
Datum: 01.03.2007
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 142/06
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2007:0301.4U142.06.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 5 O 503/04

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 28. Juni 2006 verkündete Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund abgeändert.

Es wird festgestellt, dass der Beklagte keinen Unterlassungsanspruch gegenüber dem Kläger hat, dass dieser in seiner Software die vorab rot markierte Bezeichnung *internetadresse* führt und dies öffentlich für Internet-Nutzer durch das mögliche Herunterladen zugänglich macht.

Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Dem Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung des Klägers durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Gründe:

1

A.

2

Der Kläger, der eine Filtersoftware für Google-Recherchen ("H") vertreibt, begehrt mit einer negativen Feststellungsklage die Feststellung, dass dem Beklagten, der die Domain *internetadresse* betreibt, kein Unterlassungsanspruch zusteht im Hinblick auf eine Kennzeichnung seiner Domain als Spam.	3
Die vom Kläger vertriebene Filtersoftware, die etwa auch im Dezember 2004 durch die Zeitschrift D auf 1.000.000 Beilage-CDs veröffentlicht worden ist, steht im Internet zum kostenlosen Download bereit. Sie zeigt den Nutzern der Software als "Spam" gekennzeichnete Seiten bei der Google-Suche rot unterlegt an. Die Markierung ist nur für die Nutzer dieser Software sichtbar. Eine rot markierte Seite kann weiterhin angeklickt und somit aufgerufen werden. Die Markierung als "Spam" erfolgt, wenn eine Mindestzahl von in der Regel 5 Nutzern diese Seite als Spam bewertet haben und eine weitere Prüfung durch den Kläger – wobei die von den Nutzern so bewertete Seite vom Server eingelesen und analysiert wird – Hinweise hierauf ergibt, z.B. dass der Quelltext der Seite speziell zur Optimierung des Suchmaschinenrankings "optimiert" wurde. Auf seiner Homepage beschreibt der Kläger das von ihm entwickelte und vertriebene Filterprogramm als ein solches, das die google-Suchergebnisse von Spam- und Müllseiten befreie; dabei würde festgestellt, dass es sich um Seiten handele, die nur durch eine Manipulation von google gelistet würden.	4
Unter der Internetdomain *internetadresse* werden Reisen angeboten. Das von anderen Anbietern durchgeführte Webangebot wird nach dem dortigen Impressum durch den Beklagten "technisch" betreut".	5
Bei der Installation der vom Kläger vertriebenen Software und Eingabe einschlägiger Suchwörter wird die Homepage des Beklagten als Spam rot hervorgehoben markiert.	6
Durch eine anwaltliche Abmahnung vom 22.10.2004 forderte der Beklagte den Kläger auf, es zu unterlassen, seine Domain mit der von diesem vorgehaltenen Datenbank als "Spam" zu markieren und dies öffentlich zu machen, weil dies eine zu missbilligende Schmähkritik und eine unzulässige Produktkritik darstelle. Der Kläger verweigerte die geforderte Unterlassungserklärung und reagierte hierauf mit einer anwaltlichen Gegenabmahnung vom 26.10.2004, mit der er geltend machte, dass den Nutzern das Recht zustehe, sich die von ihnen als Spam bewerteten Seiten sichtbar zu machen, und dass die Internetseite des Beklagten wegen der Verwendung von "Doorway-Seiten" und wegen "Suchmaschinen-Spamming" gegen die Richtlinien von Google verstoße.	7
Darauf hat der Kläger mit Schriftsatz vom 08.11.2004 die vorliegende, dem Beklagten am 01.12.2004 zugestellte Klage erhoben.	8
Der Beklagte seinerseits erwirkte gegen den Kläger auf einen Antrag vom 30.11.2004 eine einstweilige Verfügung des Landgerichts Berlin vom 14.12.2004 mit dem Verbot, die von ihm betriebene Domain *internetadresse* bei dem Aufruf der Internetsuchmaschine Google durch rötliche Einfärbung oder in sonstiger Weise besonders als "Spam" zu kennzeichnen. Die einstweilige Verfügung wurde vom Landgericht Berlin gemäß Urteil vom 22.11.2005 (aus dem Grunde, dass der Widerspruch wegen Verzichts hierauf unzulässig sei) im Widerspruchsverfahren bestätigt. Die Sache liegt nunmehr nach Berufungseinlegung beim Kammergericht in Berlin, das das Verfahren bis zur Erledigung der vorliegenden Sache ausgesetzt hat.	9
Der Kläger hat behauptet, die Markierungen erfolgten allein aufgrund der Meinung der Nutzer. Er verhindere lediglich durch eine Kontrolle den Umstand, dass ein Missbrauch durch die Nutzer oder durch Mitbewerber erfolgen könne. Eine solche Kontrolle habe keinen	10

Einfluss auf die diesbezügliche Meinungsäußerung und Darstellung der Nutzer. Der Beklagte betreibe ein sog. Suchmaschinen-Spamming und erschleiche sich durch die Verwendung sog. Cloaking- und Doorway-Techniken obere Einträge in den Google-Suchlisten. Bei der Einordnung als Spam handele es sich – so seine Auffassung – nicht um Tatsachenbehauptungen, sondern lediglich um Meinungsäußerungen der Nutzer seiner Software, die sich mit seinen Nutzungsbedingungen einverstanden erklärt hätten. Außerdem sei der Beklagte als Inhaber einer Domain kein unmittelbarer Mitbewerber. Er stehe mit ihm als Software-Anbieter in keinem direkten Wettbewerbsverhältnis.

Der Kläger hat beantragt,

11

festzustellen, dass der Beklagte keinen Unterlassungsanspruch gegenüber dem Kläger habe, dass dieser in seiner Software die vorab durch den Nutzer rot markierte Bezeichnung *internetadresse* führt und dies öffentlich für Internet-Nutzer durch das mögliche Herunterladen zugänglich macht.

Der Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt.

13

Er hat gemeint, dass er gegenüber dem Kläger nach §§ 3, 4 Nr. 8, 8 III Nr. 1 UWG einen entsprechenden Unterlassungsanspruch habe. Die Kennzeichnung und Benennung seiner Homepage als spamverdächtig stelle die Verbreitung einer unwahren Tatsache dar. Bei der von ihm angebotenen Website handele es sich um eine seriöse Seite, die mit Spam nichts zu tun habe. Eine rote Unterlegung zur Kennzeichnung seiner Seite als Spam sei nicht gerechtfertigt. Ein Erschleichen der Eintragung bei Google u.a. durch eine vom Kläger behauptete unzulässige Verwendung von Doorway-Seiten liege nicht vor. Die von ihm – insoweit unstreitig – konkret genutzten Doorway-Seiten würden vom Begriff des Spam nicht erfasst. Eine missbräuchliche Verwendung von Doorway-Pages liege nicht vor. Die hohe Anzahl, so behauptet der Beklagte, ergebe sich allein aus seinem Leistungsangebot. Unzulässige Keywordlisten würden nicht verwendet.

14

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die negative Feststellungsklage des Klägers sei unbegründet, da dem Beklagten gegen diesen ein Anspruch auf Unterlassung aus § 8 UWG i.V.m. §§ 3, 4 Nr. 8 UWG zustehe. Bei der vom Kläger mit seiner Software vorgenommenen Markierung der Internetseite des Beklagten handele es sich um einen unzulässigen Eingriff in das Wettbewerbsverhältnis der Parteien.

15

Der Beklagte stünde als Inhaber einer Internetdomain in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis zu dem Kläger als Entwickler und Vertreiber von Software, die bestimmte Websites als Spam herausfiltere und kennzeichne, wodurch er unmittelbar in die Wettbewerbssituation des Beklagten eingreife. Eine zu erwartende verringerte Anzahl von Besuchern, die die Seite aufgrund der Kennzeichnung als Spam dann nur noch besuchen würden, beeinträchtige sowohl die Provisionsinteressen des Beklagten als auch dessen Interessen an der Erzielung von Werbeeinnahmen.

16

Der Kläger verbreite mit der Markierung der Website des Beklagten unwahre Tatsachenbehauptungen. Durch die rote Unterlegung werde die einer Wahrheitskontrolle zugängliche Behauptung aufgestellt, bei der Internet-Domain *internetadresse* des Beklagten handele es sich um Spam. Die Kammer teile nicht die Ansicht des Klägers, dass es sich bei der Kennzeichnung der Website als Spam lediglich um Werturteile seitens eines abgegrenzten Kreises der Nutzer seiner Software handele. Denn nach den Ausführungen des Klägers seien die Angaben der Nutzer seiner Software allein nicht relevant. Bevor der Nutzer eine "Wertung" anderer Nutzer dergestalt erhalte, dass eine angezeigte Website als Spam

17

einzuordnen sei, werde diese, was entscheidend sei, vom Kläger anhand objektiver Kriterien überprüft. Soweit der Kläger sich darauf berufe, dass die rote Unterlegung nur einem abgegrenzten Nutzerkreis zugänglich sei, der sich mit seinen Nutzungsbedingungen einverstanden erklärt habe, greife dieser Einwand nicht. Denn auch in einem abgegrenzten Kreis von Nutzern sei es möglich, unwahre Tatsachenbehauptungen aufzustellen. Die vom Kläger aufgestellte (Tatsachen-) Behauptung, dass es sich bei der vom Beklagten unterhaltenen Website um Spam handele, sei unzutreffend. Der insoweit darlegungs- und beweispflichtige Kläger habe schon nicht hinreichend dargelegt, dass der Beklagte sich obere Einträge auf den Google-Suchlisten durch Suchmaschinen-Spamming erschlichen habe. Nach der übereinstimmend verwendeten Begriffsdefinition eines Suchmaschinen-Spamming in der Internetenzyklopädie bei "Wikipedia" seien schon nicht die Tatsachen gegeben, die diesen Begriff ausfüllen würden. Danach müsse zum einen eine Manipulation der Internet-Suchmaschine durch die Verwendung von gegebenenfalls unzulässigen Doorway-Pages vorliegen, zum anderen müsse diese Manipulation zum Ergebnis haben, dass die angezeigten Webseiten keine für den Surfer relevanten Informationen beinhalten. Anhaltspunkte aber dafür, dass die angezeigten Seiten nach den vom Kläger vorgelegten Screenshots keine nützlichen Informationen enthielten, seien nicht ersichtlich. Die vom Kläger gerügte fehlende Information aufgrund der Weiterleitung zur Seite *internetadresse* sei nicht nachvollziehbar. Diese Seite enthalte durchaus nützliche Informationen und einen Preisvergleich. Vor diesem Hintergrund komme es nicht mehr darauf an, ob der Beklagte durch die unzulässige Nutzung von "Doorway-Pages" und unter Verstoß gegen die Richtlinien bei Google sich einen oberen Eintrag auf der Google-Suchliste manipulativ erschlichen habe.

Der Kläger verfolgt seinen Klageantrag mit der von ihm eingelegten Berufung weiter. Er weist 18 darauf hin, dass ein anderes grundsätzlich mögliches Einsatzgebiet der Software im Bereich des Jugendschutzes zu sehen sei, da so z.B. jugendgefährdende oder auch klassische Sexseiten aus Suchmaschinen herausgefiltert werden könnten. Er macht geltend, dass seine Software einzig dazu diene, dass die Nutzer sich gegenseitig eine Mitteilung übersenden könnten, dass eine Seite z.B. als Spamseite bei Google anzusehen sei. Der Beklagte müsse auch die Bezeichnung als Spam dulden, da er gegen die Google-Richtlinien verstoße. Selbst wenn die Seite nicht gegen das Regelwerk verstoßen würde, könnte die Seite von den Teilnehmern im Rahmen der von ihnen genutzten Software, also einer abgegrenzten Nutzergruppe so dargestellt und bezeichnet werden, wie sie es für richtig hielten. Ein Nutzer der Software wisse, dass eine solche Bezeichnung den Verdacht eines Spams äußere, es sei jedoch auch klar, dass nur er dieses Ergebnis sehe. Der Beklagte habe die Nutzung von Doorway Pages eingestanden. Insofern sei objektiv unstreitig, dass der Beklagte die Internetseite durch die Technik der Doorway Pages so manipuliert habe, dass ein vorderes Ranking im Bereich der Suchergebnislisten habe erzielt werden können. Genau dies werde von Google als Spamseite angesehen. Das Landgericht habe den Sachverhalt nicht ermittelt, tatsächlich nicht richtig erfasst und rechtlich falsch subsumiert und auch die selbst herangezogene, von ihm, dem Kläger, nicht vorgelegte Wikipedia-Definition falsch gelesen.

Die Vorgehensweise des Beklagten sei wegen Anrufung des nach § 937 I ZPO 19 unzuständigen Gerichts für den Erlass der einstweiligen Verfügung rechtsmissbräuchlich, so dass auch der ursprüngliche Anspruch, also die materiell-rechtliche Grundlage, weggefallen sei. Es bestehe zwischen den Parteien zudem kein Wettbewerbsverhältnis, da seine Handlung auf die Kennzeichnung einer Internetseite ziele, während der Beklagte lediglich Inhaber einer Domain sei.

Eine unwahre Tatsachenbehauptung liege insofern nicht vor, als es einer abgegrenzten Benutzergruppe der Software überlassen bleiben müsse, wie sie Inhalte aus dem Internet auf den angeschlossenen Rechnern darstellen möchte. Es handele sich dabei um deren subjektive Meinungsäußerungen. Der Beklagte habe die Nutzung der Doorway Pages, nämlich fast 100.000, zugestanden und dadurch die Internetseiten seines nutzungsberechtigten Kunden unter Missachtung der Richtlinien von Google manipulativ auf die ersten Plätze der Ergebnis- und Trefferlisten gebracht. Falsch sei daher die Behauptung der Kammer, dass dies nicht nachgewiesen worden sei. Außerdem habe er, der Kläger, in den zahlreichen Anlagen dargelegt, in welcher Art und Weise und mit welchen Funktionalitäten, insbesondere den Doorway Pages, der Beklagte die Seitenpositionierung bei den Suchergebnissen manipuliert habe.

Es sei unzulässig und fehlerhaft, die von einem unbekannten Dritten erstellte Begriffsdefinition des Suchmaschinenspamming aus der Internetplattform Wikipedia zu subsumieren. Selbst wenn man von dieser Definition ausgehen würde, habe die Kammer den Sachverhalt nicht richtig ermittelt, da man die Doorway Pages als die dort angegebenen inhaltsleeren Seiten sehen müsse. Auch aus dieser Anwendung müsse man zu dem Schluss kommen, dass tatsächlich das Suchmaschinenspamming, so wie es durch die rote Markierung dargestellt werde, bestehe. 21

Allein die von den Nutzern vorgenommene subjektive Beurteilung, ob eine Internetseite rot markiert werden solle, könne nicht von dem Betreiber einer so markierten Seite angegriffen werden. Diese werde durch den Nutzer selbst bestimmt. Alle gängigen Filtersoftwareanwendungen würden nach dem gleichen Prinzip arbeiten. 22

Der Kläger hat im Übrigen behauptet, Google habe zwischenzeitlich die Seite des Beklagten gesperrt. 23

Der Kläger beantragt, 24

das angefochtene Urteil abzuändern und nach dem erstinstanzlich gestellten Antrag zu entscheiden. 25

Der Beklagte beantragt, 26

die Berufung zurückzuweisen. 27

Er verteidigt das Urteil unter Wiederholung und Vertiefung seines Vortrags. Es sei zutreffend, dass die streitgegenständliche Kenntlichmachung eine Tatsachenbehauptung darstelle, welche auch innerhalb abgrenzbarer Personengruppen regelmäßig möglich sei. Überdies handele es sich, da die vom Kläger zum Download bereitgestellte Software Gegenstand umfangreicher überregionaler Berichterstattung gewesen sei, auch nicht um eine abgegrenzte Personengruppe. Eine quantifizierbare Abgrenzung sei nicht möglich. Die Kennzeichnung erfolge auf jedem Ausgabegerät aller Nutzer der streitgegenständlichen Software. Es werde ausdrücklich bestritten, dass er, der Beklagte, gegen Google-Richtlinien verstoße und dass die von ihm betriebene Homepage Spam bzw. spamverdächtig sei bzw. unter Zuhilfenahme unredlicher Programmier Techniken erstellt oder programmiert worden sei. Die von ihm verwandte Programmier Technik sei unverdächtig und wirke eben nicht manipulativ auf die Google-Ergebnisliste ein. Im Übrigen sei seine Internet-Seite auch von Google nicht gesperrt worden. Allein aus der unstreitigen Verwendung sog. Doorway Pages ergebe sich weder ein manipulatives, unrechtmäßiges Verhalten noch ein Spamverdacht. 28

Der Senat hat die Parteien persönlich angehört. Wegen des Ergebnisses der Anhörungen sowie der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Berichterstattevermerk zum Senatstermin sowie die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. Die Akten 15 O 764/04 LG Berlin = 5 U 40/06 KG Berlin lagen zu Informationszwecken vor und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

B. 30

Die zulässige Berufung des Klägers ist begründet. 31

Der Kläger kann die Feststellung verlangen, dass der Beklagte keinen wie im Klageantrag konkretisierten Unterlassungsanspruch hat. 32

I. 33

Die – negative – Feststellungsklage ist zulässig, § 256 ZPO. Der Kläger hat ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung, ob der gegen ihn gerichtete und ihn in seiner wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit beeinträchtigende Unterlassungsanspruch besteht. Das Feststellungsinteresse ist auch nicht durch das nach Klageerhebung eingeleitete Berliner Verfügungsverfahren, das sich gegen ihn richtet, weggefallen, schon deshalb, weil der Kläger eine endgültige Klärung des Bestehens des aus seiner Sicht nicht gerechtfertigten Unterlassungsanspruchs begehrt. Vielmehr können eine Abmahnung sowie ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wegen eines Unterlassungsbegehrens gerade erst das Rechtsschutzinteresse für eine negative Feststellungsklage begründen (vgl. BGH NJW 1986, 1815; Zöller-Greger, 27. Aufl. 2007, § 256 Rn. 14 a). 34

Ebenso wenig liegt diesbezüglich eine anderweitige, frühere Rechtshängigkeit vor, die zur Unzulässigkeit der Klage führen würde. Das Gesuch um Arrest oder einstweilige Verfügung begründet nur eine Rechtshängigkeit für den Arrest- bzw. Verfügungsanspruch als solchen, nicht demgegenüber für den Hauptsacheanspruch des § 926 ZPO. Insoweit liegen zwei Streitgegenstände vor (Zöller-Greger, a.a.O., § 261 Rn. 2; und –Stöber, Vorbem. § 916 Rn. 5). 35

II. 36

Der Beklagte ist als Anspruchsteller klagebefugt nach § 8 III Ziff. 1 UWG. Die Parteien sind Mitbewerber im Sinne von § 2 Ziff. 3 UWG. Als Mitbewerber ist in dieser Regelung jeder Unternehmer definiert, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht. Nach der Werblocker-Entscheidung des BGH vom 24.06.2004 (NJW 2004, 3032 = GRUR 2004, 877) ist ein konkretes Wettbewerbsverhältnis immer dann gegeben, wenn beide Parteien gleichartige Waren oder gewerbliche Leistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen versuchen und das Wettbewerbsverhalten des einen daher den anderen beeinträchtigen, d.h. im Absatz behindern oder stören kann. An einem solchen (klassischen) Wettbewerbsverhältnis aufgrund der eigentlichen beruflichen Tätigkeiten der Parteien fehlt es hier ebenso wie in dem BGH-Fall. Der Kläger entwickelt und vertreibt Computersoftware. Der Beklagte betreibt ein Internetportal. Die Waren bzw. Dienstleistungen sind weder austauschbar noch wird unmittelbar der gleiche Kundenkreis angesprochen. Im Interesse eines wirksamen wettbewerbsrechtlichen Individualschutzes sind an das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses allerdings keine hohen Anforderungen zu stellen. Es wird insbesondere keine Branchengleichheit vorausgesetzt. Da es für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung regelmäßig nur um die konkret beanstandete 37

Wettbewerbshandlung geht, genügt es, dass die Parteien durch eine Handlung miteinander in Wettbewerb getreten sind, auch wenn ihre Unternehmen im übrigen unterschiedlichen Branchen angehören (BGH a.a.O.). Das ist hier insofern der Fall, als der Beklagte sich mit seinem Angebot ebenso wie der Kläger – wenn auch mit abweichender, letztlich konträrer Zielrichtung – an Internetkonsumenten (wie im Fall des BGH betr. Fernsehkonsumenten) wendet. Während der Beklagte mit seinem Portal über eine Suchmaschinenrecherche möglichst viele Nutzer, nämlich Reiseinteressierte, ansprechen möchten, wendet sich der Kläger mit dem von ihm vertriebenen Suchmaschinenfilter an Nutzer, die spamverdächtige Seiten ausfiltern wollen, so dass sich die Parteien an dieser Stelle direkt "ins Gehege" kommen, weil der Beklagte mittels der beanstandeten Markierung "ausgefiltert" wird und dadurch auch seine Geschäftsinteressen an der Erzielung von Provisionen und Werbeeinnahmen beeinträchtigt werden können. Dies gilt gleichermaßen vor dem Hintergrund, dass der Beklagte nur gewerblicher Domaininhaber ist, der mit dieser Domain selbst nicht die beworbenen Reiseleistungen anbietet. Beide Seiten "ringen" mit unterschiedlichem Anliegen um die vordersten Plätze bei den Suchergebnissen. Der Kläger versucht vermeintlichen Spam dort mit seinem System auszusondern, jedenfalls zu kennzeichnen, um diesen zu "stigmatisieren". Der Beklagte versucht umgekehrt, mit Hilfe einer von den Parteien unterschiedlich bewerteten Suchmaschinen-Optimierung die von ihm unterstützten Seiten nach vorne zu bringen.

III. 38

Ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen des Beklagten gemäß § 8 IV UWG mit der Folge, dass 39
der Unterlassungsanspruch aus diesem Grunde scheitern würde, liegt – was letztlich dahin stehen mag, da der Unterlassungsanspruch aus anderen materiellen Gründen nicht besteht - nicht vor. Missbräuchlich in diesem Sinne handelt, wer sich bei der Geltendmachung von Unterlassungs- oder Beseitigungsansprüchen von sachfremden Absichten leiten lässt, die als die eigentliche Triebfeder und als beherrschendes Motiv der Verfahrenseinleitung erscheinen (BGHZ 144, 165, 170 = GRUR 2000, 1089, 1090; GRUR 2006, 243; Ohly/Piper, a.a.O., § 8 Rn. 183). Das ist hier nicht der Fall. Soweit der Beklagte auf dem Standpunkt steht, dass die Einordnung der Webseite durch die Software des Klägers unzutreffend ist, darf er zweifelsohne den Kläger abmahnen. Er verfolgt damit keine sachfremden Ziele. Er will damit seine Webseite gleichsam von dem Spammakel befreien und wieder "freigeschaltet" werden. Rechtsmissbräuchlich war ebenso wenig die Beantragung der einstweiligen Verfügung beim Landgericht Berlin. Nachdem der Kläger die ihm gesetzte Frist nicht im Sinne des Beklagten genutzt hat, lag es für letzteren nahe, das einstweilige Verfügungsverfahren in Gang zu setzen. Entsprechendes gilt unter dem Gesichtspunkt, dass der Beklagte als dortiger Antragsteller das Landgericht Berlin für zuständig gehalten hat. Zudem ist nicht feststellbar, dass die Anwälte des Beklagten, als sie den Verfügungsantrag stellten, tatsächlich von der hiesigen negativen Feststellungsklage bereits Kenntnis hatten.

IV. 40

Es besteht kein Unterlassungsanspruch des Beklagten gegen den Kläger gemäß §§ 8 I, 3, 4 41
Nr. 8 UWG oder aus sonstigem Rechtsgrunde.

1. 42

Nach § 4 Nr. 8 UWG handelt unlauter, wer über Waren, Dienstleistungen oder das 43
Unternehmen eines Mitbewerbers Tatsachen behauptet oder verbreitet, die geeignet sind, den Betrieb oder den Kredit des Unternehmens zu schädigen, sofern die Tatsachen nicht erweislich wahr sind. Die Vorschrift dient in erster Linie dem Individualinteresse

Gewerbetreibender am Schutz ihres guten Geschäftsrufs (Goodwill; vgl. Ohly/Piper, a.a.O., § 4 Rn. 8/1).

2.

44

Die Qualifizierung als Spam stellt zunächst das Behaupten oder Verbreiten einer Tatsache dar. Die Abgrenzung zum Werturteil ist an dieser Stelle insofern von weichenstellender Bedeutung, als nur Werturteile in vollem Umfang den Schutz der Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 GG genießen (BVerfG WRP 2003, 69, 70; Piper/Ohly, UWG, 4. Aufl. 2006, § 4 Rn. 8/12). Im Lauterkeitsfall erfasst die Nr. 8 des § 4 UWG Tatsachenbehauptungen, die Nr. 7 hingegen Werturteile. Für die Qualifikation einer Äußerung als Tatsachenbehauptung kommt es entscheidend darauf an, ob diese einer Überprüfung auf ihre Richtigkeit nach den Kriterien von "richtig" oder "falsch" mit den Mitteln des Beweises zugänglich ist (BGH GRUR 1997, 396, 398 – Polizeichef).

Hinsichtlich der von dem Kläger bewirkten Markierung suchmaschinen-manipulierter Seiten geht es ohne Zweifel zumindest auch um überprüfbare Tatsachen und nicht um eine bloß wertende Beurteilung der Software-Nutzer. Ausgangspunkt der vorgenommenen Bewertung durch den Kläger mag zwar sein, dass eine bestimmte Anzahl der Nutzer eine Seite als Spam gemeldet und insofern eine subjektive Bewertung abgegeben hat. Jedoch ist dabei maßgeblich zu berücksichtigen, dass der Kläger, wie er auch in erster Instanz selbst und plausibel ausgeführt und überdies ausdrücklich im Senatstermin bestätigt hat, dazu eine eigene Prüfung vornimmt – wobei die von den Nutzern so bewertete Seite vom Server eingelesen und analysiert wird – dahin, ob der Quelltext der Seite speziell durch sinnlose Wortwiederholungen derselben Suchbegriffe, Doorpages oder ähnliches zur Optimierung des Suchmaschinenrankings "manipuliert" worden ist. Das Kriterium einer potentiell unzulässigen Suchmaschinenbeeinflussung ist gemessen an den Google-Richtlinien objektivierbar und überprüfbar. Dies wird letztlich auch durch den eigenen Internet-Auftritt des Klägers bestätigt, der nicht in erster Linie abstellt auf eine ausschließliche Auswahl der fraglichen Seiten durch die Nutzer, sondern plakativ darauf, dass die "google-Suchergebnisse von Spam- und Müllanträgen befreit" würden und dass festgestellt würde, dass es sich offenbar um eine Seite handle, die nur durch eine Manipulation von google gelistet werde. Hinzu kommt, dass quantitativ nicht nur die Nutzer, die selbst die Software heruntergeladen haben, hiermit in Berührung kommen können, sondern bei der weiten Verbreitung auch solche, die einen fremden Rechner benutzen und denen nicht notwendigerweise auch bekannt ist, dass lediglich eine vermeintlich bloße Bewertung durch andere Nutzer erfolgt sein könnte. Der Kläger vermarktet sein Produkt vielmehr überprüfbar dahin, dass Spam und entsprechender Müll ausgefiltert werden können.

3.

47

Alsdann ist nach Anhörung der Parteien anzunehmen, dass der Beklagte tatsächlich, so wie es durch die rote Markierung dargestellt wird, "Suchmaschinenspamming" betreibt und seine Seite spamverdächtig ist. Seine "optimierte" Positionierung bei den Suchlistentreffern ist durch eine Suchmaschinenbeeinflussung erfolgt, die gegen das Google-Regelwerk verstößt. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Kläger als der Äußernde darlegen und beweisen muss, dass die von ihm aufgestellte Behauptung wahr ist, wie sich aus dem Wortlaut der Regelung in § 4 Nr. 8 UWG ergibt "sofern die Tatsachen nicht erweislich wahr sind" (vgl. Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 25. Aufl. 2007, § 4 Rn. 8.20; Piper/Ohly, a.a.O., § 4 Rn. 8/12).

49

Der Kläger hat zunächst ein Suchmaschinen-Spamming – anders als das Landgericht es gemeint hat – substantiiert dargelegt. Er hat im Einzelnen unter Darstellung der betreffenden Manipulationstechniken dargetan, dass der Beklagte die Suchmaschineneinträge außerhalb der Richtlinien des Suchmaschinenanbieters manipuliert und gegen die Regelungen von Google (die "google-guidelines") verstoßen habe, indem er neben der sog. Cloakingtechnik (zum Begriff Bl. 118 f.) die sog. Doorwaytechnik (Bl. 116 ff.) benutzt, um seine Internetdomain unzulässig in den vorderen Plätzen zu positionieren. Unter Vorlage einer Vielzahl von Ausdrucken, insbesondere der Seiten mit den Doorwaypages und der für den User unsichtbaren Keywordlisten, sind die diversen vom Beklagten benutzten Manipulationstechniken detailliert dargestellt.

b)

50

Maßstab für die Begriffsdefinition und für die Beurteilung als Spam sind dabei die Regeln des Suchmaschinenanbieters Google. Denn einerseits dient das klägerische Programm, wie im Termin ausführlich erörtert worden ist, nur als Filter für die Google-Suchmaschine. Zum anderen weist der Kläger auf seiner Homepage unmissverständlich darauf hin, dass durch sein System Seiten angezeigt werden, die eben durch eine Manipulation von Google gelistet sind. Der Kläger erweckt insofern – in Bezug auf den Beklagten auch zutreffend – den Eindruck, dass der Eintrag in der google-Ergebnisliste, der durch eine rote Hinterlegung als "spamverdächtig" gekennzeichnet ist, sich unlauterer Mittel bedient habe, um sich die Aufnahme in die google-Ergebnisliste zu erschleichen. Der Kläger will damit für den Nutzer erkennbar nur die Webseiten kennzeichnen, die nicht den Regeln von Google entsprechen. Google wendet sich dabei bereits gegen eine künstliche Verbesserung des Rangs, ohne dass verlangt wird, dass sich die aufgerufene Seite als völlig inhaltslos darstellt. Ein derartiger weiter Spam-Begriff ist überdies im Sinne eines tauglichen Filters auch sachgerecht und nutzerfreundlich, denn kein Surfer will gerade die Webseiten finden und lesen, die den angezeigten Rang nicht verdient haben.

51

Die Google-Richtlinien lauten – insoweit unstreitig – wie folgt (Bl. 64): *"Vermeiden Sie verborgenen Text und verborgene Links. Vermeiden Sie cloaking oder irreführende Umleitungen. Erstellen Sie keine doppelten Seiten, Subdomains oder Domains, die im Grunde den selben Inhalt haben. Vermeiden Sie den Einsatz von "Brückenseiten" (Doorway Seiten), die speziell für Suchmaschinen erstellt werden, oder andere Cookie Cutter Techniken, wie z.B. Partnerprogramme mit keinem oder nur wenig eigenem Inhalt".*

52

Dass der Beklagte in ganz erheblichem Umfang hier solche doorway-pages genutzt hat, ist unbestritten, ohne dass es dabei darauf ankommt, ob es – wie vom Kläger behauptet – mehr als 75.000 sind und ob zudem unzulässige Cloaking-Techniken eingesetzt worden sind. Diese doorwaypages sind im Streitfall regelwidrig, da diese im Kern, was der Beklagte im Termin auch eingeräumt hat, allein dazu dienen, dass die Suchmaschine sie findet. *Die Suchmaschine*, so sein Wortlaut, soll das sehen. Sodann hat der Beklagte auch keinen anderen Sinn dieser Seiten, die der Nutzer selbst nicht sieht, mitteilen können, als den, dass die Suchmaschine fündig wird. Diese Doorway-Pages sind mithin genau widersprechend zu den google-Richtlinien speziell für die Suchmaschine erstellt, ohne dass sie für den Nutzer selbst erkennbar sind oder für ihn einen irgendwie gearteten eigenen Nutzen haben. Von daher ist substantiiert der Sache nach nicht mehr bestritten, dass der Sinn dieser zahllosen Seiten, die auch der Beklagte nicht näher beziffert, allein ist, die Suchmaschine zu beeinflussen. Es ist von ihm in keiner Weise plausibel dargetan und auch durch nichts objektiviert, dass diese Seiten konkret für einen anderen Zweck gebraucht werden. Auch soweit sein Prozessvertreter im Termin darauf hingewiesen hat, dass die hohe Zahl der

53

doorway-pages bedingt sei durch eine hohe Zahl von Hotelbewertungssystemen und dass sich Brückenseiten nicht immer vermeiden ließen, insbesondere wenn es darum gehe, datenbankgenerierte Seiten *für Suchmaschinen* sichtbar zu machen, ist gleichfalls wiederum nicht plausibel gemacht, dass diese konkret auch benötigt werden, um die Seiten *für den Nutzer* sichtbar zu machen. Vielmehr sind im Termin die beanstandeten Seiten insbesondere Anl. 5 a (Bl. 125) und 5 c (Bl. 127) im Einzelnen durchgegangen und erörtert worden. Der Beklagte hat dabei keinen anderen Zweck mitteilen können, als den, dass diese für die Suchmaschine konzipiert sind. Sie werden dementsprechend, was entscheidend ist, nicht benötigt, um die sichtbaren Seiten darzustellen. Diese sind auch inhaltlich nicht zurückzuführen auf ein Hotelbewertungssystem oder zur Darstellung einer für den Nutzer sichtbaren Datenbank. Der Beklagte selbst hat dies einräumen müssen und eingeräumt. Durch dieses Verfahren wird tatsächlich eine künstliche Verlinkung erzeugt, um - nämlich manipulativ – ein höheres Ranking zu erzielen.

Die getroffene Darstellung des Klägers mit seiner Markierung der vom Beklagten unterstützten Seite ist damit im Ergebnis, ohne dass es darüber noch der Einholung eines Sachverständigengutachtens bedarf und ohne dass die Seite von google, wie vom Kläger behauptet, zwischenzeitlich tatsächlich gesperrt sein musste, was offen bleiben kann, erweislich wahr. 54

Ein entsprechender Unterlassungsanspruch des Beklagten ist nicht begründet. 55

c) 56

Nach der Wikipedia-Definition ergibt sich, ohne dass es maßgeblich auch hierauf noch ankommt, im Übrigen keine andere Beurteilung. Danach versteht man unter Suchmaschinen-Spamming (*Search Engine Spamming*) oder Index-Spamming (*Spamdexing*) alle Handlungen, die dazu führen, dass eine Internet-Suchmaschine auf eine Suchworteingabe hin auf den vordersten Plätzen Webseiten ausgibt, die keine für den Surfer relevanten oder dem Suchbegriff entsprechenden Informationen enthalten. Abgesehen davon, dass diese Darstellung, die bei Wikipedia von "jedermann" eingestellt werden kann, keine offizielle Begriffsdefinition darstellt, und es auch für den Nutzer, der sich gegen derartigen Spam wehren will, sinnhaft nicht in erster Linie darauf ankommt, dass die Webseiten gar keine für ihn relevanten oder dem Suchbegriff entsprechenden Informationen enthalten, weil dann praktisch keine Manipulation mehr als Spam zu bewerten wäre, mit der es gelingt, mit irgendeinem Sachbezug auf die vordersten Plätze der Trefferliste zu kommen, ist diese Bewertung ebenfalls erfüllt. Denn zig-Tausende für den Nutzer nicht sichtbare Doorway-Seiten sind für ihn als insofern inhaltsleere Seiten in diesem Sinne anzusehen. 57

Soweit danach wahrheitsgemäß ein Spamverdacht ermittelt und angezeigt worden ist, muss ein solcher Spamming-Filter angesichts der Flut von ungerechtfertigten Suchmaschinenmitteilungen auch aus Gründen des Verbraucherschutzes allgemein zulässig sein. Der Verbraucher und die Allgemeinheit haben grundsätzlich ein legitimes Interesse daran, Spam, den man nicht primär gesucht hat, mit Hilfe einer entsprechenden Technik auszufiltern. 58

4. 59

Andere Anspruchsgrundlagen können den vom Beklagten geltend gemachten Unterlassungsanspruch ebenfalls nicht rechtfertigen. Weder kommt ein Unterlassungsanspruch betreffend bloßer Wertungen nach §§ 3, 4 Nr. 7 UWG unter dem Gesichtspunkt einer Geschäftsverletzung bzw. Schmähkritik in Betracht, noch ein solcher 60

aus §§ 3, 4 Nr. 10 UWG, da eine gezielte, nicht gerechtfertigte Behinderung nicht vorliegt. Ein Anspruch aus §§ 823 I, 1004 I BGB unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb tritt schließlich bereits gegenüber den lauterkeitsrechtlichen Ansprüchen zurück (vgl. Piper/Ohly, a.a.O., § 4 Rn. 8/8; Einf. D Rn. 60 m.w.N.).

V. 61

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 708 Nr. 10, 711 und 91 ZPO. 62

Die Zulassung der Revision ist nicht veranlasst, § 543 ZPO. 63