Beweiswürdigung solcher Protokolldaten daher vor dem Problem stehen, ob vernünftige Zweifel aufgrund der Unbekanntheit des Algorithmus das gesamte Beweismittel als unglaublich erscheinen lassen. Immerhin könnte es in diesem Beispiel auch sein, dass zwar eingehende Links deutlich vermerkt worden sind, die Veränderungen in Trefferlisten tatsächlich jedoch durch ganz andere Umstände wie etwa das Nutzerverhalten der Besucher des Content-Angebots oder eine Änderung des Algorithmus der Suchmaschine beeinflusst waren. Eine Änderung des Algorithmus könnte, muss aber nicht vom Suchmaschinenanbieter angekündigt worden sein. Auch das Nutzerverhalten von Besuchern des Content-Angebots kann, muss aber nicht deutlich wahrnehmbar und protokolliert gewesen sein. Vernünftige Zweifel dürfen dem Richter in diesem Beispiel daher bleiben, da der Zusammenhang, welcher sich aus den Protokolldaten ergibt, zwar wahrscheinlich, nicht jedoch sehr wahrscheinlich im Sinne des Schweigens vernünftiger Zweifel ist.

Ein Sachverständiger, der zu solchen Fragen Stellung nimmt, steht im Grunde vor denselben Problemen wie der Richter. Auch ihm ist der Algorithmus nicht bekannt, sodass vernünftige Zweifel seinerseits bei der Bewertung von Kausalitäten zwischen Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme und Trefferlistenposition grundsätzlich bestehen bleiben. Allerdings verfügt der Sachverständige zumindest über konkrete Erfahrungen im Be-

reich Suchmaschinenoptimierung, sodass er bei der Auswertung von Protokolldaten immerhin Vergleiche zu bereits erfahrenen Fallkonstellationen ziehen kann. Die vertieften Kenntnisse und tatsächlichen Erfahrungen eines Sachverständigen hinsichtlich Suchmaschinenoptimierung können im Einzelfall dazu führen, dass ein Richter sich hierdurch bei seiner Überzeugungsbildung vom Bereich des Wahrscheinlichen hin zum Bereich des sehr Wahrscheinlichen bewegt. Hat beispielsweise der Sachverständige diese und jene eingehenden Linkmuster und die protokollierten Veränderungen in den Trefferlisten so oder ähnlich bereits in einer Vielzahl anderer Fälle erlebt und beobachtet, könnte dies vernünftige Zweifel durchaus zum Schweigen bringen. Bei der Glaubwürdigkeit des Sachverständigen kann der Richter, obwohl naturgemäß in Sachen Fachkenntnisse unterlegen, zumindest beachten, ob der Sachverständige die grundsätzliche Problematik hinsichtlich nicht objektiv ermittelbarer Trefferlisten¹¹⁷⁸ und Unbekanntheit des Algorithmus¹¹⁷⁹ ernst nimmt und die damit verbundenen Konsequenzen für eine Beweisführung erkennt. Ein tauglicher Sachverständiger würde hinsichtlich der Kausalität von Suchmaschinenoptimierungsmaßnahme und Trefferlistenposition für den konkreten Einzelfall wohl zugeben müssen, diese sehr oft nicht unter Schweigen vernünftiger Zweifel nachweisen zu können.

Für den Zeugenbeweis und die Parteivernehmung gilt hinsichtlich der Kausalität nichts speziell Suchmaschinenoptimierung betreffendes, da die aussagenden Personen letztlich nur ihre eigene Wahrnehmung der veränderten Trefferlistenpositionen und die mutmaßlichen Ursachen ebendieser mitteilen können. Da auch ihnen der Algorithmus unbekannt ist, sind ihre Beobachtungen letztlich Mutmaßungen. Inwieweit eine Zeugenaussage oder die Aussage einer Partei im konkreten Einzelfall überzeugt, ist grundsätzlich keine speziell für Suchmaschinenoptimierung geltende Frage. Die Kenntnisse eines aussagenden Zeugen oder einer Partei hinsichtlich der Kausalität lässt sich zumindest dadurch einschätzen, dass der Richter erkennt, ob die aussagende Person mit der Problematik bezüglich nicht objektiv ermittelbarer Trefferlistenpositionen und Unbekanntheit des Algorithmus vertraut ist.

Bei der Betrachtung von veröffentlichten Informationen der marktführenden Suchmaschinen, der Guidelines oder Fachliteratur zur Suchmaschinenoptimierung ist anzumerken, dass die Aktualität dieser Informationen eine erhebliche Rolle spielt. Nicht selten ändern sich die Algorithmen

1178 Siehe Kapitel 2 A. III. und Kapitel 4 C.

1179 Siehe Kapitel 2 A. III. und Kapitel 4 B.

der Suchmaschinen in kurzen Zeitabständen erheblich, sodass diesbezügliche Informationen schnell veralten.

Es zeigt sich insgesamt, dass der Richter den Protokolldaten von Analysetools der Suchmaschinen hinsichtlich einer Kausalität im obigen Sinne am meisten Vertrauen entgegenbringen kann, dies insbesondere, wenn die Protokolldaten durch einen tauglichen Sachverständigen gedeutet werden. Allerdings verbleiben auch hier stets Zweifel, ohne dass nach hiesiger Ansicht pauschal ausgesagt werden könnte, ob diese Zweifel im konkreten Einzelfall vernünftig oder unvernünftig sind, sprich einer „volle“ Überzeugung gem. § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO entgegenstehen oder nicht.

V. Fazit

Bei Fallkonstellationen vor Zivilgerichten mit speziellem Bezug zur Suchmaschinenoptimierung ist zwischen den Parteien Streit hinsichtlich Trefferlistenpositionen, Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen und der Kausalität zwischen ebendiesen denkbar. Offenkundigkeit gem. § 291 ZPO ist hinsichtlich ebendieser strittigen Tatsachen in der Regel nicht gegeben.

Als Beweismittel bezüglich der strittigen, suchmaschinenoptimierungsspezifischen Tatsachenbehauptungen kommt u.a. die Möglichkeit der Einreichung eines Screenshots, das Einreichen von Daten aus Analysetools, die Verwendung von Way-Back-Maschinen, Zeugenaussagen, Parteivernehmungen und Sachverständigengutachten in Betracht.

Hinsichtlich der Beweismittel zu erreichten Trefferlistenpositionen ist deutlich darauf hinzuweisen, dass letztlich kein objektiver Beweis einer exakten Trefferlistenposition erbracht werden kann. Ein solcher objektiver Beweis ist für die richterliche Überzeugung im Wege freier Beweiswürdigung gem. § 286 ZPO jedoch nicht notwendig, da hier bereits die Annahme einer sehr hohen Wahrscheinlichkeit unter Schweigen vernünftiger Zweifel ausreichend ist. Eine Überzeugung hinsichtlich exakter Trefferlistenpositionen wird oftmals nicht gelingen, hingegen eine Überzeugung hinsichtlich einem Bereich von Trefferlistenpositionen schon eher.

Hinsichtlich der Beweiswürdigung von Beweismitteln zu Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen ergibt sich keine speziell für Suchmaschinenoptimierung geltende Betrachtung, da es sich um reine beweismäßige Darstellungen vorgenommener Marketingmaßnahmen handelt.

Bei der Beweiswürdigung von Beweismitteln zur Kausalität zwischen Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen und Trefferlistenposition ist zu beachten, dass der Algorithmus von Suchmaschinen unbekannt und daher

eine endgültige Kausalität nicht nachgewiesen werden kann. Vernünftige Zweifel werden hier in vielen Fällen keineswegs schweigen. Nichtsdestotrotz kann und muss sich ein zuständiger Richter im Wege freier Beweiswürdigung eine Überzeugung diesbezüglich bilden. Es wird bei der konkreten Betrachtung einzelner Beweismittel daher entscheidend darauf ankommen, ob die übrigbleibenden Zweifel vernünftig sind, sprich ob trotz Unbekanntheit des Algorithmus und nicht objektiv ermittelbarer Trefferlistenpositionen der Richter im Einzelfall dennoch eine ausreichend sehr hohe Wahrscheinlichkeit des Vorliegens einer Tatsache unter Schweigen vernünftiger Zweifel annehmen kann.

Es zeigt sich, dass die bereits zu Beginn der Untersuchung aufgezeigten Grundsatzfragen einer lauterkeitsrechtlichen Betrachtung für eine grundsätzliche Beweisführung in Gerichtsverfahren vor Zivilgerichten mit speziellem Bezug zur Suchmaschinenoptimierung eine erhebliche Bedeutung zukommt: Sowohl der Umstand, dass Trefferlisten objektiv nicht ermittelbar sind¹¹⁸⁰, als auch die Tatsache, dass der Algorithmus von Suchmaschinen unbekannt ist¹¹⁸¹, kann Gegenstand streitiger Tatsachenbehauptungen sein und im Rahmen der Beweiswürdigung aller diesbezüglichen Beweismittel eine erhebliche Bedeutung entfalten. Richter sollten im Wege freier Beweiswürdigung suchmaschinenoptimierungsspezifischer Beweismittel nicht ohne Berücksichtigung ebendieser Umstände ihre Überzeugungen bilden.

1180 Hierzu Kapitel 2 A. III. und Kapitel 4 C.

1181 Hierzu Kapitel 2 A. III. und Kapitel 4 B.