
Meta-Tags, Keywords und andere Mittel der Suchmaschinenoptimierung – eine Momentaufnahme aus immaterialgüter- und wettbewerbsrechtlicher Sicht

GREGOR BÜHLER*

Inhaltsverzeichnis

Meta-Tags, Keywords und andere Mittel der Suchmaschinenoptimierung – eine Momentaufnahme aus immaterialgüter- und wettbewerbsrechtlicher Sicht.....	43
1. Informationsversorgung im Internet – die besondere Rolle der Suchmaschinen	44
1.1 Informationsvermittlung im Internet	45
1.1.1 Wahl des Domainnamens.....	45
1.1.2 Traditionelle Werbung	46
1.2 Suchmaschinen – Bedeutung und Funktionsweise	46
1.3 Zum Begriff der Suchmaschinenoptimierung.....	47
1.4 Die Mittel der Suchmaschinenoptimierung	48
1.4.1 Meta-Tags	48
1.4.1.1 Begriff.....	48
1.4.1.2 Beispiele aus der Praxis.....	49
1.4.2 Keyword-Dichte	51
1.4.3 Brückenseiten.....	51
1.4.3.1 Begriff.....	51
1.4.3.2 Beispiel aus der Praxis	52
1.4.4 Back-Links	52
1.4.5 Cloaking.....	53
2. Rechtliche Aspekte	53
2.1 Versteckte Verwendung fremder Kennzeichen am Beispiel der Meta-Tags	53
2.1.1 Markenrecht	53
2.1.1.1 Bisherige Lehre: Kein kennzeichenmässiger Gebrauch	54
2.1.1.2 Kritik an der bisherigen Lehre.....	55
2.1.1.3 Exkurs: Der "Impuls"-Entscheid des BGH vom 18. Mai 2006	56
2.1.1.4 Kennzeichenmässiger Gebrauch bei der Verwendung in Meta-Tags	57
2.1.1.5 Meta-Tags und Ankündigungsrecht	58
2.1.1.6 Beurteilung der weiteren Beispiele.....	59

* Der Autor dankt RA lic. iur. MARCEL KÜCHLER für seine wertvollen Beiträge zu diesem Artikel.

2.1.2	Namensrecht.....	60
2.1.3	Lauterkeitsrecht.....	60
2.2	Sanktionen durch Suchmaschinenbetreiber.....	62
2.2.1	Im Spannungsverhältnis zwischen Website- und Suchmaschinenbetreibern.....	62
2.2.2	Die <i>Google</i> -Richtlinien.....	62
2.2.3	Rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Sanktionen durch Suchmaschinenbetreiber.....	63
2.2.3.1	Zur Ausgangslage.....	63
2.2.3.2	Kartellrechtliche Ansprüche?.....	64
2.2.3.3	Schuldrechtliche Ansprüche?.....	66
2.2.3.4	Ausblick.....	67
3.	Zusammenfassung.....	67
	Literaturverzeichnis.....	69

"The really important thing about the web, which will continue through any future technology, is that it is a universal space."

Tim Berners-Lee¹

1. Informationsversorgung im Internet – die besondere Rolle der Suchmaschinen

Erst gut 17 Jahre ist es her, seit Tim Berners-Lee die erste Verbindung von einem Browser zu einem Server herstellte. Auf dieser technischen Grundlage ist das Internet entstanden, ein Phänomen, das aus dem Alltag nicht mehr wegzudenken ist². Das Internet ist im wahrsten Sinne des Wortes ein Marktplatz ohne Grenzen geworden. Auf dieser universellen Plattform werden Waren, Dienstleistungen, Unterhaltung, Wissen, Korrespondenz und vieles mehr ausgetauscht.

Diese Austauschhandlungen setzen den Zugang zu einschlägiger Information voraus. Information steht im Internet zwar im Übermass zur Verfügung³, entscheidend ist aber die Frage: Wie findet ein (Informations-)

¹ The Guardian vom 3. November 2006, abrufbar unter <http://technology.guardian.co.uk/news/story/0,,1938477,00.html>.

² Eine Einführung dazu beispielsweise LUBKOWITZ, 35 und 51 ff.

³ Einlässlich zur damit zusammenhängenden Problematik der Überinformation: WEBER, Suchmaschinen, 23 ff.

Angebot den potentiellen Interessenten und wie findet ein Interessent ein passendes (Informations-)Angebot? Eine zentrale Herausforderung wird die effiziente Versorgung mit nützlichen Informationen. Diese Aufgabe nehmen Suchmaschinen wahr.

Die nachfolgenden Ausführungen handeln von Fragen und Problemen, die sich im Verhältnis zwischen Suchmaschinen- und Websitebetreibern und im Verhältnis zwischen Websitebetreibern und Dritten (nämlich Kennzeicheninhabern) ergeben.

1.1 Informationsvermittlung im Internet

Ein Teilnehmer am Marktplatz "Internet" kann Informationen zu seinem Angebot in verschiedener Weise vermitteln:

1.1.1 Wahl des Domainnamens

Ist der Name eines Anbieters oder das Kennzeichen eines bestimmten Produktes ausserhalb des Internets bereits bekannt, wird ein potentieller Kunde zunächst diesen als Domainnamen in die Adressleiste seines Browsers eingeben. Der bekannte Anbieter schaltet seinen Auftritt im Internet deshalb in der Regel unter einem Domainnamen auf, der seinem Namen oder dem Kennzeichen seines Produktes entspricht. Der Konsument, der etwas über Nestlé oder deren Produkte erfahren will, wird es also zunächst mit *http://www.nestle.ch*, *http://www.nestle.com* oder auch *http://www.nescafe.ch* versuchen. Wer in Deutschland Informationen über Audi sucht, wird *http://www.audi.de* in die Browser-Adressleiste eingeben⁴. Auf der Ebene der Domainnamen gibt es für Anbieter schliesslich noch den Weg, generische Begriffe wie Reisen, Hotel, Internet etc. zu nutzen. Aufgrund

⁴ Findige Zeitgenossen haben sich diese Abnehmerpräferenz zunutze gemacht, indem sie entsprechende Domainnamen für sich registriert und benutzt haben. Die Rechtsfragen, die sich im Zusammenhang mit der Registrierung von "fremden" Domainnamen ergeben, sind schon verschiedentlich behandelt worden. Vgl. etwa die Arbeit von BURR; ROSENTHAL, 91 ff. und 124 ff.; sowie aus der Rechtsprechung: Entscheid des OG Basel-Landschaft vom 2. Mai 2000 ("hotmail.ch"), Entscheid des OG Thurgau vom 19. Februar 2002 (Registrierung von über 300 Domainnamen wie "audi-ankauf.ch", "audi-handel.ch" etc.), Entscheid des BGer 4C.141 | 2002 ("djbobode"), Entscheid des BGer 4C.31 | 2004 ("riesen"), Entscheid des BGer 4C.376 | 2004 ("maggi.com"), BGE 125 III 91 ("rytz.ch"), BGE 126 III 239 ("berneroberland.ch"), BGE 128 III 353 ("montana.ch") und BGE 128 III 401 ("luzern.ch").

der Architektur des Internets sind die Möglichkeiten aber auch hier begrenzt, weil etwa *http://www.reisen.ch*, *http://www.hotel.de* oder *http://www.internet.com* nur einmal belegt werden können.

1.1.2 Traditionelle Werbung

Wer hingegen nicht über ein einprägsames Kennzeichen verfügt und auch keinen generischen Begriff als Domainnamen registrieren konnte, muss potentielle Kunden auf andere Weise ansprechen. Es stehen ausserhalb des Internets die "klassischen" Mittel des Warenabsatzes zur Verfügung: Fernseh- und Radiowerbung, Mund-zu-Mund-Propaganda, Plakate, Zeitungsinserate, Flugblätter, Einträge in Branchenverzeichnissen etc.⁵. Dazu kommen internetspezifische Werbeformen wie Bannerwerbung, Pop-up-Fenster oder die (mittlerweile verpönte⁶) Spam-Werbung.

1.2 Suchmaschinen – Bedeutung und Funktionsweise

Kennt der potentielle Kunde den Namen oder die Firma eines Anbieters, oder sucht er ein bestimmtes Produkt, wird die Suche mittels Domainnamen oder auf Basis von Informationen aus der Werbung in der Regel zum (Such-)Erfolg führen. Unübersichtlich wird die Situation, wenn der Nachfrager sich nicht nur für die Produkte eines bestimmten Anbieters interessiert, sondern für Produkte einer Kategorie, oder wenn er verschiedene Angebote miteinander vergleichen will. Hier füllen die Internetsuchmaschinen die Lücke in der Informationsvermittlung zwischen Anbieter und Kunde⁷. Sie helfen, mittels effizienten Suchtechniken die sprichwörtliche(n) Nadel(n) im Heuhaufen zu finden⁸. Ohne Suchmaschinen wären gewisse Internetseiten praktisch überhaupt nicht auffindbar⁹.

⁵ In diesen Gefässen wird in aller Regel auf die einschlägigen (eben nicht bekannten) Domainnamen verwiesen.

⁶ Vgl. Art. 3 lit. o UWG, in Kraft seit dem 1. April 2007.

⁷ Bei dieser Informationsvermittlung handelt es sich wiederum um eine der im Internet angebotenen Dienstleistungen. Allerdings werden die Leistungen in der Regel nicht den Kunden in Rechnung gestellt, sondern über Werbung finanziert.

⁸ VARADINEK, 279.

⁹ OTT, 195 m.w.H. zur gesellschaftlichen, politischen und wirtschaftlichen Bedeutung und Verantwortung der Suchmaschinenbetreiber. Siehe auch die Beispiele bei DAY, 1464.

Internetsuchmaschinen verfügen über riesige Datenbanken, deren Daten sie primär über Suchroboter erhalten. Diese Suchroboter gehen nach folgendem Grundmuster vor¹⁰: Sie "surfen" das Internet ab, indem sie selbständig Internetseiten aufrufen und den auf diesen Seiten enthaltenen Links folgen. Diese Suchroboter werden deshalb auch "Crawler" oder "Spider" genannt. Die Suchmaschine erfasst zunächst den Text einer Internetseite, analysiert diesen und speichert sodann die auf der Seite enthaltenen Daten in ihrer Datenbank. In einem zweiten Schritt prüft die Suchmaschine, ob in einer erfassten Seite Links zu andern Internetseiten enthalten sind. Ist dies der Fall, folgt die Suchmaschine diesen Links und analysiert und speichert wiederum die so aufgefundenen Internetseiten.

1.3 Zum Begriff der Suchmaschinenoptimierung

Die Optimierung der eigenen Website im Hinblick auf (bestimmte) Suchmaschinen ist heute eines der zentralen Themen im Zusammenhang mit dem Internet; besonders im Bereich der kommerziellen Angebote¹¹. Damit potentielle Kunden den Weg zu einer Internetseite finden, muss diese

- über (bestimmte) Suchmaschinen auffindbar sein; und
- in den ersten Rängen der Ergebnislisten dieser Suchmaschinen figurieren.

Dies hat einerseits mit der Fülle der Angebote zu tun, andererseits aber auch mit der vorrangigen Bedeutung der Suchmaschinen. Dabei kann es sich in Nischen-Bereichen um spezialisierte Suchmaschinen handeln, in aller Regel steht indes die Optimierung der Website für die *Google*-Suchmaschine im Vordergrund¹².

¹⁰ Vgl. zum Nachfolgenden z.B. LUBKOWITZ, 89 f. und 977 ff. und <http://de.wikipedia.org/wiki/Suchmaschinen>. Mittlerweile ist die Funktionsweise von Internetsuchmaschinen noch komplexer geworden; diese werten weit mehr Daten aus als nur den Inhalt der einzelnen Internetseite, beispielsweise versuchen sie, die Relevanz einer Internetseite aus der Anzahl der auf sie verweisenden Links (und wiederum deren Relevanz) zu bestimmen. Vgl. auch 1.4.4 nachfolgend.

¹¹ Als Beispiel: Ein kommerzielles Rechtsanwaltsverzeichnis, abrufbar unter <http://www.anwalt-seiten.de/>, wirbt bei potentiellen Interessenten damit, die Präsenz im Internet zu optimieren.

¹² Die Google-Suchmaschine (<http://www.google.com>) ist gemäss SonntagsZeitung vom 20. Mai 2007, 115, "Quasimonopolist" in der Schweiz. In Deutschland soll sie über 80 % aller Internetsuchabfragen abwickeln; weit abgeschlagen an zweiter Stelle folgt Yahoo (<http://www.yahoo.com>) mit bloss etwa 3-5 % (gemessen durch [47](http://www.</p></div><div data-bbox=)

Das Phänomen der "Positionsoptimierung in Datenbanken" ist nicht neu. Seit je her versuchen Anbieter, sich im Wettbewerb einen Vorteil zu verschaffen, indem sie die Architektur von Datensammlungen und Registern ausnutzen. Dies belegt ein Blick auf die ersten Einträge im gedruckten Telefonbuch: "A & A & 24 Std. Schlüsselservice", "AAA Immobilien", "AAA AAABBAA Glaserei"¹³. Wie Suchmaschinen basieren auch solche Register auf der Erfassung von Daten und dem Anzeigen eines Abfrageresultats nach bestimmten Kriterien. Im Falle des Telefonbuches sind diese (alphabetischen) Kriterien allgemein bekannt. Bei der Optimierung von Websites für Suchmaschinen geht es grundsätzlich um dasselbe; die "Tricks" der Anbieter sind häufig sogar ähnlich trivial wie die angeführten Beispiele mit der Top-Positionierung bei alphabetischer Reihenfolge.

1.4 Die Mittel der Suchmaschinenoptimierung

1.4.1 Meta-Tags

1.4.1.1 Begriff

Meta-Tags sind das klassische¹⁴ Mittel der Suchmaschinenoptimierung. Meta-Tags sind in Hypertext Markup Language (HTML) codierte Informationen, die im Browser-Fenster *nicht* dargestellt werden. Die Meta-Tags waren anfänglich dazu bestimmt, für Suchmaschinen Schlüsselbegriffe einer Internetseite bereitzustellen¹⁵. Weil die in den Meta-Tags enthaltenen Begriffe für den blossen Betrachter einer Seite nicht sichtbar sind, hat dies rasch dazu geführt, dass in den Meta-Tags weit mehr als nur gerade eine Beschreibung oder ein paar wenige Schlüsselbegriffe angebracht wurden, dies mit dem Ziel, bei möglichst vielen Suchmaschinenabfragen im Resultat zu erscheinen. Wegen dieses inflationären Gebrauchs

webhits.de); gemäss anderer Quelle soll es Google als Suchmaschinenbetreiber in den USA auf einen Marktanteil von 48,3 % bringen, während MSN und Yahoo zusammen 38,4 % schaffen (Microsoft und Yahoo im Scheinwerferlicht, in: NZZ vom 5. Mai 2007, 23; auch <http://www.validome.org/blog/news/Item-123>); vgl. auch OTT, 195 f.

¹³ Telefonbuch der Stadt Zürich, Ausgabe 2007.

¹⁴ Wenigstens was die rechtliche Erfassung der Suchmaschinenoptimierung anbelangt.

¹⁵ Meta-Tags erhalten gewissermassen Informationen über Informationen. Vgl. auch ROSENTHAL, 115; BAUDENBACHER, N 231 zu Art. 3 lit. b UWG.

messen die meisten Suchmaschinen den in Meta-Tags enthaltenen Schlüsselbegriffen heute keine besondere Bedeutung mehr zu¹⁶.

Neben dem Platzieren in Meta-Tags gibt es weitere Möglichkeiten, Begriffe für den normalen Betrachter unsichtbar im Quelltext einer Internetseite unterzubringen, beispielsweise in Datei- und Pfadnamen von anzuzeigenden Grafiken oder in nicht angezeigten Parametern von Objekten. Weniger subtil ist die Methode, Text auf der Internetseite auf einem gleichfarbigen Hintergrund zu verstecken. Diese Varianten der Suchmaschinenoptimierung können ebenfalls unter den Begriff der Meta-Tags in einem weiteren Sinne subsumiert werden. Denn in all diesen Fällen geht es um dasselbe: die für den Websitebenutzer unsichtbare Platzierung von maschinenlesbaren Schlüsselbegriffen¹⁷.

1.4.1.2 Beispiele aus der Praxis

- *Plattform für Gebrauchtwagen*

Eine der grösseren Schweizer Internetplattformen für Gebrauchtwagen, www.autoscout.ch, verwendet in den Meta-Tags neben Schlüsselbegriffen wie *Auto*, *Autos*, *Cabrio* oder *Gebrauchtwagen* auch die Markennamen gängiger Automobile wie *Audi*, *BMW*, *Ferrari*, *Honda*, *Mercedes*, *Porsche*, *Skoda* etc.¹⁸.

¹⁶ Vgl. die Google Webmaster Guidelines, abrufbar unter <http://www.google.com/support/webmasters/bin/answer.py?answer=35769>.

¹⁷ Ähnlich DAY, 1466.

¹⁸ Der vollständige Keyword-Tag lautet: `<meta name="keywords" content="Autos, Auto, Audi, BMW, Cabrio, Chevrolet, Chrysler, Citroen, Corvette, Coupe, Daimler, Fahrzeuge, Ferrari, Fiat, Finanzierung, Autos, Ford, Gebrauchtwagen, Gebrauchtwagenbörse, Geländewagen, Golf, Honda, Hummer, Hyundai, Inserate, Jaguar, Jahreswagen, Jeep, Kia, Klassiker, Kombi, Lancia, Leasing, Limousine, Mazda, Mercedes, Mitsubishi, Motorrad, Nissan, Nutzfahrzeuge, Oldtimer, Opel, Personenwagen, Peugeot, Porsche, Renault, Alfa Romeo, Seat, Skoda, Sportwagen, Subaru, Suzuki, Toyota, Tuning, Versicherung, Versicherungen, Volvo, VW">`.

- *Sixt | Budget (Deutschland)*

Der Mietwagenanbieter Sixt hatte die Namen verschiedener Konkurrenten (u.a. Budget, Hertz, Avis, EuropCar) in den Katalog seiner Meta-Tag-Schlüsselbegriffe aufgenommen. Das hatte zur Folge, dass bei jeder Suchabfrage nach einem dieser Mietwagenanbieter immer auch Sixt in der Ergebnisliste auftauchte. Dadurch wurden Kunden dazu verleitet, statt der Internetseite des effektiv gesuchten Anbieters diejenige von Sixt anzuklicken. Schliesslich klagte der Konkurrent Budget gegen Sixt vor dem Landgericht München wegen unlauteren Wettbewerbs¹⁹.

- *Soda Stream*

Zwei Unternehmen der Soda-Club Gruppe²⁰ verlangten klageweise vor dem Handelsgericht des Kantons Aargau, es sei einem Konkurrenten (und ehemaligen Lizenznehmer) zu verbieten, die Meta-Tags "SodaStream", "Soda Stream", "SodaClub", "Soda Club", "SodaStar" und "Soda Stream Maxi" im Quelltext der von ihm betriebenen Internetseite zu benutzen. Ihren Unterlassungsanspruch stützten sie auf Marken-, Namens- sowie auf Lauterkeitsrecht.

- *Impuls (Deutschland)*

Die Impuls Finanzmanagement AG bietet unter dem Kennzeichen "Impuls" in Deutschland verschiedene Beratungsdienstleistungen im Bereich der Krankenversicherung an. Unter dem Domainnamen "impulsonline.de" ist sie auch im Internet präsent. Ein Konkurrent verwendete in den Meta-Tags seiner Internetseite den Schlüsselbegriff "Impuls". Gegen diese Verwendung ging die Impuls Finanzmanagement AG wegen Kennzeichenrechtsverletzung und Verstoss gegen das Lauterkeitsrecht gerichtlich vor²¹.

¹⁹ WEBER, E-Commerce, 255 f.

²⁰ Klägerin 1 war die Soda-Club CO2 Ltd., BVI, als Klägerin 2 trat die SodaStream Ltd., GB auf. Erstere war Inhaberin der Marken "Sodastream", "Sodastar" und "Sodaclub", siehe Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 10. April 2001, in: sic! 2001, 532 ff.

²¹ Siehe den Sachverhalt im Urteil des deutschen Bundesgerichtshofes vom 18. Mai 2006 (abrufbar unter <http://www.netlaw.de/entscheidungen/2006-05-18-bgh-i-zr-183-03.xml>).

1.4.2 Keyword-Dichte

Dem (sichtbaren) Text einer Internetseite messen die Suchmaschinen nach wie vor besondere Bedeutung zu. Kommt ein Begriff häufiger vor als andere, wird ein Begriff als Überschrift verwendet oder auf andere Weise hervorgehoben, schreiben Suchmaschinen solchen Begriffen ebenfalls die Bedeutung von Schlüsselbegriffen zu. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von der *Keyword-Dichte*. Die Optimierung einer Internetseite für Suchmaschinen besteht hier darin, die gewünschten Begriffe häufig und hervorgehoben zu verwenden.

Welcher Teil einer Internetseite von den Suchmaschinen tatsächlich eingelesen wird, hängt wesentlich von der Speicherkapazität und der Rechenleistung der Datenbanken und Server der Suchmaschine ab. So speichern Suchmaschinen in der Regel nicht den kompletten Quelltext der Internetseite. Bei *Google* sind dies beispielsweise die ersten 101 KB, bei der Yahoo-Suchmaschine immerhin die ersten 500 KB²². Es ist damit entscheidend, die "richtigen" Begriffe am Anfang einer Website zu verwenden.

1.4.3 Brückenseiten

1.4.3.1 Begriff

Viele rein grafische und multimediale Elemente²³, die heute auf Internetseiten eingesetzt werden, können von Suchmaschinen nicht direkt durchsucht werden. Das führt dazu, dass Internetseiten weder im angezeigten Inhalt noch im Quelltext lesbare Begriffe enthalten, aufgrund derer Suchmaschinen diese Seiten einordnen könnten. Sogenannte Brückenseiten (engl. *doorway pages*) können hier Abhilfe schaffen. Es handelt sich dabei um Internetseiten, die mit lesbaren Schlüssel- und Suchbegriffen in Textform speziell auf Suchmaschinen ausgerichtet sind. Die Besucher der Brückenseiten bekommen deren Inhalt dabei höchstens für Sekundenbruchteile zu sehen; sie werden unmittelbar zu einer Hauptseite weitergeleitet.

²² LUBKOWITZ, 990 f.

²³ Beispielsweise JPEG- und GIF-Bilddateien, Java Applets oder Adobe Flash-Objekte.

1.4.3.2 *Beispiel aus der Praxis*

- *BMW Deutschland*

BMW Deutschland lieferte ein Lehrbuch-Beispiel für die Verwendung von Brückenseiten und Schlüsselbegriffen²⁴. Die Ausnützung der vollen grafischen und multimedialen Gestaltungsmöglichkeiten auf der BMW-Website führte dazu, dass diese weder im sichtbaren Inhalt noch im Quelltext für Suchmaschinen verwertbare Information enthielt und für Suchmaschinen damit nicht mehr indizierbar war. BMW versuchte durch das Aufschalten einer Reihe von textbasierten und für Suchmaschinen optimierte Brückenseiten Abhilfe zu schaffen. Diese leiteten den Besucher dann automatisch auf die BMW-Hauptseite weiter. Vom wenig attraktiven Inhalt der Brückenseiten bekamen die Besucher dabei kaum etwas mit²⁵.

1.4.4 **Back-Links**

Neben Schlüsselbegriffen tragen auch die auf eine Website führenden Links zur Berechnung ihrer allgemeinen Relevanz bei. Die Idee ist einfach und rührt von der Annahme her, dass eine Internetseite, auf die viele Links verweisen, eine grosse Relevanz hat. Dabei genügt es jedoch nicht, dass die Links von irgendwelchen Seiten stammen, vielmehr wird auch die Relevanz der Ausgangsseite "gemessen". So hilft es beispielsweise nicht, selber viele Domainnamen zu registrieren und von diesen aus Links auf die Hauptseite zu setzen (sogenannte *Back-Links*), damit diese in der Relevanz steigt. Wenig zur Relevanz-Steigerung tragen aus dem gleichen Grund auch sogenannte "Link-Farmen" bei, d.h. Internetseiten, deren Angebot sich darauf beschränkt, Links auf andere Internetseiten aufzulisten.

²⁴ <http://blog.outer-court.com/archive/2006-02-04-n60.html>; <http://bloggingtom.ch/archives/2006/02/04/google-kickt-bmw-aus-dem-index/>.

²⁵ Auszug aus der Website, welche auf die Begriffe "BMW" und "Neuwagen" hin optimiert war: "BMW Neuwagen. Sie suchen einen BMW Neuwagen? Unsere Suche nach BMW-Händlern in Ihrer Nähe bietet schnellen Zugriff auf BMW-Autohäuser in Ihrer Nähe, wo Sie sich die BMW Neuwagen in aller Ruhe und Ausführlichkeit ansehen können – Sie erhalten von uns Adresse, Telefon und Website der BMW-Händler in Ihrer Nähe. Suchen Sie über Name, Postleitzahl oder Stadt des BMW-Partners. BMW Neuwagen – In jeder Abteilung unserer BMW Niederlassung arbeiten Fachleute für Sie. Unsere Mitarbeiter werden durch intensive Schulungen der BMW AG immer auf dem aktuellen Stand des Wissens gehalten. BMW Neuwagen...".

1.4.5 Cloaking

Unter Cloaking (von engl. *to cloak*; tarnen, verhüllen) wird eine Technik der Suchmaschinenoptimierung verstanden, bei der dem Suchroboter eine andere Seite präsentiert wird als dem normalen Besucher der Internetseite²⁶. Technisch erfordert dies, dass der Server, auf dem die Internetseite gespeichert ist, Suchroboter von normalen Besuchern unterscheiden kann. Auf diese Weise können z.B. auch die den Suchmaschinen gegenüber verwendeten Meta-Tags verheimlicht werden.

2. Rechtliche Aspekte

2.1 Versteckte Verwendung fremder Kennzeichen am Beispiel der Meta-Tags

Die unter 1.4.1.2 angeführten Beispiele machen deutlich, dass bei weitem nicht nur generische Begriffe zur Optimierung einer Internetseite für Suchmaschinen verwendet werden. Vielfach zeigt ein Blick in den Quelltext einer Internetseite die Verwendung von Begriffen, die geschützten fremden Kennzeichen entsprechen. Dabei handelt es sich bisweilen um die Kennzeichen eines Konkurrenten (*Sixt | Budget, Impuls*) oder um diejenigen des Herstellers der auf der Internetseite vertriebenen Produkte (*Plattform für Gebrauchtwagen, Soda Stream*). Die Besonderheit bei dieser Kennzeichenverwendung liegt darin, dass die verwendeten Kennzeichen für den normalen Betrachter der Internetseite *nicht sichtbar* sind. Diese Verwendung fremder Zeichen wirft unter Schweizer Recht – je nach Fallkonstellation – Fragen des Markenrechts, des Firmen- und Namensrechts sowie des Lauterkeitsrechts auf.

2.1.1 Markenrecht

Das Markenschutzgesetz verleiht dem Inhaber einer Marke das ausschliessliche Recht, die Marke zur Kennzeichnung der Waren und Dienstleistungen, für welche die Marke beansprucht wird, zu gebrauchen (Art. 13 Abs. 1 MSchG). Der Markeninhaber kann mithin jedem andern verbie-

²⁶ <http://www.suchmaschinentricks.de/technik/suchmaschinen-cloaking/>.

ten, sein als Marke geschütztes Zeichen *kennzeichenmässig* zu benützen²⁷. Entsprechend sieht Art. 13 Abs. 2 MSchG eine Reihe von Verbotungsrechten vor. Zu prüfen ist namentlich, ob die *versteckte* Verwendung eines fremden Zeichens im Quelltext einer Internetseite unter einen der Tatbestände von Art. 13 Abs. 2 lit. a-e MSchG fällt.

2.1.1.1 *Bisherige Lehre: Kein kennzeichenmässiger Gebrauch*

Nach bisheriger schweizerischer Lehre fehlt es bei der versteckten Verwendung fremder Kennzeichen im Quelltext von Internetseiten an einer hinreichenden Wahrnehmbarkeit des Zeichens durch die Adressaten. Deshalb könne man nicht von einer kennzeichenmässigen Verwendung solcher Zeichen sprechen²⁸.

- Argumentiert wird einerseits mit Art. 10 MSchV, wonach eine Marke grafisch darstellbar sein muss, um in das Markenregister eingetragen werden zu können. Daraus wird geschlossen, ein Kennzeichen im Sinne des Markenschutzgesetzes könne nur sein, was wahrnehmbar sei. An dieser Wahrnehmbarkeit fehle es den Meta-Tags und andern versteckten Schlüsselbegriffen – wenigstens ohne Rückgriff auf den Quelltext²⁹.
- Andererseits werden auch die einzelnen Verbotungsrechte in den Tatbeständen von Art. 13 Abs. 2 lit. a-e MSchG zu Hilfe genommen: Zutreffend ist dabei, dass die Verwendung von Zeichen in Meta-Tags nicht unter Art. 13 Abs. 2 lit. a MSchG ("das Zeichen auf Waren oder deren Verpackungen anzubringen") oder lit. d ("unter dem Zeichen Waren ein- oder auszuführen") fällt. Auch unter lit. b und c ("unter dem Zeichen Waren [...] und Dienstleistungen anzubieten [...]") soll sich die Verwendung von fremden Kennzeichen in Meta-Tags nicht subsumieren lassen. Der Anbieter, der seine Internetseite mit einem fremden Kennzeichen unterlege, biete damit noch nicht Waren oder Dienstleistungen unter diesem Zeichen an. Er verwende das fremde

²⁷ Das Verbot richtet sich nicht nur gegen identische Zeichen, sondern auch gegen Zeichen, die mit dem als Marke geschützten Zeichen verwechselbar sind (Art. 13 Abs. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. b und c MSchG). Wie die angeführten Beispiele (vgl. oben 1.4.1 und 1.4.3) zeigen, geht es allerdings bei Verwendung fremder Zeichen zur Suchmaschinenoptimierung in der Regel um identische Zeichen für gleiche Waren und Dienstleistungen. Fragen der Verwechslungsgefahr stehen damit in der Regel nicht im Vordergrund.

²⁸ Vgl. WILLI, N 16 zu Art. 13 MSchG; DAY, 1466; SPIRIG, 329 ff.; a.A. MENN, 78.

²⁹ Zum Ganzen DAY, 1466; WEBER, Suchmaschinen, 86 f.

Kennzeichen nur dazu, Kunden auf seine eigene Internetseite zu locken³⁰.

In dem bisher einzigen publizierten Entscheid, der sich mit der Verwendung fremder Kennzeichen in Meta-Tags befasst, hat sich das Handelsgericht des Kantons Aargau mit dieser Frage nicht ausdrücklich auseinandergesetzt und eine Kennzeichenverletzung aus andern Gründen verneint³¹.

2.1.1.2 Kritik an der bisherigen Lehre

Die gegen das Vorliegen eines kennzeichenmässigen Gebrauchs vorgebrachten Argumente überzeugen aus folgenden Gründen nicht:

- Art. 10 MSchV steht im Zusammenhang mit der Eintragung einer zu schützenden Marke. Die in dieser Bestimmung verlangte Darstellbarkeit des Kennzeichens ist eine Voraussetzung der Markeneintragung, sagt aber nichts über die Reichweite des markenrechtlichen Schutzes aus. Es würde dem Schutzgedanken des Markenrechts widersprechen, wollte man den Schutz der Marke von der Eintragungsfähigkeit des verletzenden Zeichens abhängig machen³². Im Übrigen können Meta-Tags über den Quelltext bei jeder Website auch sichtbar gemacht und ausgedruckt werden. Als Argument dafür, dass es im Falle versteckter Verwendung von Kennzeichen an einer kennzeichenmässigen Verwendung fehle, kann Art. 10 MSchV jedenfalls nicht verwendet werden³³.
- Beim zweiten Argument, das sich am Wortlaut der Verbotensrechte in Art. 13 Abs. 2 MSchG orientiert, hält die Unterscheidung von "Waren oder Dienstleistungen unter diesem Kennzeichen anbieten" und "das Kennzeichen nur dazu benutzen, um Kunden auf die Internetseite zu locken" einer Prüfung nicht stand. Letztlich geht es jedem Benutzer eines fremden Kennzeichens darum, mittels dieses Kennzeichens Kun-

³⁰ DAY, 1466 f. m.w.H.

³¹ Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 10. April 2001, in: sic! 2001, 537 ff.; immerhin bezeichnet das Handelsgericht das Setzen von fremden Zeichen als "verkaufsfördernde Massnahme", was auf Annahme eines kennzeichenmässigen Gebrauchs hindeutet.

³² DAVID, N 10 zu Art. 13 MSchG, hält mit Recht dafür, dass die Ausschliesslichkeitsrechte sehr extensiv gehandhabt werden sollen. Bereits die Botschaft zum MSchG, BBl 1991 I, 1, 17, hielt fest, dass es Ziel des neuen Gesetzes sei, die Stellung des Markeninhabers zu stärken.

³³ Gleicher Auffassung: MENN, 78, insbesondere Fn 336.

den anzulocken. Weiter fand, soweit ersichtlich, Art. 13 Abs. 2 lit. e MSchG in der Diskussion noch keine besondere Beachtung³⁴. Diese Bestimmung verbietet es andern nicht nur, ein als Marke geschütztes Kennzeichen auf Geschäftspapieren und in der Werbung zu benutzen, sondern auch, das Kennzeichen "*sonstwie im geschäftlichen Verkehr zu gebrauchen*". Der Tatbestand ist jedenfalls offen genug³⁵, um die Verwendung eines Zeichens in Meta-Tags mit zu umfassen; es dürfte zumindest keinen Zweifel daran geben, dass eine Website als Mittel des geschäftlichen Verkehrs anzusehen ist. Mittelbar, eben durch die Verwendung als Meta-Tags, werden damit fremde Zeichen in einer Weise gebraucht, die zu Fehlzurechnung bei den einzelnen Websites führen kann³⁶.

2.1.1.3 Exkurs: Der "Impuls"-Entscheid des BGH vom 18. Mai 2006

Die Frage des kennzeichenmässigen Gebrauchs war auch in Deutschland lange umstritten. Während zahlreiche deutsche Gerichte schon früh die Verwendung fremder Kennzeichen in Meta-Tags als verletzenden Gebrauch im Sinne des Markenrechts beurteilten³⁷, hielten andere Gerichte dafür, dass kein solcher Gebrauch vorliege³⁸. Der BGH hatte 2006 im "Impuls"-Fall Gelegenheit, diese Frage höchstrichterlich zu beurteilen³⁹.

Im "Impuls"-Fall hatten die unteren Instanzen einen kennzeichenmässigen Gebrauch bei der Verwendung fremder Kennzeichen in Meta-Tags noch verneint⁴⁰. Ähnlich wie die zitierten Stimmen in der Schweizer Lehre⁴¹ argumentierte das OLG Düsseldorf damit, es fehle bei Meta-Tags an

³⁴ Siehe aber immerhin: MENN, 80.

³⁵ DAVID, N 23 zu Art. 13 MSchG, postuliert eine weite Auslegung des Verbreitungsrechts gegen den Gebrauch in der Werbung.

³⁶ So auch MENN, 78 f.

³⁷ OLG München, MMR 2000, 546; OLG Hamburg, GRUR-RR 2005, 118; LG Mannheim, CR 1998, 306; LG München I, MMR 2004, 689 f.; LG Frankfurt/M., MMR 2000, 493; LG Stuttgart, WRP 2002, 347; LG Hamburg, CR 2000, 121.

³⁸ OLG Köln, GRUR-RR 2003, 42; OLG Düsseldorf, CR 2004, 462; OLG Düsseldorf, CR 2004, 936; VIEFHUES, 337 ff. m.w.H.; VARADINEK, 281 ff. m.w.H.; ROSENTHAL, 119 Fn 122 m.H. auf deutsche Entscheidungen; KAZEMI, 193 ff. m.w.H.

³⁹ Urteil des deutschen Bundesgerichtshofes vom 18. Mai 2006 (abrufbar unter <http://www.netlaw.de/entscheidungen/2006-05-18-bgh-i-zr-183-03.xml>); zum Sachverhalt vgl. 1.4.1.2.

⁴⁰ Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 15. Juli 2003 (abrufbar unter http://www.netlaw.de/urteile/olgd_11.htm; siehe auch Jusletter vom 23. August 2004).

⁴¹ Vgl. Fn 28.

einem wahrnehmbaren Vorgang. Die angesprochenen Verkehrskreise, die sich einer Suchmaschine bedienen, bildeten ihre Vorstellung von der Kennzeichnung der angebotenen Dienstleistungen anhand des für sie wahrnehmbaren Teils der als Treffer aufgeführten Internetseite. Solange diese wahrnehmbare Internetseite kennzeichenrechtlich unbedenklich sei, liege keine Verletzung vor.

Gemäss BGH lässt sich eine kennzeichenmässige Benutzung nicht mit der Begründung verneinen, ein Meta-Tag sei für den durchschnittlichen Internetnutzer nicht wahrnehmbar. Gebe ein Nutzer in eine Suchmaschine das Wort "Impuls" ein, bediene er sich einer technischen Einrichtung, mit deren Hilfe er in kurzer Zeit eine grosse Zahl von Internetseiten nach dem eingegebenen Wort durchsucht, um via Suchergebnis die für diesen Begriff relevanten Websites zu erhalten. Schliesse die Suchmaschine den normalerweise für den Nutzer nicht sichtbaren Quelltext der Internetseiten in die Suche ein, würden auch Seiten als Suchergebnis aufgelistet, die das Suchwort lediglich im Quelltext enthielten. Dabei sei nicht entscheidend, dass das Suchwort für den Nutzer auf der entsprechenden Internetseite nicht sichtbar werde. Massgeblich sei vielmehr, dass mit Hilfe des Suchwortes das Ergebnis des Auswahlverfahrens beeinflusst und der Nutzer auf diese Weise zu der entsprechenden Internetseite geführt werde. Das Suchwort diene somit dazu, den Nutzer auf das dort werbende Unternehmen und sein Angebot hinzuweisen.

2.1.1.4 Kennzeichenmässiger Gebrauch bei der Verwendung in Meta-Tags

Die Argumentation des BGH überzeugt. Die unmittelbare visuelle Wahrnehmbarkeit kann nicht das entscheidende Kriterium sein. Massgebend ist vielmehr, welche Konsequenzen die Verwendung von fremden Zeichen als Meta-Tags nach sich zieht:

- Der Internetbenutzer, der eine Marke als Suchbegriff eingibt, wird eine Liste von Websites erhalten, die auf dieser Marken-Eingabe beruht. Erfahrungsgemäss wird er die zuerst gelisteten Websites aufrufen. Mittelbar, durch den Quelltext dieser Websites, können die zugrundeliegenden Marken wahrnehmbar gemacht werden.
- Der Meta-Tags-Setzer verschafft sich einen Vorteil, indem er den Suchenden auf seine Website hinweist und damit allenfalls Verkehr (sogenannten *traffic*) auf seiner Website erzeugt, der ohne dieses fremde Zeichen ausgeblieben wäre.

Das Setzen derartiger Meta-Tags ist eine verkaufsfördernde Massnahme⁴² und kann ohne Not auch bei den Verbotungsrechten des Art. 13 Abs. 2 MSchG eingereicht werden. Diese Tätigkeit qualifiziert als Gebrauch "sonstwie im geschäftlichen Verkehr" (Art. 13 Abs. 2 lit. e MSchG) und lässt sich weiter auch unter den Wortlaut von Art. 13 Abs. 2 lit. c MSchG subsumieren. Denn: Wer solche Meta-Tags setzt, tut nichts anderes, als – mittelbar – unter einem fremden Zeichen seine Dienstleistungen anbieten.

Das Setzen von Meta-Tags mit fremden Zeichen fällt damit in den Bereich des markenrechtlichen Ausschliesslichkeitsrechts. Ob dieses Recht auch in jeder Konstellation geltend gemacht werden kann, ist im Folgenden weiter zu klären.

2.1.1.5 Meta-Tags und Ankündigungsrecht

Eine Schranke der Geltendmachung des Markenrechts ergibt sich aus dem Prinzip der Erschöpfung, wie es im Rahmen der "Chanel"-Rechtsprechung des Bundesgerichts und der darauf beruhenden Entscheidungen entwickelt wurde⁴³. Auf diese Grundsätze hat sich das Handelsgericht des Kantons Aargau im "Soda Stream-Fall" gestützt⁴⁴:

- Das Handelsgericht des Kantons Aargau führte aus, der Markeninhaber könne zwar anderen verbieten, ein mit seiner Marke identisches Zeichen in der Werbung und im geschäftlichen Verkehr zu gebrauchen⁴⁵, doch sei das Markenrecht erschöpft, sobald Markenprodukte mit Zustimmung des Markeninhabers in den Verkehr gelangt seien⁴⁶. Der Markeninhaber könne daher Dritten gestützt auf sein Markenrecht den weiteren Vertrieb der Markenprodukte nicht verbieten.
- Die zum Weiterverkauf berechtigten Dritten müssten zudem die Markenwaren auch bewerben können; der Markeninhaber könne den nicht in sein Vertriebssystem eingebundenen Händlern nicht vorschreiben,

⁴² Vgl. auch Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 10. April 2001, in: sic! 2001, 537.

⁴³ BGE 122 III 469 ("Chanel"); Entscheid des BGer 4C.354 | 1999 ("Chanel IV"), in: sic! 2000, 310 ff.; Entscheid des BGer 4C.142 | 2001 ("VW | Audi-Spezialist"), in: sic! 2002, 434 ff.

⁴⁴ Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 10. April 2001, in: sic! 2001, 536 f.

⁴⁵ Art. 13 Abs. 2 lit. e i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. a MSchG.

⁴⁶ BGE 122 III 469, E. 3-5

wie sie die Marke zu vertreiben und zu bewerben hätten⁴⁷. Die dem Wiederverkäufer der Marke zustehende Befugnis zur Verwendung der Marke gehe allerdings nicht über das hinaus, was für den Vertrieb der Marke erforderlich sei. Eine Verwendung der Marke ohne Bezug zu der vom Wiederverkäufer angebotenen Marke sei unzulässig⁴⁸.

Gestützt auf diese Ausführungen befand das Handelsgericht *in concreto*, dass die Verwendung der geschützten Marken "Sodastream", "Sodastar" und "Sodaclub" in den Meta-Tags durch die Beklagte markenrechtlich zulässig sei. Es war dies in den Augen des Handelsgerichts des Kantons Aargau eine *verkaufsfördernde Massnahme* eines nicht in das Vertriebssystem des Markeninhabers eingebundenen Händlers, der damit auf sein Angebot an Markenprodukten hinweise. Die Beklagte erreiche nichts mehr, als dass der nach Soda-Produkten suchende Internetbenutzer überhaupt auf ihre Internetseite gelange. Diese Erwägungen sind zweifelsohne zutreffend; sie erfordern, dass sich der Richter mit dem Inhalt der mit Meta-Tags unterlegten Website befasst. Denn erst dann, wenn ein sachlicher Bezug zum tatsächlichen Angebot des Händlers fehlt, liegt eine Markenrechtsverletzung vor⁴⁹.

2.1.1.6 Beurteilung der weiteren Beispiele

Nach den gleichen Kriterien sind die beiden weiter erwähnten Beispiele⁵⁰ zu beurteilen:

- Im Falle der Plattform für Gebrauchtwagen muss es für den Betreiber der Website möglich sein, die Marken der über die Plattform vertriebenen Fahrzeuge in den Meta-Tags der Internetseiten zu verwenden. Weiter muss es für den Betreiber der Website nicht nur zulässig sein, die Marken der sich gerade konkret im Angebot befindlichen Fahrzeuge zu verwenden, sondern die Marken aller regelmässig über die Plattform angebotenen Fahrzeuge. Die Grenze ist dort zu ziehen, wo Fahrzeuge einer bestimmten Marke gar nicht angeboten werden. Hier ist

⁴⁷ Entscheid des BGer 4C.354 | 1999 ("Chanel IV"), in: sic! 2000, 312, E. 1b; DAVID, N 16 zu Art. 13 MSchG; MARBACH, 202.

⁴⁸ Entscheid des BGer 4C.354 | 1999 ("Chanel IV"), in: sic! 2000, 312, E. 1b und d.

⁴⁹ Vgl. auch Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 10. April 2001, in: sic! 2001, 537.

⁵⁰ Vgl. oben 1.4.1.2.

die Ausrichtung des Angebots in die Betrachtung miteinzubeziehen. Im Falle einer Plattform für Fahrzeuge durchschnittlicher Preisklasse dürfte es sich bei der Verwendung von Marken wie "Ferrari" oder "Hummer" um Grenzfälle handeln⁵¹, während sie auf einer Plattform für Luxuswagen ohne weiteres zulässig sein dürften.

- Unzulässig bleibt dagegen die Verwendung fremder Kennzeichen, bei denen ein Zusammenhang mit dem Warenangebot des Benutzers fehlt, wie etwa bei der Verwendung der Namen von Konkurrenten in den Meta-Tags einer Internetseite (vgl. die Beispiele "Sixt | Budget" und "Impuls"⁵²).

2.1.2 Namensrecht

Gemäss Art. 29 ZGB ist es untersagt, sich den Namen eines Dritten anzumassen. Die verletzte Person kann gegen solche Namensanmassungen auf Unterlassung klagen. So könnte sich z.B. Heinz Harald Frentzen daran stören, dass sein Name in Meta-Tags als Köder für eine Autovermittlungsplattform ausgelegt wird. In der Tat ist es möglich, die Verwendung des Namens für eine Sache, z.B. für ein Gerät, eine Zeitschrift oder Plakate zu untersagen⁵³. Eine Website ist im Grunde ein Informationsmedium wie eine Zeitschrift oder ein Plakat. Aus diesem Grunde muss auch hier ein Einschreiten des Namensinhabers möglich sein⁵⁴. Voraussetzung ist aber immer ein rechtlich geschütztes Interesse. Ein solches dürfte immer dann gegeben sein, wenn auf der Website negative Tatsachen über den Namensinhaber verbreitet werden oder nichtgewollte Bezüge zu ihm hergestellt werden⁵⁵.

2.1.3 Lauterkeitsrecht

Die lauterkeitsrechtliche Relevanz des Setzens von Meta-Tags kann nur mit Blick auf die konkrete Website, die mit einem solchen Tag unterlegt ist, beurteilt werden. Dabei sind verschiedene rechtliche Konstellationen zu unterscheiden:

⁵¹ Vgl. Fn 18.

⁵² Vgl. oben 1.4.1.2.

⁵³ BGE 102 II 161, 165 f.; BGE 108 II 241, 243 f.

⁵⁴ So auch DAY, 1467, und WEBER, Suchmaschinen, 87.

⁵⁵ So auch Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 10. April 2001, in: sic! 2001, 537.

- Liegt eigentlicher Behinderungswettbewerb vor, bei dem durch das Verwenden fremder Kennzeichen als Meta-Tags das Suchresultat für den Abnehmer unbrauchbar gemacht wird, mithin die Homepage des Kennzeicheninhabers nicht mehr oder nicht mehr hinreichend prominent erscheint, so kann ein solches Verhalten als unerlaubt, weil gegen die guten Sitten und Treu und Glauben verstossend, qualifiziert werden (Art. 2 UWG)⁵⁶. Solche Fälle dürften faktisch nur noch vorkommen, wenn neben den Meta-Tags weitere Methoden zu einer Rückstufung des Kennzeicheninhabers in den Trefferlisten führen⁵⁷.
- Ein weiterer Aspekt ist das Umleiten von Abnehmerströmen auf die eigene Website, veranlasst durch geschicktes Setzen von Meta-Tags⁵⁸. Auch dieses Verhalten wird unter Art. 2 UWG abgehandelt, wobei in der klassischen Variante verlangt wird, dass "ein bereits gefasster Kaufentschluss unmittelbar auf das eigene Angebot umgeleitet wird"⁵⁹. Wer nun aber Suchmaschinen benützt, wird seinen Kaufentscheid in aller Regel noch nicht getroffen haben. Dazu dürfte eine derartige Abfangaktion auch deshalb kaum gelingen, weil eine Trefferliste, die über Meta-Tags "manipuliert" worden ist, noch nicht direkt zu einem Kaufentscheid des Kunden führt – erforderlich bleibt in jedem Falle das Aufrufen der betreffenden Websites.
- Bei der Schaffung von Verwechslungsgefahr mit den Angeboten anderer Anbieter (vgl. Art. 3 lit. d UWG) liegt die Wertung parallel zu den markenrechtlichen Überlegungen. Hier gilt, dass das Lauterkeitsrecht in aller Regel nicht verbieten kann, was das Markenrecht erlaubt⁶⁰. Ein Händler, der berechtigt ist, Markenprodukte zu verkaufen und zu bewerben, schafft nicht schon dadurch unlautere Verwechslungsgefahr, dass er die Internetseite mit den Markennamen der von ihm vertriebenen Produkte unterlegt und so dem Internetbenutzer die Anzeige dieses Angebots ermöglicht.

Es lassen sich weitere Anwendungsfälle denken (etwa im Bereich von Art. 3 lit. a UWG – Herabsetzung oder von Art. 3 lit. e UWG – unlautere vergleichende Werbung); Tatsache bleibt, dass abgesehen von der zitier-

⁵⁶ DAY, 1469.

⁵⁷ Zur abnehmenden Bedeutung der Meta-Tags vgl. 1.4.1.

⁵⁸ BAUDENBACHER, N 119 zu Art. 2 UWG.

⁵⁹ BAUDENBACHER, a.a.O.

⁶⁰ So auch das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 10. April 2001, in: sic! 2001, 538. Massgeblich ist auch in lauterkeitsrechtlicher Hinsicht der Inhalt der Website.

ten Entscheidung des Aargauer Handelsgerichts missliebiges Setzen von Meta-Tags oder anderes "suchergebnissteuerndes Verhalten" bisher nie in Gerichtsverfahren thematisiert worden ist.

2.2 Sanktionen durch Suchmaschinenbetreiber

2.2.1 Im Spannungsverhältnis zwischen Website- und Suchmaschinenbetreibern

Betreiber von Websites sind – wie gezeigt – bestrebt⁶¹, ihre Websites so zu gestalten, dass diese möglichst häufig (und möglichst in den vorderen Rängen) in Suchresultaten von Suchmaschinen erscheinen. Dem steht das Bestreben der Suchmaschinenbetreiber gegenüber, dem Publikum möglichst relevante Suchergebnisse zu präsentieren. Von den Suchergebnissen hängt der Ruf einer Suchmaschine, die Zahl ihrer Benutzer und – zentral – die Möglichkeit ab, über *traffic* (z.B. via Verkauf von Anzeigen zu den eingegebenen Begriffen, sogenannten "AdWords") Einnahmen zu generieren.

Um in diesem Spannungsverhältnis gegenüber den Websitebetreibern zu bestehen, entwickeln die Suchmaschinenbetreiber die Technologie ihrer Suchmaschinen stetig weiter und passen diese den neuesten Methoden der Suchmaschinenoptimierung an. Am Beispiel mit dem Telefonbuch⁶² wird auch deutlich, dass ein vitales Interesse daran besteht, die Funktionsweise einer Suchmaschine nicht öffentlich zugänglich zu machen. Denn wäre beispielsweise im Detail dokumentiert, wie die *Google*-Suchmaschine funktioniert, würden sich Websitebetreiber dies zweifellos zunutze machen. In den ersten 100 Rängen der Ergebnisliste würde sich wahrscheinlich – ähnlich den Verhältnissen im Bereich des Massenversandes von E-Mails – nur noch Werbung für Potenzmittel, Uhrenimitationen und Ähnliches finden.

2.2.2 Die *Google*-Richtlinien

Suchmaschinenbetreiber (insbesondere *Google*) veröffentlichen seit einiger Zeit Richtlinien, die darlegen, welche Mittel der Suchmaschinenoptimierung sie als täuschend oder manipulativ betrachten. Bei Nichteinhalten

⁶¹ Vgl. oben 1.3.

⁶² Vgl. oben 1.3.

der Richtlinien droht (beispielsweise bei *Google*) der Ausschluss der betreffenden Websites aus dem Suchindex⁶³.

Die Richtlinien von *Google* (auch *quality guidelines* genannt)⁶⁴ beispielsweise enthalten eine nicht abschliessende Liste von Praktiken der Suchmaschinenoptimierung, die von *Google* nicht akzeptiert werden:

- Verwendung von verstecktem Text oder versteckten Links⁶⁵;
- Cloaking und heimliche Weiterleitungen⁶⁶;
- Senden von automatisierten Suchanfragen an die *Google*-Suchmaschine;
- Überladen von Internetseiten mit irrelevanten Begriffen;
- Aufsetzen zahlreicher Internetseiten, Sub-Domains oder Websites mit dem gleichen Inhalt;
- Verwenden von Seiten, die Viren und schädliche Software verbreiten;
- Einrichten von auf Suchmaschinen ausgerichteten Brückenseiten⁶⁷.

Wie das Beispiel BMW zeigt⁶⁸, verstossen auch reputierte Marktteilnehmer gegen diese *quality guidelines*. Die Betreiber der *Google*-Suchmaschine sahen im Vorgehen von BMW einen Verstoss gegen ihre Richtlinien und entfernten sowohl die Brückenseiten wie auch die BMW-Hauptseite aus dem *Google*-Suchindex. Bei Suchanfragen erschienen die Internetseiten von BMW in der *Google*-Suchmaschine nicht mehr. Erst nachdem BMW seine Brückenseiten entfernt hatte, wurde auch die BMW-Hauptseite wieder im *Google*-Suchindex zugelassen⁶⁹.

2.2.3 Rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Sanktionen durch Suchmaschinenbetreiber

2.2.3.1 Zur Ausgangslage

Der Fall BMW illustriert einen Aspekt einer breiteren Diskussion über die Rolle und die rechtliche Einordnung der Suchmaschinen. Diese stehen in Verantwortung gegenüber den *Informationsnutzern*, den *Informationsanbietern* (den Websitebetreibern) und auch gegenüber *Dritten*. Am weitesten

⁶³ <http://www.google.com/support/webmasters/bin/answer.py?answer=40052>.

⁶⁴ <http://www.google.com/support/webmasters/bin/answer.py?answer=35769>.

⁶⁵ Vgl. oben 1.4.1.

⁶⁶ Vgl. oben 1.4.5.

⁶⁷ Vgl. oben 1.4.3.

⁶⁸ Vgl. oben 1.4.3.2.

⁶⁹ Vgl. <http://blog.outer-court.com/archive/2006-02-08-n22.html>.

ten gediehen ist die Diskussion im Bereich der Verantwortlichkeit der Suchmaschinenbetreiber gegenüber Dritten, soweit Ausschliesslichkeitsrechte oder Ansprüche aus Lauterkeitsrecht in Frage stehen⁷⁰. In den beiden andern Bereichen steckt die Diskussion – wenigstens in den hiesigen Breitengraden – noch in den Anfängen. In rechtspolitischer Hinsicht steht die Frage im Vordergrund, ob angesichts der Tatsache, dass grosse Teile der im Internet angebotenen Information nur mit Hilfe von Suchmaschinen gefunden werden kann, eine gesetzliche Regulierung der Suchmaschinenaktivitäten notwendig sei, um den freien Zugang zu Information zu gewährleisten⁷¹.

Ausführlicher zur Sprache kommen soll hier der zweite Bereich, das Verhältnis von Suchmaschinenbetreiber und Informationsanbieter (bzw. Websitebetreiber): Zweifellos kann es für einen Websitebetreiber gravierende wirtschaftliche Folgen haben, wenn er vom Suchindex einer Suchmaschine ausgeschlossen oder gar nicht erst aufgenommen wird. Dies gilt in ausgeprägtem Masse bei Internetgeschäftsmodellen, die auf eine Geschäftsabwicklung über das Internet ausgerichtet sind und deren Besucherstrom (*traffic*) zu einem grossen Teil über Suchabfragen in Suchmaschinen erzeugt wird. In einem solchen Fall kann z.B. der Ausschluss aus dem Suchindex zum Abreissen des Kundenstroms und Einbrechen des Umsatzes führen⁷².

Aus der Sicht eines Websitebetreibers, der sich unberechtigt oder willkürlich aus einem Suchindex ausgeschlossen sieht, stellt sich die Frage, ob er gegen den betreffenden Suchmaschinenbetreiber einen rechtlich durchsetzbaren Anspruch auf (Wieder-)Aufnahme in den Suchindex (nachfolgend 2.2.3.2) und Schadenersatzansprüche wegen Ausschlusses von der Suchmaschine (nachfolgend 2.2.3.3) geltend machen kann.

2.2.3.2 *Kartellrechtliche Ansprüche?*

Die Marktanteile, die der *Google*-Suchmaschine (zumindest in Deutschland und in der deutschsprachigen Schweiz) zugeschrieben werden⁷³, lassen an die Frage der Marktbeherrschung denken und – damit einhergehend – an die Frage eines möglichen kartellrechtlichen Kontrahierungs-

⁷⁰ Vgl. nur WEBER, Suchmaschinen, 38 f., 42 ff. und 84 ff.

⁷¹ Vgl. dazu VAN EIJK, 2 ff.; WEBER, Suchmaschinen, 25 f.

⁷² OTT, 195.

⁷³ Vgl. oben Fn 12.

zwanges⁷⁴. Ein solcher Kontrahierungszwang kommt in Frage, wenn sich das Verhalten eines Suchmaschinenbetreibers (z.B. der Ausschluss einer Website aus dem Suchindex) als unzulässig im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG erweisen sollte. Als unzulässig gilt namentlich auch das Verweigern einer Geschäftsbeziehung (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG).

Art. 7 Abs. 1 KG setzt das kumulative Vorliegen der folgenden Tatbestandsmerkmale voraus:

- ein marktbeherrschendes Unternehmen, das
- Wettbewerber behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt, und zwar
- durch den Missbrauch seiner marktbeherrschenden Stellung⁷⁵.

Am leichtesten nachzuweisen wird die Behinderung bzw. Benachteiligung sein, liegt diese doch gerade im Ausschluss aus dem Suchindex. Weit mehr Schwierigkeiten dürften sich hinsichtlich der Frage der Marktbeherrschung und des Missbrauchs der allenfalls festgestellten marktbeherrschenden Stellung ergeben. Die Feststellung einer Marktbeherrschung erfordert zunächst die Bestimmung des relevanten Marktes⁷⁶. Dieser muss nicht mit dem hier erwähnten Suchmaschinenmarkt, in dem z.B. *Google* über Marktanteile von mehr als 80 % verfügt, identisch sein⁷⁷. Dem Websitebetreiber geht es nämlich nicht um die Suche im Internet, sondern um die Möglichkeit, dass auf sein Angebot im Rahmen eines kontextbezogenen Suchresultates aufmerksam gemacht wird; im Grunde also geht es um die kontextbezogenen Werbeanzeigen. Solche sind jedoch nicht nur im Suchresultat einer Suchabfrage oder den bezahlten Anzeigen einer Suchmaschine möglich, sondern auch im Zusammenhang mit Werbebannern auf andern Internetseiten. Zieht man den Kreis noch weiter, lassen sich unter Umständen auch Plakate und andere Arten der Werbung in den relevanten Markt einbeziehen. Je weiter der Kreis, desto kleiner die Möglichkeit, eine einzelne Suchmaschine als marktbeherrschend zu bezeichnen. Die Frage des relevanten Marktes ist in diesem Zusammenhang jedenfalls noch weitgehend ungeklärt⁷⁸.

⁷⁴ OTT, 196.

⁷⁵ ZÄCH, N 527.

⁷⁶ Dazu grundsätzlich: ZÄCH, N 529 und 533 ff.

⁷⁷ Gerichtliche Präjudizien zur Feststellung der Marktmacht bei Suchmaschinenbetreibern fehlen bislang, vgl. WEBER, Suchmaschinen, 117.

⁷⁸ Vgl. auch eingehend OTT, 198.

Ebenso grosse Schwierigkeiten wie die Bestimmung des relevanten Marktes dürfte aber auch der Nachweis des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung bereiten. Denn auch ein Verhalten, das andere Marktteilnehmer benachteiligt, ist nicht unzulässig, wenn es sich sachlich rechtfertigen lässt⁷⁹. Ein solcher Grund könnte z.B. in der mangelnden Kapazität der Anlagen des Suchmaschinenbetreibers liegen⁸⁰. Ein weiterer Grund kann im Bestreben des Suchmaschinenbetreibers liegen, Internetseiten aus seinem Suchindex auszuschliessen, die bestimmte Praktiken der Suchmaschinenoptimierung anwenden⁸¹ oder widerrechtliche Inhalte verbreiten⁸². Der Ausschluss muss in diesem Fall aber diskriminierungsfrei und gemäss nachvollziehbaren Kriterien geschehen. Je klarer diese Richtlinien die Grenzen des nicht Tolerierten festhalten, desto weniger läuft der Suchmaschinenbetreiber Gefahr, dass sein Verhalten als missbräuchlich zu betrachten wäre. Zudem sollte die Möglichkeit bestehen, dass ausgeschlossene Websites sich wieder um die Aufnahme bewerben können, wenn sie die Richtlinien erfüllen bzw. wenn sie aus ihrer Sicht unberechtigt ausgeschlossen worden sind⁸³.

2.2.3.3 *Schuldrechtliche Ansprüche?*

Soweit sich im Rahmen des Kartellrechts eine Rechtspflicht (z.B. ein Kontrahierungszwang) des Suchmaschinenbetreibers zugunsten des Websitebetreibers ergeben sollte bzw. sich ein Ausschluss aus dem Suchindex als Verstoß gegen Art. 7 Abs. 1 KG – mithin als rechtswidrig – erweise, kommt als Anspruchsgrundlage eine *deliktische Haftung* des Suchmaschinenbetreibers in Frage. Dazu müssen im Einzelfall auch alle übrigen Voraussetzungen von Art. 41 OR erfüllt sein.

Für eine *vertragliche Haftung* des Suchmaschinenbetreibers gegenüber dem Websitebetreiber ist entscheidend, ob zwischen diesen Parteien überhaupt ein Vertrag zustande gekommen ist. Eine massgebliche Rolle spielt dabei der Aspekt der Entgeltlichkeit. Liegt ein entgeltliches Rechtsverhältnis zwischen Suchmaschinen- und Websitebetreiber, z.B. über die kostenpflichtige Platzierung eines Links neben den kostenlosen Suchre-

⁷⁹ Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem neuen Kartellgesetz, BBl 1995 I 468, 569; OTT, 200 f.

⁸⁰ WEBER, Suchmaschinen, 117.

⁸¹ Vgl. oben 2.2.1 und 2.2.2.

⁸² Zu denken ist beispielsweise an einen Ausschluss von Online-Angeboten mit pornografischem oder rassistischem Inhalt, vgl. WEBER, Suchmaschinen, 117 f.

⁸³ In diesem Sinne auch OTT, 200 f.

sultaten, liegt ohne weiteres ein Vertrag vor, zu dessen Erfüllung die Parteien gegenseitig verpflichtet sind⁸⁴.

Andernfalls dürfte von einem reinen Gefälligkeitsverhältnis auszugehen sein, da es in der Regel an einem Rechtsbindungswillen der Parteien fehlt⁸⁵. Selbst in einem reinen Gefälligkeitsverhältnis ist jedoch eine Haftung des Suchmaschinenbetreibers unter den Voraussetzungen der Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 Abs. 1 OR) möglich. Der Suchmaschinenbetreiber würde demnach für den Schaden haften, den er beim Websitebetreiber sorgfaltswidrig verursacht hat.

2.2.3.4 *Ausblick*

Die diskriminierende Nichtberücksichtigung ist bisher in der Schweiz nie Gegenstand von gerichtlichen Auseinandersetzungen geworden. Die Marktteilnehmer scheinen sich – wie das Verhalten von BMW zeigt – freiwillig den Richtlinien der Suchmaschinenbetreiber zu unterwerfen. Solange diese sich hauptsächlich an den Interessen der Nutzer orientieren⁸⁶, wird es – so ist zu vermuten – bei dieser Situation bleiben.

3. Zusammenfassung

Informationsvermittler sind seit jeher bekannt. Ihnen kommt die Aufgabe zu, Informationen zu strukturieren und dem Nachfrager in geeigneter Form zugänglich zu machen. Früher, in der Ära der *Hardcopy Information*, waren es Bibliothekskarteien, Sammelregister und dergleichen, die den Zugang zum Wissen ermöglichten. Heute, im Zeitalter der elektronischen Information, übernehmen elektronische Suchmaschinen diese Funktionen. Im Unterschied zu den bisherigen Informationsvermittlern funktionieren diese Maschinen vollautomatisch (d.h. ohne manuelles Vorerfassen der gesuchten Information), sie um- und erfassen gewaltige Informationsmengen und sind in der Regel in der Hand von kommerziellen Betreibern.

Diesen Suchmaschinen kommt im Informationsverkehr eine enorme Bedeutung zu. Suchmaschinen müssen – das ist zu fordern – den Interessen aller betroffenen Parteien Rechnung tragen. Tangiert sind die Informa-

⁸⁴ WEBER, Suchmaschinen, 128 f.

⁸⁵ WEBER, Suchmaschinen, 128.

⁸⁶ Diese erwarten einen effizienten, auf objektiven Kriterien basierenden Zugriff auf Informationen.

tionslieferanten (namentlich die Websitebetreiber), Informationskonsumenten und interessierte Dritte (z.B. Schutzrechtsinhaber), je im gegenseitigen Verhältnis und auch im Verhältnis zum Suchmaschinenbetreiber. Dieser Beitrag hat zwei der Konfliktstellen zum Inhalt:

Informationslieferant – Dritte (Schutzrechtsinhaber): Bei der (an der praktischen Bedeutung gemessen überproportional) intensiv diskutierten Frage der Kennzeichenrechtsverletzung durch Meta-Tags wird die Meinung vertreten, dass letztlich der Inhalt der Website entscheidend ist – das Setzen von Meta-Tags, die den geschützten Zeichen Dritter entsprechen, ist weder per se erlaubt noch generell verboten.

Informationslieferant – Suchmaschinenbetreiber: Aus Sicht des Informationslieferanten ist der Zugang zur Suchmaschine von zentraler Bedeutung. Wird er davon ausgeschlossen oder nicht seiner Bedeutung entsprechend in den Trefferlisten angeführt, so bleibt er und sein Angebot einem breiteren Publikum unbekannt. Solche und ähnliche Fragen des (fairen) Zugangs zu den Suchmaschinen könnten in naher Zukunft zu einem wichtigen Thema werden – vor allem dann, wenn suchmaschinengenerierte Information gegenüber der bezahlten Information in der Darstellung der Trefferresultate weiter an Terrain verliert.

Die weiteren Rechtsfragen, die sich im Zusammenhang mit Suchmaschinen stellen, sind in der Schweiz bisher nur rudimentär erörtert worden; es ist zu erwarten, dass der Gesetzgeber hier weiterhin abseits stehen wird⁸⁷ und dass sich ein "Suchmaschinenrecht" über (vereinzelte) Gerichtsentscheide⁸⁸ und die Adaption von ausländischen Problemlösungen etablieren wird.

⁸⁷ WEBER, Suchmaschinen, 173.

⁸⁸ Ähnlich wie das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 10. April 2001, in: sic! 2001, 532 ff.

Literaturverzeichnis

- BAUDENBACHER, CARL: Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel/Genf/München 2001.
- VON BÜREN, ROLAND/MARBACH, EUGEN: Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bern 2002.
- BURI, UELI: Die Verwechselbarkeit von Internet Domain Names, Diss., Bern 2000.
- DAVID, LUCAS: Markenschutzgesetz / Muster- und Modellgesetz, in: HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/DAVID, LUCAS (Hrsg.): Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Basel/Genf/München 1999.
- DAY, STEFAN: Kennzeichenrechtsverletzungen durch Metatags, AJP 1998, 1463.
- KAZEMI, ROBERT: Die Verwendung von Marken und geschäftlichen Bezeichnungen in Meta-Tags, MarkenR 2006, 192.
- LUBKOWITZ, MARK: Webseiten programmieren und gestalten, Bonn 2007.
- MARBACH, EUGEN: Markenrecht, in: VON BÜREN, ROLAND/DAVID, LUCAS (Hrsg.): Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. III, Kennzeichenrecht, Basel 1996, 1.
- MENN, CONRADIN: Internet und Markenschutz; Diss., Bern 2003.
- OTT, STEPHAN: Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, 195.
- ROSENTHAL, DAVID: Lauterkeitsrecht im Internet, in: MEIER-SCHATZ, CHRISTIAN J. (Hrsg.): Neue Entwicklungen des UWG in der Praxis, Bern 2002.
- SPIRIG, MARTIN: Lauterkeitsrechtliche Konflikte im Internet – Ökonomische Analyse und Rechtsvergleichung, Bern 2001.
- VAN EIJK, NICO: Suchmaschinen: Wer sucht, der findet? Die rechtliche Stellung der Suchmaschinen, in: Rechtliche Rundschau der europäischen audiovisuellen Informationsstelle (IRIS), Februar 2006 (http://www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/iplus2_2006.pdf).
- VARADINEK, BRIGITTA: Trefferlisten von Suchmaschinen im Internet als Werbeplatz für Wettbewerber – Zugleich ein Beitrag zum Erfordernis des kennzeichenmässigen Gebrauchs nach neuem Markenrecht, GRUR 2000, 279.
- VIEFHUES, MARTIN: Internet und Kennzeichenrecht: Meta-Tags, MMR 1999, 336.
- WEBER, ROLF H. (E-Commerce): E-Commerce und Recht: Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen, Zürich 2001.
- WEBER, ROLF H. (Suchmaschinen): Rechtsfragen rund um Suchmaschinen, Zürich 2003.
- WILLI, CHRISTOPH: Kommentar Markenschutzgesetz, Das schweizerische Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts, Zürich 2002.
- ZÄCH, ROGER: Schweizerisches Kartellrecht, Bern 2005.

