



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Das Recht der Suchmaschinen -

Ausgewählte Rechtsprobleme der Suchmaschine Google“

Verfasser

Philipp Herrmann

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2010

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:

Betreuer:

A 083 101

Rechtswissenschaften

Ao. Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Zankl

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2008/2009 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien als Dissertation angenommen.

Meinen besonderen Dank möchte ich zunächst meinem Doktorvater und Erstbetreuer, Herrn Univ.-Prof. Dr. Zankl aussprechen, der mir nicht nur die Möglichkeit gegeben hat, diese Abhandlung zu verfassen, sondern mir auch stets mit wertvollen Anregungen und Tipps zur Seite stand. Nicht unerwähnt soll hierbei auch bleiben, dass ich mit Hilfe von Herrn Prof. Dr. Zankl zahlreiche interessante Kontakte knüpfen konnte. Auch hierfür gilt ihm mein Dank.

Danken möchte ich auch Herrn Univ.-Prof. Dr. Enzinger für die Übernahme der Zweitbetreuung und Erstellung des Zweitgutachtens.

Mein ausdrücklicher Dank gilt jedoch auch den Menschen, die mich fortwährend bei meiner Arbeit unterstützt haben und ohne die ich diese nicht hätte vollenden können. Allen voran ist hier meine Oma zu erwähnen, bei der ich stets die Ruhe und Kraft gefunden habe, dieses Projekt voranzutreiben. Mein unermesslicher Dank gilt auch meinen Eltern und meiner Schwester. Ohne Euch wäre dies alles nicht möglich gewesen. Danken möchte ich aber auch meinen Freunden, die immer wieder geduldig über meine Launen während der Erstellung dieser Dissertation hinweg gesehen haben.

Abschließend möchte ich mich auch bei Herrn Dr. Stephan Ott bedanken, der mir in zahlreichen Gesprächen wertvolle Anregungen für diese Arbeit gegeben hat und mir mit seinem Wissen im Bereich des Suchmaschinenrechts immer wieder eine große Hilfe war.

München, Oktober 2010

Philipp Herrmann

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	3
Inhaltsverzeichnis.....	4
Abkürzungsverzeichnis.....	13
Einleitung	17
Gegenstand der Untersuchung.....	18
Gang der Untersuchung.....	18
A. Grundlagen und Funktionsweisen von Internet und Suchmaschinen	20
I. Internet und seine technischen Grundlagen	20
1. Entstehung und Funktionsweise	20
2. Die Rollenverteilung im Internet.....	22
2.1 Webserver oder Service-Provider.....	22
2.2 Content-Provider	22
2.3 Client	22
2.4 Access Provider	23
2.5 Proxy-Cache-Server	23
2.6 Host-Provider	23
3. Definitionen und Arten von Hyperlinks.....	24
3.1 Surface-Link.....	24
3.2 Deep-Link.....	25
3.3 Inline-Link.....	25
3.4 Frame-Links	25
4. Metatags	26
4.1 Description Metatag	27
4.2 Keyword Metatag.....	27
II. Suchmaschinen.....	28
1. Ursprung und Entstehung.....	28
2. Arten von Suchdiensten	29
2.1 Klassische Suchmaschinen.....	29
2.2 Redaktionelle Suchmaschinen.....	30
2.3 Suchmaschinenkooperationen.....	30
2.4 Meta-Suchmaschinen	31

2.5	Spezielle Suchdienste	32
3.	Funktionsweise von Suchmaschinen.....	32
3.1	Web-Robot-System.....	33
3.2	Information Retrieval System	34
3.3	Query Processor	36
3.4	Robot Exclusion Standard	37
4.	Aufbau der Trefferlisten bei Suchmaschinen.....	38
5.	Einflussnahme auf die Suchmaschine	39
5.1	Metatagging.....	40
5.2	Keyword-Stuffing.....	40
5.3	Doorway Pages und Cloaking	41
5.4	Google-Bomben	42
B.	Google und allgemeine haftungsrechtliche Aspekte	43
I.	Einleitung und Ausgangslage	43
1.	Rechtslage in den USA	44
1.1	Perfect 10.....	44
1.2	Die Haftungsprivilegierung des DMCA	45
1.3	Haftungsprivilegierung des § 230 Communications Decency Act (CDA)	46
2.	Rechtslage in Europa.....	46
3.	Das E-Commerce-Gesetz (ECG)	48
3.1	Allgemeine Grundlagen der Haftung	49
3.2	Juristischer Laie.....	50
3.3	Offenkundigkeit.....	50
4.	Rechtslage in Deutschland	51
II.	Die Haftungsprivilegierungen im ECG.....	52
1.	Ausschluss der Verantwortlichkeit bei Suchmaschinen, § 14 ECG.....	53
1.1	Veranlassung der Übermittlung (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 ECG)	53
1.2	Auswahl des Empfängers (§ 14 Abs. 1 Z 2 ECG).....	54
1.3	Auswahl und Veränderung der Treffer (§ 14 Abs. 1 Nr. 3 ECG).....	54
1.4	Ausschlussstatbestand des § 14 Abs. 2 ECG	55
2.	Ausschluss der Verantwortlichkeit bei Zwischenspeicherungen (Caching)	56
2.1	Veränderung von Informationen (§ 15 Nr. 1 ECG)	57
2.2	Bedingungen für den Informationszugang (§ 15 Nr. 2 ECG)	57

2.3	Beachtung der standardmäßigen Aktualisierungsregeln (§ 15 Nr. 3 ECG).....	58
2.4	Beeinträchtigung von Technologien (§ 15 Abs. 1 ECG).....	58
2.5	Entfernung oder Sperrung von Informationen (§ 15 Nr. 5 ECG).....	59
3.	Ausschluss der Verantwortlichkeit bei Speicherung fremder Inhalte (Hosting).....	60
3.1	Fremdheit der Informationen.....	61
3.2	Kenntnis von Tätigkeiten oder Informationen (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 ECG)	62
3.3	Bewusstsein von Umständen und Tatsachen (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 ECG)...	63
3.4	Kenntnis oder Bewusstsein (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 ECG)	64
4.	Umfang der Pflichten des Suchmaschinenanbieters, § 18 ECG	65
5.	Privilegierung und Unterlassungsansprüche	65
5.1	Anwendbarkeit	65
5.2	Rechtslage in Deutschland	67
III.	Rechtsverletzung durch Google Snippets	68
1.	Aussagegehalt von Snippets.....	70
2.	Widerrechtlichkeit der Rechtsverletzung	74
3.	Haftung der Suchmaschine für Snippets	77
4.	Haftungsprivilegierung des § 14 ECG	79
C.	Google und Datenschutz	81
I.	Einleitung und Ausgangslage	81
1.	Speicherpraxis von Google	85
1.1	IP-Adressen	86
1.2	Cookies.....	87
1.3	Speicherprofil einer Suchanfrage	88
2.	Anwendungsbereich des europäischen Datenschutzrechts	89
2.1	Anwendungsbereich des einzelstaatlichen Rechts	89
2.1.1	Niederlassung.....	90
2.1.2	Zurückgreifen auf Mitteln.....	92
2.2	Räumlicher Anwendungsbereich des DSG	94
II.	Verarbeitung von personenbezogenen Daten durch Google	95
1.	Allgemeine Begriffsbestimmung	95
1.1	Daten	95
1.2	Personenbezug von Daten	96
1.2.1	Objektiver Ansatz des Personenbezugs	96

1.2.2	Relativer Ansatz des Personenbezugs	97
1.3	Indirekt personenbezogene Daten	98
2.	Datenverwendung bei der Websuche	99
2.1	IP-Adressen als personenbezogenes Datum.....	99
2.1.1	Statische IP-Adressen	99
2.1.2	Dynamische IP-Adressen.....	100
2.2	Cookies als personenbezogenes Datum	101
2.3	Der Personenbezug für Google	101
2.3.1	Identifizierung über die Suchanfrage	102
2.3.2	Identifizierung anhand registrierter Dienste	103
2.3.3	Identifizierung ohne Registrierung	104
2.3.4	Fazit.....	104
3.	Datenverwendung bei Suchobjekten	105
III.	Zulässigkeit der Datenverwendung	108
1.	Zweck der Datenspeicherung	108
1.1	Verbesserung der Dienstangebote	108
1.2	Systemsicherheit.....	109
1.3	Einschätzung der Art. 29-Datenschutzgruppe	109
2.	Erforderlichkeit der Datenverarbeitung	111
3.	Schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen.....	112
3.1	Verwendung nicht sensibler Daten	113
3.2	Zustimmung der Nutzer in die Datenverwendung	114
3.3	Einwilligung durch Dienste-AGB.....	115
4.	Fazit.....	116
IV.	Google Analytics.....	117
1.	Einleitung	117
2.	Funktionsweise von Google Analytics.....	118
3.	Datenverwendung mit Google Analytics	120
3.1	Auftraggeber und Verantwortlicher	121
3.2	IP-Adressen und Google Analytics	122
4.	Zulässigkeit der Datenverwendung	123
4.1	Überlassung der Daten im Wege des Dienstleisterverhältnisses § 10 DSG....	123
4.2	Unterrichtung über Widerspruchsmöglichkeit	124

4.3	Einwilligung der Nutzer zur Datenverwendung.....	125
4.4	Zulässigkeit der Datenübermittlung in die USA	126
5.	Fazit	127
V.	Google Street View	128
1.	Einleitung und Ausgangslage	128
2.	Anwendungsbereich des DSG	132
2.1	Datenverwendung bei Google Street View	132
2.1.1	Datenermittlung und Datenerfassung.....	133
2.1.2	Datenspeicherung	133
2.1.3	Datensperrung	134
2.1.4	Datenübermittlung bei Google Street View	134
2.2	Vorliegen einer Datenanwendung.....	134
2.3	Der Personenbezug von Geodaten	135
2.3.1	Abgrenzung zum Sammel- und Flächendatum	136
2.3.2	Abgrenzung anhand einer Persönlichkeitsrelevanz.....	137
3.	Aufnahme von Gebäuden und Häuserfassaden.....	139
3.1	Angaben über sachliche oder persönliche Verhältnisse.....	139
3.2	Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit.....	140
3.3	Ergebnis.....	141
4.	Aufnahmen von Personen und Gesichtern	141
4.1	Datenschutzrechtliche Aspekte.....	141
4.2	Recht am eigenen Bild	142
5.	Zulässigkeit der Datenverwendung	143
5.1	Datenverwendungszweck.....	143
5.2	Erforderlichkeit der Datenverwendung	143
5.2.1	Datenverarbeitung.....	144
5.2.2	Datenübermittlung	145
5.3	Schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen.....	147
5.3.1	Allgemein verfügbare Daten	148
5.3.2	Qualität der Daten	150
5.3.3	Zulässigerweise veröffentlichte Daten.....	151
5.3.4	Interessenabwägung	151
5.4	Ergebnis.....	155

D. Google AdWords	156
I. Einleitung	156
II. Begriffsbestimmung und Funktionsweise von Google AdWords.....	157
III. Kartellrechtliche Problematik bei Google AdWords	160
1. Einleitung	160
1.1 Rankingkriterien bei Google AdWords	162
1.2 Kinderstart.com v. Google.....	163
1.3 Person v. Google.....	163
1.4 TradeComet v. Google.....	164
2. Rechtsprechung in Deutschland	165
IV. Marken- und wettbewerbsrechtliche Problematik bei AdWords	167
1. Der Benutzungsbegriff des EuGH.....	168
2. Funktionen einer Marke	169
2.1 Qualitätsfunktion oder Garantiefunktion einer Marke	171
2.2 Werbefunktion der Marke.....	172
2.3 Kommunikationsfunktion einer Marke	174
2.4 Investitionsfunktion einer Marke	175
2.5 Zwischenergebnis	175
3. Begriff der Verwechslungsgefahr	177
V. Darstellung der bisherigen Rechtsprechung zu Google AdWords.....	177
1. Rechtsprechung in den USA	178
1.1 Rescuecom v. Google	179
1.2 Hearts on Fire v. Blue Nile.....	180
2. Rechtsprechung in Deutschland	181
2.1 Einleitung und Ausgangslage	181
2.1.1 Impuls-Rechtsprechung des BGH.....	182
2.1.2 Metatag und Keywords	183
2.2 Das „pcb“-Verfahren	185
2.2.1 Verwechslungsgefahr und das Verständnis der Verkehrsteilnehmer	187
2.2.2 Funktion des Broad Matching.....	189
2.2.3 Fazit.....	191
2.3 Das „Beta Layout“-Verfahren	192
2.3.1 Anzeige der Marke in der Werbung	195

2.3.2	Zwischenergebnis.....	196
3.	Rechtsprechung in Österreich	197
VI.	Vorabentscheidungsersuchen zum Keyword Advertising	198
1.	Cour de Cassation vom 20.05.2008 – Google.....	199
1.1	Google/Louis Vuitton	199
1.2	Google/Viaticum	201
1.3	Eurochallenges	201
1.4	Vorlagefragen	202
2.	Oberster Gerichtshof vom 20.05.2008 – Bergspechte	203
3.	Bundesgerichtshof vom 22.01.2009 – Bananabay	205
3.1	Erster Lösungsansatz des BGH	207
3.2	Zweiter Lösungsansatz des BGH	207
3.3	Dritter Lösungsansatz des BGH	207
VII.	Darstellung des Generalanwalts	208
1.	Benutzung durch Google.....	209
1.1	Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion.....	211
1.2	Beeinträchtigung der Werbefunktion	211
2.	Markenverletzung durch den Werbekunden	213
3.	Verantwortlichkeit von Google	213
4.	Haftungsprivilegierung.....	213
VIII.	Die Entscheidungen des EuGH – Google France und Google	214
1.	Markenbenutzung durch Google	214
2.	Markenrechtsverletzung durch den Werbekunden.....	215
2.1	Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion.....	216
2.2	Werbefunktion der Marke.....	219
3.	Verantwortlichkeit von Google	221
3.1	Neutralität von Google	222
3.2	Kenntnis und Kontrolle des Diensteanbieters	224
3.3	Haftungsprivilegierung nach § 14 oder 16 ECG	225
IX.	Die Entscheidung des EuGH zu den Vorlagefragen des OGH	225
1.	Die Antwort des OGH vom 21.06.2010.....	227
2.	Fazit.....	228
X.	Die Entscheidung des EuGH zur Vorlagefrage des BGH.....	228

XI.	Fazit	229
E.	Google Thumbnails	230
I.	Einleitung und Funktionsweise	230
II.	Überblick über die bisherige Rechtslage	231
1.	Rechtsprechung in den USA	231
1.1	Verfahren Kelly v. Arriba	232
1.2	Verfahren Perfect 10 v. Google	232
2.	Die Schrankenregelungen des fair use	234
2.1	Purpose and character of the use	234
2.2	Nature of the copyrighted work	236
2.3	Amount and substantiality of the portion used.....	236
2.4	Effect of the use upon the potential market for or value of the work.....	236
2.5	Fazit	237
3.	Rechtsprechung in Deutschland	237
3.1	Die rechtliche Ausgangslage im Verfahren vor dem OLG Jena.....	238
3.2	Die rechtliche Ausgangslage der Hamburger Rechtsprechung	240
3.3	Lösungsansätze in der Literatur und Rechtsprechung.....	242
3.3.1	Schranke der vorübergehenden Vervielfältigungshandlung.....	242
3.3.2	Thumbnails als Zitate	243
3.3.3	Modell der konkludenten Einwilligung	243
3.3.4	Lösungsansatz de lege ferenda und fair use.....	244
3.3.5	Lösungsansatz der Privilegierung	245
3.4	Fazit	246
F.	Die Google-Buchsuche	248
I.	Einleitung	248
II.	Funktionsweise und Inhalt der Google-Buchsuche	250
1.	Das Google-Buch-Partnerprogramm.....	250
2.	Das Google-Bibliotheksprogramm	251
III.	Urheberrechtliche Bewertung der Google-Buchsuche.....	252
1.	Rechtsverfolgung	253
2.	Rechtsverletzung durch den Scanvorgang	254
3.	Rechtsverletzung infolge der Veröffentlichung	255
3.1	Urheberrechtlicher Schutz von Snippets	256

3.2	Zwischenergebnis	257
4.	Rechtslage in den USA	257
4.1	Rechtsverletzung	257
4.2	Rechtfertigung der Buchsuche anhand der Fair-use-Doktrin.....	258
4.2.1	Purpose and character of the use.....	259
4.2.2	Nature of the copyrighted work	260
4.2.3	Amount and substantiality of the portion used.....	261
4.2.4	Effect of the use upon the potential market for or value of the work	261
4.3	Fazit und Aspekte einer europäischen Fair-use-Regelung	263
IV.	Das Google Book Settlement	265
1.	Das Verfahren der „class action“	265
2.	Betroffenheit von ausländischen Rechteinhabern	267
3.	Google Book Settlement 1.0	268
3.1	Definition des „Books“ und seiner Darstellungen	269
3.2	Rechteeinräumung an Google	270
3.3	Opt-Out-Option	270
3.4	Hauptkritikpunkte am Google Book Settlement 1.0	271
4.	Inhalt und Änderung des Google Book Settlement 2.0.....	272
4.1	Kernbereich der Änderung	272
4.2	Vergriffene Werke.....	273
4.3	Verwaiste Werke („orphan works“).....	274
4.4	Ausschlussfristen	274
5.	Bewertung und Ausblick.....	275
	Zusammenfassung.....	277
	Abstract	278
	Literaturverzeichnis.....	280
	Lebenslauf.....	303

Abkürzungsverzeichnis

a. a. O.	am angegebenen Ort
a. A.	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABl	Amtsblatt der EU
Abs.	Absatz
AfP	Archiv für Presserecht
AG	Amtsgericht
Anm.	Anmerkung
AnwBl	(österreichisches) Anwaltsblatt
Art.	Artikel
AZ	Aktenzeichen
BDSG	(deutsches) Bundesdatenschutzgesetz
BeckRS	Beck Rechtsprechung
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGHZ	Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Blg	Beilage
BlgNR	Beilage(-n) zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrats
Bsp.	Beispiel
Bspw.	beispielsweise
BVerfG	(deutsches) Bundesverfassungsgericht
Bzw.	beziehungsweise
C´T	Computer und Technik
CR	Computer und Recht
CRi	Computer und Recht International
ders.	Derselbe
Diss.	Dissertation
dMarkenG	(deutsches) Markengesetz
DSG	Datenschutzgesetz 2000
DuD	Datenschutz und Datensicherheit
dUWG	(deutsches) Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
EB	Erläuternde Bemerkungen
ECG	E-Commerce-Gesetz
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
ECRL	E-Commerce-Richtlinie (2000/31/EG)
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
EL	Ergänzungslieferung
Endg.	endgültig
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage

etc.	et cetera
EuG	Europäisches Gericht (erster Instanz)
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
ff.	und der, die folgenden (fortfolgende)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GeoDIG	Geodateninfrastrukturgesetz
GeoZG	(deutsches) Geoinformationsgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GMV	Verordnung über die Gemeinschaftsmarke
GP	Gesetzgebungsperiode
Grds.	grundsätzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRURInt	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungs-Report
GWB	(deutsches) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HTML	Hyper Text Markup Language
HTTP	Hypertext-Transfer-Protokoll
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. e. S.	im engeren Sinn
i. E.	im Ergebnis
i. V. m.	in Verbindung mit
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinn
JBl	Juristische Blätter
JuS	Juristische Schulung
jusIT	Zeitschrift für IT-Recht, Rechtsinformation und Datenschutz
K&R	Kommunikation und Recht
Kap	Kapitel
KartG	Kartellgesetz
KG	Kammergericht
KOM	Kommission der Europäischen Gemeinschaft
KUG	(deutsches) Kunsturhebergesetz
LG	Land(es)gericht

lit.	litera
m. E.	meines Erachtens
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MA	Masterarbeit
MarkenR	Zeitschrift für deutsches, europäisches und internationales Kennzeichenrecht
MarkenRL	Markenrichtlinie
MedG	Mediengesetz
MMR	Multimedia und Recht
MR	Medien und Recht
MR-Int.	Medien und Recht International
MSchG	Markenschutzgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
ÖBl	Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz/Urheberrecht
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
RBÜ	Revidierte Berner Übereinkunft
RdV	Recht der Datenverarbeitung
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RegE	Regierungsentwurf
RL	Richtlinie
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
RZ	Österreichische Richterzeitung
s. o.	Siehe oben
s. u.	Siehe unten
Slg.	Sammlung
sog.	so genannt, -e, -er, -es
str.	strittig
stRspr	ständige Rechtsprechung
TDG	(deutsches) Teledienstegesetz
TKG	Telekommunikationsgesetz 2003
TMG	(deutsches) Telemediengesetz
UFITA	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht
UIG	(deutsches) Umweltinformationsgesetz
UrhG	Urheberrechtsgesetz
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Vgl.	Vergleiche
VO	Verordnung
VuR	Verbraucher und Recht

wbl	wirtschaftsrechtliche Blätter- Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht
WM	Wertpapier-Mitteilungen - Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
Z	Ziffer
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
Zutr.	zutreffend

Einleitung

Suchmaschinen gelten als die „Torwächter“ des Internets. Sie vermitteln Wissen und schaffen den Zugang zu Informationen. Nahezu jeder Internetnutzer bedient sich ihrer Dienste, wenn es darum geht, Informationen im World Wide Web zu finden oder auch zu verbreiten.

Insbesondere die Suchmaschine von Google hat sich hierbei in den letzten Jahren als zentrales Medium etabliert, die Datenflut an Informationen im Netz für den einzelnen Nutzer zu ordnen und überschaubar zu machen. Mit seinen Diensten trägt Google dazu bei, dass Privatpersonen, Unternehmen oder Behörden jederzeit und quasi „unbegrenzt Informationen“ aus dem Netz beschaffen können. Google ist hierbei in Europa unangefochten an der Spitze dieser Informationsvermittler. Den Erfolg von Google und seiner Dienste hierbei mit wenigen Worten zu erklären, erscheint kaum möglich. Profitieren kann das Unternehmen zweifellos von der Tatsache, dass es eine „schlanke und übersichtliche Benutzerstruktur“ bereithält und eine „hohe Qualität“ der Suchergebnisse aufweist. Zudem profitiert das Unternehmen davon, dass eine Vielzahl der Dienste dem Nutzer kostenlos zur Verfügung gestellt wird. Konsequenz hieraus ist der steigende Nutzerkomfort und damit die „Beliebtheit“ der Suchmaschine. Eine steigende Zahl an Nutzern hat wiederum eine größere Zahl an potentiellen Werbekunden zur Folge. Den hieraus resultierenden wirtschaftlichen Erfolg nutzt das Unternehmen, um neue Geschäftsbereiche zu erschließen und neue Geschäftsmodelle zu entwickeln. So schließt sich der Kreis.

Diese „Beliebtheit“ und große Anzahl an Nutzern wiederum ist zugleich das rechtliche und gesellschaftliche „Verhängnis“ des Suchmaschinenanbieters. Eine große Zahl an Nutzern bedeutet eine große Menge an verfügbaren Daten und Informationen. Daten und Informationen sind das „Kapital“ der Suchmaschine. Google hat daher nicht nur ein Interesse daran, für die Nutzer möglichst viele Informationen komfortabel auffindbar zu machen, sondern die hierbei gewonnen Daten bestmöglich für eigene Zwecke zu nutzen.

Das Streben danach, die weltweiten Informationen im Netz für den Einzelnen verfügbar und nutzbar zu machen, hat unzählige Kritiker auf den Plan gerufen, die in Google u.a. aufgrund dieser Datenkonzentration eine Gefahr sehen. Mit dem Unternehmen Google gehen inzwischen Begriffe wie „*Vergoogelung von Informationen*“ oder „*dem Streben nach Weltherrschaft*“ einher, was den Ruf nach einer „*Zerschlagung des marktbeherrschenden Konzerns*“ laut werden ließ. Es gibt wohl kein anderes Unternehmen, das es aufgrund seiner stetigen Ex-

pansion und seiner stetig hinzukommenden neuen Dienste sogar geschafft hat, die Frage und Notwendigkeit nach einem eigenen Gesetz, der „Lex Google“ aufzuwerfen.

Aufgrund dieser Expansion und der Erschließung neuer Angebote für die Nutzer bleiben rechtliche Konfrontationen und die Entstehung neuer Rechtsprobleme nicht aus. Hierbei kommt erschwerend hinzu, dass die bestehenden gesetzlichen Grundlagen oder gerichtlichen Entscheidungen oftmals nicht mit dieser rasanten Entwicklung mithalten können.

Gegenstand der Untersuchung

Gegenstand der nachstehenden Abhandlung bilden ausgewählte Rechtsprobleme, die sich in den letzten Jahren im Zusammenhang mit Google ergeben haben. Bereits der Titel der Arbeit zeigt jedoch, dass hierbei nur auf einige bestimmte Aspekte eingegangen werden kann. Es ließen sich wohl dutzende weitere Problembereiche darstellen, mit denen sich Google bereits jetzt oder auch erst in naher Zukunft in rechtlicher Hinsicht zu beschäftigen haben wird.

Die ausgewählten Problembereiche sollen hierbei nicht nur anhand der nationalen Bestimmungen untersucht werden. Viele der rechtlichen Probleme haben ihren Ursprung in der US-amerikanischen oder auch deutschen Rechtsprechung und wissenschaftlichen Diskussion. Daher sollen auch die Parallelen und Verbindungen zu diesen Rechtsgebieten aufgezeigt werden. Bei der Aufbereitung der einzelnen Themenkomplexe wurden die Rechtsprechung und der Stand der Literatur schwerpunktmäßig bis Ende Mai 2010 berücksichtigt. Da allerdings kurz vor Fertigstellung der Abhandlung noch einige relevante Entscheidungen im Bereich des Keyword Advertising getroffen wurden, war hierauf ebenfalls noch einzugehen. Insoweit konnte die Rechtsprechung bis Anfang September 2010 berücksichtigt werden. Die in den Fußnoten angegebenen Verweise wurden letztmalig am 28.10.2010 geprüft.

Gang der Untersuchung

Die Arbeit ist insgesamt in sechs Kapitel unterteilt. Der erste Teil widmet sich den allgemeinen Grundlagen des Internets und der Funktionsweise von Suchmaschinen. Besonders im Bereich des Suchmaschinenrechts ist es von Bedeutung, die technischen Abläufe nachvollziehen zu können, weshalb diese der Arbeit vorangestellt werden. Im zweiten Teil der Arbeit werden die haftungsrechtlichen Grundlagen einer Suchmaschine erläutert. Hierbei sollen nicht nur die nationalen Vorschriften und möglichen Privilegierungstatbestände zur Sprache kommen, sondern auch die US-amerikanischen Normen, die teilweise den europäischen Bestim-

mungen als Vorbild gedient haben. Neben den Haftungsprivilegierungen des E-Commerce-Gesetzes soll hierbei vor allem auf die haftungsrechtliche Situation der Google Snippets eingegangen und die hierbei von der Rechtsprechung dargestellten Ausführungen kritisch hinterfragt werden.

Der dritte Teil beschäftigt sich mit datenschutzrechtlichen Aspekten, wobei der Fokus auf die allgemeine Suchfunktion von Google und der Dienste Google Analytics sowie Google Street View gerichtet ist. Einen weiteren Schwerpunkt der Arbeit nimmt der vierte Bereich um den Werbedienst Google AdWords ein. Die Rechtsprechung hatte sich in den letzten Jahren mit einer Vielzahl von Rechtsproblemen beim Keyword Advertising zu beschäftigen. In diesem Zusammenhang sind eine Reihe von bedeutenden Urteilen sowohl auf nationaler, wie auch europäischer Ebene ergangen, deren Bedeutung und Konsequenzen im Einzelnen dargestellt werden sollen.

Im Anschluss daran werden die rechtlichen Probleme der Google Bildersuche erläutert und anhand der bisherigen Rechtsprechung in den USA, sowie in Deutschland analysiert. Abgeschlossen wird die Arbeit mit den Rechtsproblemen um die Google Buchsuche. Hierbei werden nicht nur die laufenden Verhandlungen zwischen den Rechteinhabern und Google skizziert, sondern auch die mögliche Einführung neuer Rechtsinstitute in Form der US-amerikanischen „fair use Doktrin“ diskutiert.

A. Grundlagen und Funktionsweisen von Internet und Suchmaschinen

I. Internet und seine technischen Grundlagen

Um die nachfolgenden juristischen Aspekte – besonders auch im Bereich der Suchmaschine von Google – nachvollziehen zu können, sollen vorab die technischen Hintergründe des Internets und seiner wesentlichen Komponenten beschrieben werden. Im Anschluss werden die Arbeitsabläufe einer Suchmaschine erläutert.

1. Entstehung und Funktionsweise

Das Internet hat seinen Ursprung in der militärischen Forschung Anfang der 1970er-Jahre. Im Zuge des Kalten Krieges forderte das amerikanische Militär eine Möglichkeit zum Informationsaustausch und zur strategischen Kommunikation¹, die dezentral organisiert und im Fall von militärischen Auseinandersetzungen weiterhin funktionsfähig gewesen wäre.

Das Internet – so wie es im alltäglichen Sprachgebrauch Verwendung findet – besteht aus einer Vielzahl von Prozessen und Anwendungen, die miteinander kommunizieren und arbeiten. Das Internet ist hierbei kein in sich geschlossenes Netzwerk, sondern speist sich aus vielen einzelnen Netzwerken. In diesem Zusammenhang spricht man auch oftmals von dem Wort „Netz“ oder „Web“, was darauf zurückzuführen ist, dass zu Beginn der 1980er-Jahre mehrere dieser Rechner(-Netze) mithilfe eines die gemeinsame Kommunikation unterstützenden Protokolls zusammengeschlossen bzw. miteinander vernetzt wurden.² Das Internet gilt damit aufgrund seiner Vielzahl von Rechnernetzen als dezentral strukturiert, international und organisationsübergreifend sowie standardisiert geregelt.³

¹ Dieses Kommunikationsnetz trug die Bezeichnung ARPANet. ARPA steht für „Advanced Research Projects Agency und war eine Forschungsinstitution des amerikanischen Verteidigungsministeriums, deren Ziel es war, eine möglichst dezentrale Kommunikationsarchitektur als zuverlässigere Alternative zu der bis dahin genutzten leitungsorientierten Datenübertragung zu entwickeln; vgl. hierzu auch die Darstellung bei *Haft/Eisele*, JuS 2001, 112, 113. Die militärische Nutzung des Internets wurde schließlich 1983 abgetrennt und firmierte von diesem Zeitpunkt unter der Bezeichnung MILNET (Military Network). Für die zivile Nutzung stand ab diesem Zeitpunkt NSFNET (National Science Foundation Network) zur Verfügung, wobei hierbei zunächst die Ausrichtung eindeutig auf der wissenschaftlichen Nutzung lag. ARPANet wurde infolge der rasanten Entwicklung der zivilen Nutzung des Internets 1990 eingestellt.

² Man spricht hierbei von der Geburtsstunde des Internets, siehe *Sieber*, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia Recht, Teil 1, Rn. 2-4; *Federrath/Pfitzmann*, in: Moritz/Dreier, Rechts-Handbuch zum E-Commerce, Teil A, Rn. 3. Eine gute Übersicht über die Geschichte des Internets in Österreich findet sich bei *Rastl*, Es begann an der Uni Wien: 10 Jahre Internet in Österreich, abrufbar unter: <http://comment.univie.ac.at/00-2/2/>.

³ *Federrath/Pfitzmann*, in: Moritz/Dreier, Rechts-Handbuch zum E-Commerce, Teil A, Rn. 2, 3.

Das Internet⁴ funktioniert hierbei – sehr vereinfacht gesprochen – derart, dass die transportierten Informationen wie Bilder, Texte oder Dateien in mehrere einzelne Teile (sog. Packet Switching) aufgeteilt, mit einer Zieladresse versehen und an den Bestimmungsort verschickt werden. Sind die einzelnen Datenpakete am Zielort eingetroffen, werden diese wieder zusammengesetzt. Voraussetzung für eine reibungslose Kommunikation zwischen den „Absendern“ und den Zielrechnern ist hierbei eine gemeinsame und international – für beide Seiten – verständliche „Sprache“. Dieser einheitliche (Sprach-)Standard wird TCP/IP (Transmission Control Protocol/Internet Protocol)⁵ genannt.

Die Kommunikation zwischen dem Versender und dem Empfänger der Daten basiert hierbei auf der Architektur von aufeinander aufbauenden Schichten⁶ (Schichtenmodell), bei denen jede einzelne Schicht einen eigenen Dienst bzw. eine eigene Aufgabe übernimmt. Während die sog. Transportschicht und das Transmission Control Protocol (TCP) eine Verbindung zwischen den Computersystemen aufbaut, übernehmen Netzwerkschicht und Internet Protocol (IP) das Einspeisen und Versenden der Datenpakete. Das Internet Protocol (IP) versieht die Daten mit einer Adresse und versendet sie an den gewünschten Rechner im Netzwerk und übernimmt hierbei somit das sog. Routing⁷. Diese Adressen (IP-Adressen) in der derzeit noch am verbreitetsten Form IPv4 bestehen aus 32 Bits, also 4 Bytes, und werden als vier durch Punkte voneinander getrennte Dezimalzahlen im Wert von 0 bis 255 angegeben. Daneben wurde die Version IPv6⁸ entwickelt, mit der eine weitaus größere Anzahl an Adressen darstellbar ist.

⁴ In den USA wird der Begriff „Internet“ in mehreren Gesetzen definiert, so z. B. in Section 1101 (e)(3)(c) des „Internet Tax Freedom Act“: „*The term Internet means collectively the myriad of computer and telecommunications facilities, including equipment and operating software, which comprise the interconnected worldwide network of networks that employ the Transmission Control Protocol/Internet Protocol, or any predecessor or successor protocols to such protocol, to communicate information of all kinds by wire or radio.*“ Der Gesetzestext ist abrufbar unter: <http://gseis.ucla.edu/iclp/itfa.htm>.

⁵ Sieber, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia Recht, Teil 1, Rn. 43, 45.

⁶ Zu den einzelnen Schichten und deren Funktionsweisen siehe auch ausführlich Merati-Kashani, Der Datenschutz im E-Commerce, S. 10-12; ebenso Sieber, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia Recht, Teil 1, Rn. 31-38; Mantz, Rechtsfragen offener Netze, S. 22, 52 f.

⁷ Der Begriff entstammt dem englischen Begriff für „Weg“, „Route“ und bezeichnet ein System bestehend aus Soft- und Hardware, das Datenpakete zwischen zwei Netzwerken oder Netzwerksegmenten weiterleitet.

⁸ Das Kontingent von IP-Adressen ist grundsätzlich beschränkt. Um den zukünftigen Anforderungen und Entwicklungen des Internets gerecht zu werden, wurde die Protokollversion 6 (IPv6) eingeführt, mit der 128 Byte lange IP-Adressen erstellt werden können. Eine vertiefende Behandlung soll an dieser Stelle jedoch unterbleiben. Eine umfassende Darstellung findet sich bei Federrath/Pfitzmann, in: Moritz/Dreier, Rechts-Handbuch zum E-Commerce, Teil A, Rn. 7, 34.

2. Die Rollenverteilung im Internet

Bei der Nutzung des Internets ist eine Vielzahl von Akteuren beteiligt, die allesamt unterschiedliche Aufgaben übernehmen. Die für die Erörterung wichtigsten sollen nachfolgend dargestellt werden.

2.1 Webserver oder Service-Provider

Unter dem Begriff „Webserver“ oder „Service-Provider“ versteht man im ursprünglichen Sinne einen zentralen Computer eines Netzwerks samt seiner Software, der seine Dienste und Daten den am Netzwerk teilnehmenden Computern zur Verfügung stellt.⁹ Inzwischen ist der Begriff des Servers relativ weit gefasst und bezeichnet entweder ein Programm, das mit einem anderen Programm kommuniziert, um bestimmte Dienste zu erbringen, oder auch als einen Computer, auf dem diese Programme laufen.

Im Internet wird eine Vielzahl dieser Dienste von unterschiedlichen Webservern erbracht. Zu diesen Diensten zählt u. a. auch die Bereitstellung einer Suchmaschine. Der Begriff „Webserver“ wird damit insgesamt auch als ein Programm beschrieben, das am Server angefragte Webseiten dem jeweiligen Client (d. h. dem System, das bestimmte Daten oder Dienste anfordert) zur Verfügung stellt. Daneben fällt unter diesen Begriff auch der Rechner, auf dem das Webserver-Programm, mithin die abgefragte Seite selbst, liegt.

2.2 Content-Provider

Der Inhaltsanbieter oder auch Content-Provider genannte ist derjenige, der die auf der Webseite dargestellten Inhalte, Informationen und Daten herstellt oder bereithält,¹⁰ und zwar unabhängig davon, ob der Platz im Internet dafür von einem Dritten bzw. einem anderen Service-Provider zur Verfügung gestellt worden ist. Entsprechend weit ist auch der Anwendungsbereich von der privaten oder kommerziellen Webseite bis hin zu Anbietern von Werbebannern.

2.3 Client

Der Teilnehmer und Nutzer des Internets und seiner Dienste bedient sich eines sog. Clients, mithin eines Computerprogramms, mit dem auf die Daten des Servers und dessen Dienste zugegriffen wird. Dieser Client baut folglich mit seinem Rechner eine Verbindung mit einem

⁹ Grimm, in: Roßnagel/Banzhaf/Grimm, Datenschutz im Electronic Commerce, S. 60.

¹⁰ Vgl. nur Zankl, E-Commerce-Gesetz, § 13 Rn. 185.

Server auf, welcher wiederum den gewünschten Dienst zur Verfügung stellt. Zu den typischen Clients zählen z. B. Webbrowser, mit denen Kontakt zu einem Webserver hergestellt wird und die dort bereitgehaltenen Daten an den Browser zurückgeschickt und für den Nutzer darstellbar gemacht werden.

2.4 Access Provider

Bei Access Providern handelt es sich um Anbieter, die dem Nutzer und dessen Client den Zugang zum Internet ermöglichen.

Dieser Internet-Service-Provider (ISP), also der Onlinediensteanbieter, stellt die Schnittstelle zur eigentlichen Internetnutzung her. Derartige Anbieter bieten ausschließlich „Transferleistungen“ und nehmen dabei weder Einfluss noch Kontrolle auf diese Daten. Access-Provider zählen daher zu den Anbietern, die in Bezug auf die vermittelten Daten inhaltlich völlig uneteiligt sind und lediglich eine Infrastruktur zur Verfügung stellen.

2.5 Proxy-Cache-Server

Bei einem Proxy-Cache-Server¹¹ handelt es sich um besondere Anwendungsprogramme, die regelmäßig eingesetzt werden, um die fremden Inhalte kurzfristig und automatisch zwischenspeichern. Hierbei werden die Daten beim ersten Abrufen zum einen vom Zielsystem an den Rechner des Nutzers gesendet und gleichzeitig auf dem eigenen Proxy-Cache-Server gespeichert. Wenn nunmehr der Nutzer oder ein Dritter die Daten erneut abrufen, werden diese zunächst von diesem Server abgerufen, was die Datenzugriffe effektiver gestaltet.¹²

2.6 Host-Provider

Host-Provider sind Anbieter, die Speicherplatz oder Rechnerkapazitäten für fremde Inhalte bereitstellen.¹³ Nutzer können dort Inhalte und Daten hinterlegen, auf die später andere oder der Nutzer selbst zugreifen können. Unter den Begriff der Host-Provider fallen u. a. die klassischen Domain- oder E-Mail-Anbieter ebenso wie Onlineportale in Form von Facebook oder StudiVZ.

¹¹ Vom englischen „proxy representative“ (Stellvertreter) bzw. dem lateinischen „proximus“ (der nächste),

¹² Sieber, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia Recht, Teil 1, Rn. 31-38.

¹³ Zankl, E-Commerce-Gesetz, § 16 Rn. 222; Laga/Seherschön/Ciresa, E-Commerce-Gesetz, § 16 Rn. 1.

3. Definitionen und Arten von Hyperlinks

Unter einem Hyperlink oder auch Link versteht man eine elektronische Verknüpfung¹⁴ zwischen der den Hyperlink enthaltenden Website oder Datei und einer anderen Datei oder Website.¹⁵ Hyperlinks ermöglichen damit erst das „Surfen im Internet“, indem nach dem Anklicken des jeweiligen Links eine Weiterleitung auf die gewünschte Seite erfolgt. In technischer Hinsicht geht die Verweisung beim (manuellen) Hyperlinking dadurch vonstatten, dass von dem jeweiligen Anbieter die sog. URL¹⁶ bzw. Internetadresse des gewünschten Zieldokuments in den HTML¹⁷-Code eingetragen wird.¹⁸

Bei Suchmaschinen findet dieser Vorgang automatisiert statt, indem zu einem potenziellen Treffer von einer Software die entsprechende URL erstellt wird. Der Link präsentiert sich dem Nutzer¹⁹ meist als hervorgehobene Textstelle oder auch als Grafik. Die Links verweisen entweder auf ein Internetangebot oder Dokument bzw. eine Datei innerhalb einer bestimmten Website des Linksetzers (interner Link) oder auf ein Dokument bzw. auf eine Datei außerhalb der verlinkenden Website.²⁰ Nachfolgend sollen die unterschiedlichen „Linkarten“ kurz veranschaulicht und ihre wesentlichen Unterschiede erläutert werden.

3.1 Surface-Link

Als Surface-Links werden Verweise bezeichnet, die auf die Start- oder Eingangsseite (auch als Front- oder Homepage bezeichnet) eines anderen Content-Providers verweisen.

¹⁴ Vgl. zu den technischen Grundbegriffen auch *Ernst*, K&R 1998, 536 ff.; ebenso *Schramm*, in: *Jahnel/Schramm/Staudegger*, Informatikrecht, S. 20.

¹⁵ Der Begriff „Webseite“ bezeichnet den Bestandteil einer „Website“. Eine Website hingegen bezeichnet alle hinter einer Internetadresse stehenden Seiten. Die „Webseite“ ist in der Regel eine HTML-Datei, die „Website“ hingegen die Ressource, die unter der eingegebenen Internetadresse angesprochen wird.

¹⁶ Uniform Resource Locator (vereinfacht: Internetadresse).

¹⁷ Kurzform für „Hypertext Markup Language“.

¹⁸ Zunächst wird hierbei der Teil des Textes oder Bildes markiert, der als sog. Anker für den Link dienen soll. Nach einem Klick auf den Befehl „Hyperlink“ im Menü „Einfügen“ wird der Name der Datei angegeben, zu welcher der Link weisen soll. Vgl. zu weitergehenden Funktionsweisen von Hyperlinks ausführlich: *Ott*, Urheber- und wettbewerbsrechtliche Probleme von Linking und Framing (Diss), S. 45.

¹⁹ Unter dem Begriff „Nutzer“ sollen nachfolgend alle natürlichen und juristischen Personen und sonstige rechtsfähige Einrichtungen fallen, die zu beruflichen oder sonstigen Zwecken einen Dienst der Informationsgesellschaft (vgl. zum Begriff § 3 Z 1 ECG) in Anspruch nehmen, insbesondere um Informationen zu gelangen oder Informationen zugänglich zu machen (§ 3 Z 4 ECG). Vgl. auch *Zankl*, E-Commerce-Gesetz, § 3 Rn. 79. Der Begriff „Nutzer“ ist daher weiter als der Begriff „Verbraucher“. Siehe auch die englischsprachige Fassung des Begriffs „Nutzer“ in der E-Commerce-Richtlinie („recipient of the service“).

²⁰ Neben der Differenzierung bzgl. des Zielortes des jeweiligen Links (externer oder interner Links) existieren auch noch weitere Erscheinungsformen des Linking. Zu nennen sind hierbei u. a. sog. Smart Tags, „XML-Linking“ und „tote Links“. Hierauf soll im Einzelnen jedoch nicht weiter eingegangen werden, da es sich hierbei nicht um Bereiche handelt, die besondere Relevanz bei Suchmaschinen aufweisen. Insoweit ist auf die ausführliche Darstellung bei *Ott*, Urheber- und wettbewerbsrechtliche Probleme von Linking und Framing (Diss.) S. 120-122, sowie bei *Ulbricht/Meuss*, CR 2002, 162, 163 f., zu verweisen.

Surface-Links werden von Suchmaschinen eher selten „in Reinform“ eingesetzt, was nicht zuletzt daraus resultiert, dass sich eine (gute) Suchmaschine ja gerade dadurch auszeichnet, dass die potenziellen Treffer mit direkten Verweisen in Form von Deep-Links aufgezeigt werden.

3.2 Deep-Link

Im Gegensatz zum Surface-Link verweist der Deep-Link den Internetnutzer direkt auf die tieferliegenden Webseiten (Unterseite) eines Angebots. Durch Anklicken dieser Deep-Links wird der Nutzer somit an der Startseite des Content-Providers vorbeigeführt und unmittelbar auf die von diesem bereitgestellte Unterseite weitergeleitet²¹. Bei Suchmaschinen werden diese Deep-Links innerhalb der Trefferliste automatisch erstellt.

3.3 Inline-Link

Der Inline-Link zeichnet sich dadurch aus, dass er als solcher für den normalen Internetnutzer in der Regel nicht erkennbar ist. Meist wird er dafür genutzt, um fremde Informationen unmittelbar in den Webauftritt des jeweiligen Content-Anbieters zu integrieren. Dieser Umstand wird dadurch begünstigt, dass der Internetnutzer beim Inline-Linking selbst keinen Link aktivieren muss und die URL der verknüpften Datei nicht in der Adresszeile des Browsers angezeigt wird. Eine weitere Besonderheit des Inline-Links liegt darin, dass die Integration der fremden Inhalte automatisch erfolgt, ohne dass der Nutzer den Link anklicken muss. Aufgrund der automatischen Integration in das (eigene) Webangebot besteht daher grundsätzlich kein Unterschied zum schlichten Kopieren der referenzierten Inhalte. Im Gegensatz zum normalen Hyperlinking bewirkt der hierbei eingesetzte „Image“- oder IMG-Link²² also nicht den Wechsel der URL, sondern in der Regel eben nur den Import von Dateien, oftmals Bildmaterialien.²³

3.4 Frame-Links

Beim Framing werden fremde Inhalte in den Rahmen des eigenen Webauftritts gesetzt, indem der Bildschirm in unterschiedliche Bereiche gegliedert wird. Hierfür wird der Anzeigebereich

²¹ Vgl. hierzu auch BGH, Urt. v. 17.07.2003, Az. I ZR 259/00, K&R 2003, 544 ff. = NJW 2003, 3406 ff. – *Paperboy*.

²² Dieses Vorgehen wird teilweise auch als „embedded-Link“ oder „inlined image-Link“ bezeichnet. Siehe hierzu ausführlich Ott, Urheber- und wettbewerbsrechtliche Probleme von Linking und Framing (Diss.) S. 49.

²³ Rath, Recht der Internet-Suchmaschinen, S. 57.

in verschiedene Segmente (sog. Frames²⁴) aufgeteilt, die jeweils einen eigenen Inhalt und auch den fremden Inhalt aufweisen. Im Fall der Verwendung eines Frame-Links wird ähnlich eines Inline-Links der referenzierte Inhalt ohne zusätzliche Betätigung des Internetnutzers in den Webauftritt integriert. Im Gegensatz zum Inline-Linking bleibt der Frame jedoch auf der aufgerufenen Webseite erhalten. Meist erfolgt die Darstellung in Form einer Aufteilung in zwei Spalten, wobei sich in einer der beiden eine Menüleiste zur Navigation befindet.²⁵ Auf diesen Frame bezieht sich dann auch die Navigationsleiste des Browsers, in dessen Adressfeld weiterhin die URL der ursprünglichen Website erscheint. Hierbei handelt es sich sozusagen um eine besondere Art der Verlinkung von zwei Websites. Das Framing findet u. a. in der von Google angebotenen Bildersuchfunktion²⁶ statt.

4. Metatags

Bei Metatags²⁷ handelt es sich um Meta-Daten,²⁸ mithin um Informationen über Daten, welche in der Programmiersprache HTML erstellte Anweisungen und Bestandteile einer Website repräsentieren. Die Metatags sind für den Internetnutzer beim normalen Aufruf der Website nicht sichtbare Kopf- und Kommentarzeilen in der HTML-Codierung einer Webseite und können über den Quelltext abgerufen werden. Diese Zeilen beinhalten u. a. Steuerbefehle und sollen den Inhalt der Webseite durch entsprechende Schlagworte wiedergeben.

Metatags richten sich vornehmlich an Suchmaschinen und deren Suchroboter²⁹ und sollen diesen möglichst viele Informationen über die jeweilige Webseite vermitteln. Zu diesen Informationen zählen z. B. Schlüsselwörter (sog. Keyword Metatags), die Beschreibung der Seite (Description Metatag) oder Informationen zur Sprache der Seite.³⁰ Metatags setzen sich meist aus den Bestandteilen „name“, der auf die zu beschreibende Eigenschaft der Webseite hinweist, sowie dem Bereich „content“³¹ zusammen, der wiederum Angaben über die jeweilige Webseite an sich bereithält.

²⁴ Zusammengehörende Frames werden als „Frameset“ bezeichnet.

²⁵ Sofern die geframte Webseite nicht die Startseite des Angebots ist, spricht man von einem Deep-Frame. Vgl. auch *Sieber*, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimediarecht, Teil. 1, Rn. 87.

²⁶ Siehe hierzu unten E. I.

²⁷ Kurzform für „meta-information-tags“.

²⁸ *Ott*, MMR 2008, 222, 223.

²⁹ Zur Funktionsweise dieser sog. Crawler siehe unten A. II. 3.1.

³⁰ *Viefhues*, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimediarecht, Teil. 6.1, Rn. 246, 247; ebenso *Ott*, MMR 2008, 222, 223; *Haug*, S. 142, Rn. 345.

³¹ Eine gute Übersicht über den Aufbau von Metatags findet sich auch unter:
<http://www.linksandlaw.de/suchmaschinen-lexikon-meta-tags.htm>.

4.1 Description Metatag

Der Description Metatag ist dazu bestimmt, den Inhalt der Webseite oder die hierauf angebotenen Waren und Dienstleistungen, die mit der Seite in Verbindung stehen, ausführlicher zu beschreiben.³² Zu diesem Zweck werden dem Nutzer einige Vorabinformationen über den zu erwartenden Inhalt der Seite gegeben. Zudem können die im Description Metatag gemachten Angaben Einfluss auf die Relevanzbewertung einer Seite haben, sofern die inhaltliche Ausrichtung der Seite mit den dargestellten Informationen übereinstimmt.

Darüber hinaus wird diese Beschreibung von einigen Suchmaschinen als erläuternder Text bei einem Suchergebnis unterhalb des Titels angezeigt, an deren Stelle sich meistens auch die kurzen Auszüge (sog. Snippets³³) aus der Webseite befinden. Hierdurch besteht die Möglichkeit, dass anstelle der Textbruchstücke dieser Snippets der Text aus dem Description Metatag von der Suchmaschine übernommen wird.

4.2 Keyword Metatag

Der sog. Keyword Metatag dient dem Seitenbetreiber dazu, mit Schlagworten und Begriffen eine Webseite und die hierunter zu findenden Angebote und Dienstleistungen zu beschreiben. In der sog. Content-Angabe werden hierbei – jeweils durch Komma getrennt – die den vermeintlichen Text der Seite beschreibenden Keywords angegeben.

Diese Metatags waren immer wieder Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen, da auch solche Keyword Metatags verwendet wurden, die mit der eigentlichen Seite nichts zu tun hatten. Diese Metatags finden allerdings inzwischen von nahezu keiner Suchmaschine mehr bei der Relevanzbewertung Berücksichtigung. Google³⁴ selbst hat diesen Metatag – entgegen weitverbreiteter Darstellung³⁵ – bei der Zusammenstellung seiner Trefferlisten und Bewertung der indexierten Seiten noch nie berücksichtigt. Der entscheidende Einfluss auf die Bewertung einer Internetseite durch die Suchmaschine von Google geht vielmehr u. a. vom Titel der Website aus.

³² Ott, MMR 2008, 222, 223.

³³ Bei Snippets handelt es sich um Auszüge der Anzeigen von Suchergebnissen. Im Einzelnen zu den Problemen bei Snippets siehe auch unten B. III. 1.

³⁴ Soweit nicht anders gekennzeichnet, bezeichnet im Folgenden jede Bezugnahme auf „Google“ die Google Inc. mit Sitz in den USA.

³⁵ Siehe hierzu die Darstellung unter: <http://www.linksandlaw.de/news887-metatag-maerchen.htm>.

II. Suchmaschinen

Die bereits erwähnte dezentrale Verteilung von Rechner und Informationsquellen sowie die damit einhergehende große Informationsvielfalt im Internet führen dazu, dass der Internetnutzer die für ihn interessanten Informationen meist nur noch mit technischen Hilfsmitteln wie Suchmaschinen auffinden kann. Suchmaschinen gehören hierbei inzwischen zum Standardrepertoire eines jeden Internetnutzers und stellen die wichtigsten Quellen und Datenbanken zum Auffinden von Informationen dar. Man spricht³⁶ hierbei vollkommen zu Recht auch davon, dass Suchmaschinen insoweit eine Schlüsselfunktion in unserer Medien- und Informationslandschaft einnehmen und als die Gatekeeper³⁷ des Internets gelten, indem sie zumindest mittelbar Einfluss darauf nehmen können, welche Ergebnisse und Informationen letztlich in welchem Maße von Nutzern wahrgenommen werden.

1. Ursprung und Entstehung

Die Internetsuchmaschine hat ihren Ursprung an der McGill University in Montreal und trug die Bezeichnung „Archie“. „Archie“ durchsuchte bereits im Jahr 1990 sog. FTP-Verzeichnisse³⁸ nach Suchbegriffen. Ein Jahr später trat „Gopher“ seinen Dienst an der University Minnesota an, gefolgt von dem Webcrawler „The Wanderer“ im Jahr 1993.³⁹ „The Wanderer“ war bereits in der Lage, zweimal pro Jahr das Netz zu durchsuchen.⁴⁰ Im Jahr 1994 startete die von der Universität Washington entwickelte Suchmaschine „Webcrawler11“, die erstmals die Suchergebnisse mit einem Ranking versah. In diesem Jahr begannen auch die bekannten Suchmaschinen Lycos, Yahoo und AltaVista ihren Suchdienst, gefolgt von Google am 07. September 1998.⁴¹

³⁶ Machill/Welp, Wegweiser im Netz: Qualität und Nutzung von Suchmaschinen, S. 138.

³⁷ Kühling/Gauß, ZUM 2007, 881, 882; Ott, MMR 2006, 195, 195; Danckert/Mayer, MMR 2010, 219, 220; Maurer, Report on dangers and opportunities posed by large search engines, particularly Google, S. 97 („Researchers have shown concern in recent studies that the search engine monopoly gives them the role of gatekeeper in the information flow. A search engine can determine what is findable and what is kept outside the view of the common use.“).

³⁸ FTP zählt zu den ältesten Diensten im Internet und ist eine Anwendung, um die Übertragung von Dateien zu gewährleisten (File Transfer Protocol). FTP wird benutzt, um vor einem Rechner (Client) auf den Datenbestand eines anderen Rechners (Server) zurückzugreifen. Siehe hierzu Ufer, Die Haftung der Internetprovider nach dem Telemediengesetz (Diss), S. 11.

³⁹ Siehe auch die Darstellung von Searchmetrics, abrufbar unter:
<http://www.seo-solutions.de/artikel/geschichte-der-suchmaschinen.html>.

⁴⁰ Fortmann, Geschichte der Suchmaschinen und ein vorsichtiger Blick in die Zukunft, Interaktive Trends 2006/2007, S. 2, abrufbar unter:
http://www.competence-site.de/downloads/09/d6/i_file_8035/Geschichte_der_Suchmaschinen.pdf.

⁴¹ Der Vorläufer der Suchmaschine Google hieß BackRub, siehe Google Milestones, abrufbar unter:
<http://www.google.com/corporate/history.html>; Conti, Googling Security, S. 3, 8.

Der Suchmaschinenmarkt insgesamt wird von wenigen Anbietern dominiert. Hierzu zählen die Suchmaschinen von Google, Yahoo und Microsoft. *Karzauninkat*⁴² gibt die Anzahl der deutschsprachigen Suchdienste mit 2.589 an, wobei die Nutzung spezialisierter, kleinerer Suchdienste im Vergleich zu den großen Anbietern eher gering ist.⁴³ Zudem existiert eine größere Anzahl von Suchseiten,⁴⁴ die ihre Ergebnisse von der Suchmaschine von Google beziehen. Die teilweise starken Verflechtungen⁴⁵ und Referenzen zwischen den Suchdiensten untereinander und die große technische Dynamik und Weiterentwicklung bei den angebotenen Diensten machen eine exakte Berechnung der Marktanteile schwierig. Einigkeit besteht indes darüber, dass die Suchmaschine Google den deutschsprachigen Markt klar dominiert. Die Firma *Webhits*⁴⁶ beziffert den Marktanteil von Google im Durchschnitt mit rund 90 %, gefolgt von der Suchmaschine Bing von Microsoft.

2. Arten von Suchdiensten

Bei den Suchmaschinen sind unterschiedliche Ausprägungen voneinander zu unterscheiden. Zum einen existieren Suchmaschinen, die sich auf die Auswahl und Indexierung von bestimmten Treffern und Informationen spezialisiert haben. Daneben gibt es jedoch auch Dienste, die auf eine automatisierte Verarbeitung von gefundenen Informationen verzichten und stattdessen z. B. eine manuelle und redaktionelle Bearbeitung der gefundenen Links vornehmen. Hierunter fallen die Suchkataloge und (redaktionellen) Verzeichnisse.

2.1 Klassische Suchmaschinen

Die Kernfunktion einer „klassischen Suchmaschine“ liegt zunächst ausschließlich in der automatisierten Suche und Erfassung von Internetdokumenten und der Verlinkung auf die Anbieter dieser Informationen. Suchmaschinen wie Google stellen vollautomatisierte Such-

⁴² Siehe Darstellung unter: <http://www.suchlexikon.de/>.

⁴³ Siehe hierzu auch *Gaulke*, Suchmaschinenkompetenz, Was wissen wir wirklich über Suchmaschinen? S. 23, 24.

⁴⁴ Hierunter fallen u. a. die Angebote von AOL und T-Online.

⁴⁵ Eine anschauliche Darstellung findet sich unter: http://www.luna-park.de/fileadmin/lp/img/Beziehungsgeflecht_Suchmaschinen_2009_300dpi_rgb.jpg.

⁴⁶ Genaue Angaben variieren hierbei. Nach einer Auswertung von Webhits vom 06.10.2010, abrufbar unter: <http://www.webhits.de/deutsch/index.shtml?webstats.html>, liegt der Marktanteil in Deutschland bei knapp unter 90 %. Allerdings ist hierbei auch zu berücksichtigen, dass u. a. Suchdienste von T-Online oder AOL ebenfalls ihre Ergebnisse von Google beziehen, sodass es durchaus wahrscheinlich erscheint, dass der tatsächliche Marktanteil noch etwas höher ist. Die genauen Marktanteile von Google in Österreich lassen sich nur schwer recherchieren. Nach einer Studie von comScore (comscore.de) aus dem Jahre 2008 (01/2008) lag der Anteil von Google bei 88 %, abrufbar unter: <http://techcrunch.com/2008/03/18/the-web-in-charts%E2%80%94google-vs-microsoft-yahoo-vs-china/>. Ebenso wie in Deutschland dürfte der Anteil inzwischen bei über 90 % liegen. Vgl. hierzu auch *Meyer*, K&R 2010, 226, 227.

dienstleister dar, die automatisch und ohne manuelle Einwirkung auf Grundlage von Softwareprogrammen (Robots, Spider oder auch Crawler genannt) selbstständig das Internet durchsuchen und in ihrer Datenbank indexieren. Spezielle Suchalgorithmen der Suchmaschinen bewerten anhand bestimmter Kriterien⁴⁷ die Relevanz einer von den Crawlern gefundenen Website in Bezug auf die eingegebene Suchanfrage des Suchmaschinennutzers.

Die Aufnahme und Darstellung der hierbei gesammelten Informationen in den Index erfolgt dabei allein unter Anwendung bestimmter, festgelegter Kriterien und ohne dass von externer Seite Einfluss auf den jeweiligen Suchalgorithmus genommen wird. Das Recherchesystem der Suchmaschine nimmt damit keinerlei manuelle und außerhalb der verwendeten Suchalgorithmen stehende inhaltliche Bewertung der Webseiten vor.

2.2 Redaktionelle Suchmaschinen

Die redaktionellen Suchmaschinen⁴⁸ zählen streng genommen überhaupt nicht zu den klassischen Suchmaschinen, da hier meist eine manuelle Bewertung der Qualität und Bedeutung der Websites vorgenommen wird. Bei diesen Suchdiensten erfolgt meist eine redaktionelle Vorauswahl der später im Rahmen einer Suchanfrage angezeigten Nachweise.

Im Gegensatz zu den klassischen Suchmaschinen bestehen diese Suchdienste folglich aus hierarchisch gegliederten und nach inhaltlichen Kategorien zusammengestellten „Linklisten“,⁴⁹ die meist betreut werden. Der Vorschlag zur Aufnahme eines bestimmten Angebots oder einer bestimmten Information in den Index dieser „Suchmaschine“ erfolgt mithin durch den jeweiligen Anbieter des Informationsangebots oder durch einen Dritten. Bei einer Vielzahl solcher redaktioneller Suchmaschinen werden die hierbei indexierten Seiten somit nicht erst durch selbstständig arbeitende Suchroboter erfasst oder jedenfalls nicht von der Indexierungssoftware automatisch übernommen. Bei manchen dieser redaktionellen Suchdienste ist der Kreis der Redakteure auf Mitarbeiter des Suchmaschinenbetreibers beschränkt.

2.3 Suchmaschinenkooperationen

Daneben bestehen auch noch sog. Suchmaschinenkooperationen zwischen den Betreibern von automatisierten Suchmaschinen und manuell verwalteten redaktionellen Suchdiensten. Hier-

⁴⁷ Siehe hierzu näher unten A. II. 4.

⁴⁸ Hierzu zählen insbesondere Nachrichtenkataloge, Verzeichnisse (auch „Directories“ genannt) und Webkataloge. Zu den bedeutendsten Verzeichnissen in Deutschland zählen Yahoo!, Web.de und das nichtkommerzielle Open Directory Project (ODP), auch bekannt als Directory Mozilla (DMoz).

⁴⁹ Sieber, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia Recht, Teil 1, Rn. 110.

bei werden die Trefferlisten von der einen Suchmaschine in die Trefferlisten der anderen eingebunden, um das eigene Angebot entsprechend aufzuwerten. Sofern daher beispielsweise eine Suche bei der Suchmaschine Yahoo! erfolglos ist, wird automatisch von dieser Suchmaschine auf die Ergebnisse von Google zurückgegriffen. Eine strikte Trennung zwischen den verschiedenen Arten der Informationsvermittlung und die Grenzziehung der einzelnen Suchmaschinenbereiche wird dabei immer schwerer, zumal die großen Suchmaschinenanbieter ihre Angebote durchweg erweitern und verbessern.

2.4 Meta-Suchmaschinen

Auch sog. Meta-Suchmaschinen⁵⁰ sollen lediglich kurz erläutert werden. Meta-Suchmaschinen zeichnen sich dadurch aus, dass sie im Gegensatz zu Suchmaschinen wie der von Google über keinen eigenen Datenbestand verfügen, sondern die Nutzeranfragen lediglich an verschiedene Suchmaschinen weiterleiten.

Metasuchmaschinen führen die erhaltenen Suchergebnisse zusammen und präsentieren sie in einer eigenständig sortierten Ergebnisliste. Der ursprüngliche Sinn der Meta-Suche liegt u. a. darin, die unvollständige Erfassung aller Inhalte des Webs bei den unterschiedlichen Suchdiensten zu kompensieren und so ein möglichst vollständiges Abbild der im Netz befindlichen Inhalte wiederzugeben.⁵¹ Diese Art der Suchmaschinen benutzt somit bei ihrer Auswertung die von anderen Suchmaschinen generierten Trefferlisten. Hierbei bedienen sich Dienste wie Metager⁵², MetaGer2 oder Metacrawler⁵³ der Datenbankinformationen fremder Suchmaschinen und setzen damit auf den bestehenden Suchmaschinen auf, wodurch die Möglichkeit zur gleichzeitigen Recherche in mehreren Suchdiensten existiert.⁵⁴

⁵⁰ Meta-Suchmaschinen werden auch als sekundäre Suchmaschinen bezeichnet. Zum Bereich der Meta-Suchmaschinen vgl. auch die Darstellung von *Hoeren* (Vortrag auf der Berliner MMR-Tagung 2001) – er spricht im Zusammenhang mit Meta-Suchmaschinen von „dem Pfad in die Dunkelheit des WWW“, abrufbar unter: <http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/INHALTE/publikationen/Meta-Suche2.pdf>.

⁵¹ *Gaulke*, Suchmaschinenkompetenz, Was wissen wir wirklich über Suchmaschinen? S. 14.

⁵² <http://meta.rrzn.uni-hannover.de/>.

⁵³ <http://www.metacrawler.com/index.html>.

⁵⁴ Aufgrund der Vervielfältigung der Inhalte von Datenbanken der klassischen Suchmaschinen stehen diese Meta-Suchmaschinen in urheber- und wettbewerbsrechtlicher Hinsicht in der Kritik. Die Frage nach der Zulässigkeit solcher Suchmaschinen soll jedoch nicht weiter Gegenstand der nachfolgenden Arbeit werden. Zur Darstellung von Meta-Suchmaschinen und deren rechtliche Probleme siehe ausführlich, *Hoeren*, MMR-Beilage 8/2001, 2, 3 ff, sowie die umfassende Aufarbeitung bei *Tränkle*, Urheberrechtliche Fragen des Einsatzes von (Meta-)Suchmaschinen unter Berücksichtigung der Paperboy-Entscheidung des BGH, S. 79 ff.

2.5 Spezielle Suchdienste

Nicht zuletzt aufgrund der Vielzahl an Daten und auch dem Interesse der Allgemeinheit an Selektion der gesuchten Internettreffer in einer Suchmaschinen haben sich in den letzten Jahren spezielle Suchdienste gebildet, die auf besondere Themenbereiche und Informationen ausgerichtet sind. Hierzu zählen insbesondere die Personensuchmaschinen⁵⁵, die dem Nutzer konzentriertere und genaue Informationen über eine Person liefern können.⁵⁶

Daneben haben sich auch sogenannte Preissuchmaschinen am Markt etabliert, die sich einem ausgewählten Informationsbereich widmen. Bei sog. Preis- oder Produktsuchmaschinen liegt der Schwerpunkt auf dem Warensortiment und der Suche nach speziellen Händlern.⁵⁷ Bei dieser Art von Suchmaschinen werden durch Onlineshop-Anbieter die Produktbestände ihres Onlineshops an die Suchmaschine übertragen, um in der Produktsuche des Marktplatzes zu erscheinen.⁵⁸ Dies ermöglicht dem Nutzer einen schnelleren Überblick über die Preise unterschiedlicher Anbieter.⁵⁹

3. Funktionsweise von Suchmaschinen

Auch wenn Suchmaschinen wie Google von der Allgemeinheit nahezu täglich verwendet werden, ist vielen Nutzern die eigentliche Funktionsweise einer solchen Suchmaschine nach wie vor unbekannt. Um die einzelnen Vorgänge im Zusammenhang mit der Darstellung einer

⁵⁵ Hierzu zählen u. a. „Yasni“ oder „123people“.

⁵⁶ Die Personensuchmaschinen sind insbesondere im Hinblick auf Aspekte des Datenschutzes und der Persönlichkeitsrecht nicht unumstritten. Derartige Suchmaschinen sind darauf ausgerichtet, möglichst viele Daten über eine bestimmte Person zusammenzutragen und in einer Art Persönlichkeitsprofil darzustellen. Hierbei bedienen sich diese speziellen Suchdienste prinzipiell der gleichen Funktion wie klassische Suchmaschinen. Siehe hierzu die umfassende Darstellung von *Seidel/Nink*, CR 2009, 666 ff.

⁵⁷ Bei Google hieß diese Sparte bis vor Kurzem „Froogle“. Inzwischen wurde die Bezeichnung aufgegeben und in „Google Base“ bzw. „Google Produktsuche“ umbenannt. Der Suchdienst ist abrufbar unter: <http://www.google.de/products>.

⁵⁸ Dabei werden in der Regel der Produktname, die Produktbeschreibung, ein Produktfoto, der Preis sowie ein Kaufen-Button angezeigt. Direkt gekauft werden kann jedoch – wie bei jeder Preissuchmaschine – nicht bei dem Suchdienst selbst, sondern es wird lediglich über einen Link auf den Online-Shop des jeweiligen Anbieters verwiesen, wo in der Regel das Produkt erneut abgebildet ist und dann über den üblichen Bestellprozess bestellt werden kann.

⁵⁹ Vgl. auch BGH, Urt. v. 16.07.2009, Az. I ZR 140/07, K&R 2010, 187, 188. Der BGH hat in diesem Verfahren entschieden, dass bei der beschriebenen Preissuchmaschine von Google durch den Warenhändler zwingend auch die Versandkosten anzugeben sind. Bei der Werbung für Waren in derartigen Preisvergleichslisten dürfen demnach die zum Kaufpreis hinzukommenden Versandkosten nicht erst auf der eigenen Internetseite des Werbenden genannt werden. Siehe auch BGH, Urt. v. 11.03.2010 – Az. I ZR 123/08, BeckRS 2010, 20291. Der BGH hat hier festgestellt, dass ein Händler, der für sein Angebot über eine Preissuchmaschine wirbt, wegen Irreführung in Anspruch genommen werden kann, wenn eine von ihm (auf seiner Website) vorgenommene Preiserhöhung verspätet in der Preissuchmaschine angezeigt wird. Der Verbraucher gehe davon aus, dass die Produkte, die in einer Preissuchmaschine beworben werden, auch zu dem dort angegebenen Preis erworben werden können, und nicht, dass die Preise der Preissuchmaschine aufgrund noch nicht berücksichtigter Preiserhöhungen beim Anbieter nicht mehr aktuell sind.

Trefferliste bei Google nachvollziehen zu können, soll dementsprechend zunächst die Funktionsweise einer Suchmaschine wie Google erläutert werden.

Der Anzeige der Treffer nach Eingabe eines oder mehrerer Suchbegriffe in die Suchmaske bei Google durch den Nutzer gehen mehrere technische Schritte voraus. Hierbei wird fälschlicherweise oft vermutet, dass Suchmaschinen erst bei Eingabe eines konkreten Suchbegriffs das Internet nach den eingegebenen Begriffen durchsuchen. Die Nutzer und ihre Anfragen haben indes überhaupt keinen Einfluss auf den Inhalt der Suchmaschinenindizes. Vielmehr verfügt jede (klassische) Suchmaschine über einen fixen – wenn auch sich ständig erweiternden – Datenbestand, auf den zur Beantwortung von Suchanfragen durch die Nutzer der Suchmaschine automatisch zurückgegriffen wird. Hierbei muss man sich also bewusst machen, dass die Lokalisierung, die Konvertierung⁶⁰ und die Indexierung von Dokumenten völlig unabhängig von den einzelnen Suchanfragen der Nutzer ablaufen.

Bei der Erstellung dieser Datenbank sind drei Schritte für eine Suchmaschine vorzunehmen. Der erste Bereich betrifft das automatische Lokalisieren und die Konvertierung der gefundenen Informationen im Internet. Der zweite Bereich behandelt die Indexierung dieser Daten und der dritte Abschnitt das Bereitstellen der Ergebnisse auf die Suchanfragen der Nutzer. Im Wesentlichen setzt sich eine Suchmaschine damit – sehr vereinfacht dargestellt – aus drei Systemkomponenten⁶¹ zusammen. Die erste Komponente, das sog. Web-Robot-System befasst sich mit der Erfassung neuer und veränderter Daten im Netz, die zweite, das „Information Retrieval System“, ist ein spezielles Datenbanksystem zur Aufbereitung und Bewertung dieser erfassten und gefundenen Daten. Die dritte Komponente, der sog. Query Processor, liefert schließlich die zur Suchanfrage passenden Ergebnisse aus der Datenbank der Suchmaschine.

3.1 Web-Robot-System

Suchmaschinen verschaffen sich ihre Informationen aus dem Netz mithilfe ihres Web-Robot-Systems.⁶² Der Robot ist eine aus Hard- und Software bestehende Systemkomponente von Suchmaschinen, die für die Erfassung und Lokalisierung neuer oder veränderter Dokumente

⁶⁰ Vgl. Sieber, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 1, Rn. 99.

⁶¹ Glögler, Suchmaschinen im Internet, S. 25.

⁶² Statt der Bezeichnung „Web-Robot-System“ werden häufig auch Synonyme wie „Robot“ (Googlebot von Google), „Web Wanderer“, „Web-Crawler“ oder auch „Spider“ verwendet.

im Internet zuständig ist.⁶³ Anhand dieser Robots wird das gesamte Internet in regelmäßigen Abständen durchsucht (auch „Crawlen“ genannt). Robots sind hierbei in der Lage, nicht nur HTML-Dokumente zu suchen, sondern daneben u. a. auch Texte aus Microsoft-Dateien (.doc, .xls, .ppt), PDF-Dokumente (.pdf), Rich-Text-Dateien (.rft), einfache Textdateien (.txt) sowie Alt-Tags von Bildern und Videos (.jpeg, .mp3, .mov, etc.).

Der Robot nutzt bei seiner Suche die Verlinkung der gefundenen Dokumente, indem er diesen bei seiner Suche folgt und eines nach dem anderen „abarbeitet“. Daraus resultiert natürlich ebenfalls, dass der Robot die Seiten nicht findet, auf die nicht verlinkt wird.⁶⁴ Jedes Dokument und jede Information, die im Internet „frei verfügbar bzw. zugänglich“⁶⁵ sind, werden durch den Robot berücksichtigt.

3.2 Information Retrieval System

Die gefundenen Informationen der Webseiten werden in der Folge an das sog. Information Retrieval System, eine spezielle Datenbank, weitergereicht und von dieser aufgearbeitet. Ziel eines Systems ist es, die gefundenen Textdokumente so aufzubereiten, dass ein effizient durchsuchbarer Datenbestand entsteht,⁶⁶ der Texte unter Berücksichtigung bestimmter Bewertungskriterien erfasst und eine Rangfolgenbewertung gefundener Dokumente ermöglicht.⁶⁷

Diese Information Retrieval System muss danach die Informationen in einem einheitlichen Format speichern. Man spricht hier von Datennormalisierung.⁶⁸ Dies ist erforderlich, da die vom Robot gefundenen Daten zunächst noch in unstrukturierter Form vorliegen und dafür in einem ersten Schritt analysiert werden müssen.

⁶³ Glögler, Suchmaschinen im Internet, S. 26.

⁶⁴ Für den Anbieter von Webinhalten besteht allerdings die Möglichkeit, dem Suchmaschinenanbieter die URLs seiner Seiten direkt mitzuteilen. Siehe hierzu:
<http://www.google.de/addurl/?hl=de&continue=/addurl>.

⁶⁵ Inhalte von datenbankbasierten Webseiten und insbesondere kostenpflichtiger Webangebote (sog. invisible Websites) werden dagegen in der Regel von den Suchdiensten nicht erfasst, da deren Programme grundsätzlich nicht in der Lage sind, entsprechende Anfragen in Datenbanken zu stellen oder kostenpflichtige Dienste abzurufen; vgl. hierzu Rath, Das Recht der Internet-Suchmaschinen, S. 67.

⁶⁶ Bei Google erfolgt hier im Gegensatz zu den meisten anderen Suchmaschinen eine Zwischenspeicherung des gesamten Webinhalts.

⁶⁷ Rath, Das Recht der Internet-Suchmaschinen, S. 66.

⁶⁸ Datennormalisierung bezeichnet das Verfahren, in dem Dateiformate vereinheitlicht werden, um eine vergleichbare Datenbasis zu erhalten.

Sodann wird mithilfe von Filtern ein einheitlicher Datensatz für den Index der Suchmaschine erstellt (Wort- und Sprachidentifikation⁶⁹). Diese Filter sollen u. a. dafür sorgen, geeignete Schlüsselwörter für den Index zu bestimmen. Die hierbei eingesetzten Filterprozesse können teilweise vom Web-Robot-System als auch vom Retrieval-System ausgeführt werden.⁷⁰ Nachdem die einzelnen Worte und unterschiedlichen Sprachen in den Dateien erkannt wurden, werden diese in eine einheitliche Form gebracht. Dabei wird beim sog. Word Stemming⁷¹ versucht, den Wortstamm des gefundenen Worts zu bestimmen, indem etwa Suffix oder Präfix entfernt werden. Aus den so in eine einheitliche Form gebrachten Wörtern werden dann die für den Inhalt der Seite wichtigen Begriffe herausgefiltert (Deskriptorengewinnung). Das Ziel dieser Deskriptorengewinnung⁷² besteht darin, aus allen verwendeten Worten eines Dokuments genau die Wörter zu bestimmen, über die es möglich ist, den thematischen Inhalt eines Dokuments nahezu vollständig darzustellen. Diese Begriffe werden letztendlich auch als Schlüsselwörter oder Keywords bezeichnet. Sie sind die Wörter des Index,⁷³ die mit der Sucheingabe des Benutzers verglichen werden und so anhand bestimmter Bewertungsmechanismen die Erstellung der Suchergebnisse ermöglichen.

Anschließend werden die auf diese Weise analysierten und normalisierten Daten in die Datenbank hinzugefügt. Damit eine Suchmaschine die Informationen inhaltlich nach ihrer Relevanz⁷⁴ und Bedeutung sortieren kann, bedarf es hierfür einer geordneten Datenstruktur. Diese Datenstruktur muss so angelegt sein, dass die Suchmaschine innerhalb kürzester Zeit alle Dokumente in der Datenbank findet, die für eine Suchanfrage relevant sind. Darüber hinaus müssen die Datenstrukturen dem Query Processor im Anschluss Hinweise liefern, die es ermöglichen, eine Unterscheidung der Dokumente bezogen auf ihre Relevanz zu einer Suchanfrage vornehmen zu können.⁷⁵ Hierbei spricht man auch von einem invertierten Dateisystem.⁷⁶

⁶⁹ Zum Aufbau eines durchsuchbaren Datenbestandes sind Worte im semantischen Sinn erforderlich. Die Wortidentifikation ist ein Umwandlungsprozess, der eine Vielzahl von Zeichen in einen Bestand an Wörtern im Sinne einer natürlichen Sprache umwandelt. Zugleich wird die Sprache der gefundenen Daten bestimmt, siehe Glögler, Suchmaschinen im Internet, S. 45 ff.

⁷⁰ Gaulke, Suchmaschinenkompetenz – Was wissen wir wirklich über Suchmaschinen?, S. 19.

⁷¹ Hierbei werden Wörter aus dem Plural in den Singular und konjugierte Verben in ihre Grundform umgewandelt. Ziel dieses Verfahrens ist es, die Anzahl von Dokumenten, die bei einer Suchanfrage berücksichtigt werden, zu erhöhen, wie auch die Anzahl der Wörter im Index ohne wesentlichen Bedeutungsverlust zu reduzieren, was zu einer kürzeren Abfragezeit führt.

⁷² Dabei werden häufig vorkommende Wörter wie „der“, „die“ oder „das“ gelöscht („Stop Words“), da sie für die Suche keine besondere Relevanz besitzen.

⁷³ Sieber, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia Recht, Teil 1, Rn. 105.

⁷⁴ Sieber, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia Recht, Teil 1, Rn. 106.

⁷⁵ Glögler, Suchmaschinen im Internet, S. 57.

⁷⁶ Glögler, Suchmaschinen im Internet, S. 62.

Damit der Query Processor auf eine Suchanfrage des Suchmaschinennutzers reagieren kann, wird zunächst eine Indexdatei erstellt, in der sich jedes gefundene Wort wiederfindet. Jedes Wort aus diesem Index verfügt über einen Verweis zu allen Dokumenten, in denen dieses Wort vorkommt. Da diese Dokumente eine Vielzahl von Worten beinhalten, werden ihnen Dokumentennummern (DocID)⁷⁷ zugeordnet und als numerischer Verweis innerhalb der invertierten Daten aufgeführt. Unter Umständen wird außerdem noch vermerkt, wie häufig und an welcher Position das Wort in dem Dokument vorkommt und für wie wichtig es von dem Algorithmus für den Inhalt dieses Dokuments eingeschätzt wird. Die Verweise zeigen entweder direkt auf den ebenfalls gespeicherten Originaltext oder auf eine Datei, in der sich lediglich eine Zusammenfassung des Dokuments befindet. Des Weiteren sind hier oder an anderer Stelle die URL, der Titel und diverse Meta-Angaben gespeichert.

Wenn nun bei einer Suchanfrage das Keyword im Index enthalten ist, werden über das invertierte Dateisystem alle Dokumente mit den externen Links aufgelistet, die das Keyword enthalten. Hierdurch muss eine Suchmaschine auf eine Suchanfrage hin nicht den gesamten Datenbestand durchsuchen, sondern kann sich auf die invertierten Dateien beschränken. In dieser Datenbank befinden sich bis zur nächsten automatisch erfolgenden Aktualisierung die von der Indexierungssoftware festgehaltenen Informationen über die aufgesuchten Webseiten.⁷⁸ Wenn der Suchmaschinennutzer nunmehr zwei Suchbegriffe eingibt,⁷⁹ muss die Suchmaschinen auch nur zwei dieser Dateien daraufhin untersuchen, ob es Dokumente gibt, die sowohl in der einen als auch in der anderen invertierten Datei vorkommen.

3.3 Query Processor

Der sogenannte Query Processor nimmt schließlich als dritte Komponente die Suchanfragen der Nutzer an und leitet sie an das Information Retrieval System weiter. Dieser Query Processor stellt damit die Schnittstelle zur Datenbank für den Nutzer dar, indem er bei der Bearbeitung der individuellen Suchanfrage auf den Index des Information Retrieval System zugreift und überprüft, ob die Suchanfrage bis zu einem gewissen Grad ähnlich mit der Suchanfrage ist. Während die Daten zur Berechnung durch das Information Retrieval System bereitgestellt werden, wird die Relevanzkalkulation durch den Algorithmus des Query Prozessors vorge-

⁷⁷ Beispiel: In den Index werden die Begriffe „Zivilrecht“ und „Rechtsanwalt“ aufgenommen. Die invertierte Datei [Zivilrecht] erhält dabei die DocID [1234] und [Rechtsanwalt] die DocID [5678].

⁷⁸ Sofern die Suchtreffer noch im Datenbank-Index der Suchmaschine, nicht mehr jedoch beim Content-Anbieter existieren, spricht man auch von „toten Links“, bei denen die Fehlermeldung „404 – page not found“ erscheint.

⁷⁹ Siehe das Beispiel in Fn. 77.

nommen.⁸⁰ Zugleich wird durch den Einsatz einer oder mehrerer Retrieval-Funktionen für die jeweilige Recherche die Rangfolge berechnet, die nach Maßgabe der vom Suchmaschinenbetreiber festgelegten Algorithmen die Relevanz der betreffenden Dokumente zu der betreffenden Anfrage wiedergibt.

3.4 Robot Exclusion Standard

Für den Fall, dass ein Websitebetreiber ausschließen möchte, dass die Informationen auf seinen Webseiten von den Suchmaschinen gefunden und indexiert werden, kann er sich des sog. Robot Exclusion Standard⁸¹ bedienen.

Jede Suchmaschine bzw. deren Robot liest die gefundene Webseite zunächst anhand der Textdatei (robots.txt) aus, die sich in der Kopfzeile des HTML-Codes befindet. In dieser Datei befinden sich die für die Suchmaschine relevanten Informationen, insbesondere darüber, ob die Seite im Index der Suchmaschine erscheinen soll.⁸² Nach Übereinkunft des Robot-Standard-Protokolls⁸³ ist der Robot dazu „verpflichtet“, diese Datei vor dem Erfassen einer Webseite auszulesen. Dieses Protokoll ist zwar kein offiziell vorgeschriebener Standard, wird allerdings von den meisten Betreibern von Suchmaschinen befolgt. Mit Eingabe des Befehls „disallow“ (User-agent:* Disallow:/) wird dem Crawler z. B. angezeigt, dass die Website nicht gefunden werden will. Dieselbe Funktion übernimmt der sog. nofollow-Robots-Metatag, der die an die Suchmaschine gerichteten Anweisungen statt in einer reinen Textdatei in Form eines Metatags enthält. Hierdurch kann durch eine entsprechende Anweisung in diesem Robot Exclusion Standard oder dem Metatag der Zugriff aller Suchmaschinenroboter ausgeschlossen werden.

Bei Kenntnis des jeweiligen Namens der Robots⁸⁴ können grundsätzlich aber auch einzelne Suchdienste gezielt angesprochen werden. Zugleich kann hier der Seitenbetreiber auch bestimmen, dass der Robot ein bestimmtes Dokument oder Verzeichnis oder die gesamte Webpräsenz übergehen soll.

⁸⁰ Glögger, Suchmaschinen im Internet, S. 96.

⁸¹ Siehe hierzu auch die Darstellung unter: <http://www.robotstxt.org/>.

⁸² Sieber, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia Recht, Teil 1, Rn. 103.

⁸³ Dieses Protokoll wurde 1994 entwickelt und wird inzwischen allgemein anerkannt. 2007 folgte mit ACAP (Automated Content Access Protocol) eine Erweiterung des Robots Exclusion Standards. Google bekannte sich 2008 zu diesem Protokoll. Vgl. hierzu auch Google, abrufbar unter: <http://www.google.de/intl/de/webmasters/remove.html>.

⁸⁴ Um die Website nur aus dem Suchindex von Google zu entfernen oder eine Indexierung durch dessen Robot (Googlebot) auszuschließen, ist z. B. in die robots.txt-Datei die Bezeichnung „User-agent: Googlebot Disallow: /“ aufzunehmen.

4. Aufbau der Trefferlisten bei Suchmaschinen

Aufgrund der Auswertung der Indexdaten und der anschließenden Darstellung anhand der Relevanzkriterien in der Trefferanzeige der Suchmaschine entsteht ein sog. Ranking der aufgefundenen Seiten. Das Ranking bestimmt sich unter anderem anhand der folgenden Kriterien.⁸⁵

- Anzahl der externen Links auf die Website, wobei hier das Ranking der jeweils verweisenden Seite berücksichtigt („Backlinks“) wird,
- Inhalt und Bezeichnung der Website,
- Anzahl der bisherigen Zugriffe auf die in der Trefferliste der Suchmaschine angezeigten Ergebnisse („Clickstream“),
- Grad der Webseiten-internen Verlinkung,
- Formulierung des Ankertextes⁸⁶,
- logische Struktur und Aktualität der Webseite⁸⁷,
- Ladezeit der Webseite.⁸⁸

Die von Google in diesem Umfeld verwendete Technik für das Ranking bezeichnet sich als „PageRank“⁸⁹. PageRank ist ein statischer Faktor, der jedem von Google indexierten Dokument zugewiesen wird und für die Suchmaschine eine Qualitätsbewertung darstellt. Die Grundannahme entstammt aus der Bibliometrie bzw. Zitationsanalyse.⁹⁰ Dies bedeutet, dass Google davon ausgeht, dass ein Dokument, welches häufig zitiert und verlinkt wird, wohl bedeutender ist als dasjenige, das weniger häufig oder gar nicht genannt wird.⁹¹ Die Page-

⁸⁵ Die nachfolgende Aufzählung ist keinesfalls abschließend. Die meisten Suchmaschinen halten ihre Ranking-Algorithmen geheim, sodass es durchaus wahrscheinlich ist, dass weitere Kriterien hinzukommen. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass die Anbieter der Suchmaschinen ihre Kriterien durchweg den aktuellen Entwicklungen anpassen und verändern. Bei Google geht man davon aus, dass rund 200 Parameter den Google-Algorithmus beeinflussen. Siehe hierzu die Übersicht von *Smarty*, abrufbar unter: <http://www.searchenginejournal.com/200-parameters-in-google-algorithm/15457/>.

⁸⁶ Der Ankertext stellt den anklickbaren, meist unterstrichenen Text eines Hyperlinks auf ein anderes Dokument dar. Siehe hierzu auch oben Fn. 18.

⁸⁷ Google selbst hebt dieses Kriterium hervor: <http://www.google.de/corporate/tech.html>.

⁸⁸ Siehe hierzu Darstellung unter GoogleBlog, abrufbar unter: <http://googlewebmastercentral.blogspot.com/2010/04/using-site-speed-in-web-search-ranking.html>

⁸⁹ Die eigene Darstellung von Google und seines PageRanks erfolgt unter: <http://www.google.de/corporate/tech.html>; siehe auch die Darstellung (Auszug) der Gründer von Google, Sergey Brin und Lawrence Page, *Brin/Page*, The Anatomy of a Large-Scale Hypertextual Web Search Engine, Rn. 2.1.1, abrufbar unter: <http://infolab.stanford.edu/~backrub/google.html>.

⁹⁰ *Lewandowski*, Google Scholar – Aufbau und strategische Ausrichtung des Angebots sowie Auswirkungen auf andere Angebote im Bereich der wissenschaftlichen Suchmaschinen, S. 7.

⁹¹ Früher fand das Ranking auf rein textstatistischer Ebene statt, wonach die Bedeutung eines Dokuments für einen Suchbegriff von der Häufigkeit des Vorkommens dieses Begriffs im Dokument sowie von der Stellung

Rank-Werte werden in einem iterativen Verfahren berechnet und unabhängig von einer späteren Suchanfrage festgelegt.

5. Einflussnahme auf die Suchmaschine

Wie bereits oben⁹² erwähnt, gelten Suchmaschinen als die Gatekeeper des Internetzeitalters. Ohne sie wäre die gewaltige Informationsfülle des World Wide Web kaum mehr – sinnvoll – nutzbar. Gleichzeitig „entscheiden“ Suchmaschinen aber auch, ob und wie die Informationen im Netz überhaupt gefunden werden. Sofern eine Webseite im Index aufgenommen worden ist, nutzt dies allein nicht viel, wenn sie es nicht auf einen der vorderen Plätze schafft. Die Reihenfolge, in der die potenziellen Ergebnisse aufgelistet werden, ist jedoch für die genaue Auswahl des Webangebots durch den Suchmaschinennutzer aus der ihm präsentierten Trefferliste von enormer Bedeutung. Die meisten Nutzer berücksichtigen bei der Auswertung der Suchergebnisse maximal die ersten beiden Ergebnisseiten bzw. lediglich die ersten zehn Treffer (sog. Primacy Effekt⁹³). Gleichzeitig ist es aber möglich, dass auch Angebote, die aufgrund der Bewertungskriterien des Suchmaschinenanbieters erst später in der Ergebnisliste aufgeführt werden, unter Umständen einen höheren tatsächlichen Übereinstimmungsgrad mit dem vom Nutzer gesuchten Dokument haben als die ersten Treffer. Hierdurch wird deutlich, dass den aufgrund der Rankingkriterien vom Suchmaschinenbetreiber generierten Trefferlisten und damit natürlich auch den hiermit einhergehenden Manipulationsmöglichkeiten⁹⁴ besondere Bedeutung beim Auffinden der Informationen im Internet zukommt.

Derjenige, der die grundlegende Arbeitsweise von Suchmaschinen und deren Gewichtung im Zusammenhang mit dem Ranking kennt, kann damit seine Webseiten so optimieren,⁹⁵ dass sich das Ranking verbessert und damit eventuell mehr Besucher zum eigenen Angebot führen.

des Begriffs im Dokument abhängt. Das heißt, dass im Ranking solche Dokumente, in denen der Suchbegriff häufig und an exponierten Stellen (bspw. in der Überschrift und am Anfang des Dokuments) auftaucht, bevorzugt werden. Diese Technik war jedoch erheblichen Manipulationsmöglichkeiten ausgesetzt.

⁹² Siehe A. II.

⁹³ Rath, Das Recht der Internet-Suchmaschinen, S. 75; Linden-Smith, JurPC Web-Dok. 259/2004, Abs. 8, ab-rufbar unter:

<http://www.jurpc.de/aufsatz/20040259.htm>; ebenso zuletzt Schubert/Ott, jusIT 3/2010, 85, 87.

⁹⁴ Der wohl erste Manipulationsversuch an einer Datenbank dürfte der allzu offensichtlich an der Alphabetisierungs-funktion von Datenbanken ausgerichtete Eintragungsantrag der „AAA AAA AAA AB Lifesex-TV GmbH“ gewesen sein, OLG Celle, Beschl. v. 19.11.1998, Az. 9 W 150-98, NJW-RR 1999, 543, 543. Dieser Manipulationsversuch würde heute aufgrund der geänderten Rankingkriterien keine Rolle mehr spielen.

⁹⁵ SEO steht für „search engine optimization“ (Suchmaschinenoptimierung). Nähere Informationen und die Einflüsse auf Suchmaschinen finden sich unter: <http://www.linksandlaw.de/suchmaschinenlexikon-suchmaschinen-optimierung.htm>. Bei der Suchmaschinenoptimierung unterscheidet man zwischen dem

5.1 Metatagging

Bei den bereits oben⁹⁶ angesprochenen Metatags handelt es sich um für den Betrachter nicht ohne Weiteres sichtbare Informationen auf einer Webseite, die Daten in HTML-Codierung über das betreffende Dokument enthalten. Eine insbesondere früher von Webseitenbetreibern angewandte Möglichkeit, auf die Ergebnisse und Auswahl der Suchmaschinen Einfluss zu nehmen, war die Anpassung der verwendeten Metatags, als Manipulationsform auch „Metatagging“ genannt.⁹⁷ Hierbei werden Schlagwörter als Metatags verwendet, die mit dem eigentlichen Webangebot gar nichts zu tun haben oder Marken Dritter beinhalten. Allerdings messen die meisten Suchmaschinen diesen Meta-Informationen bei den Suchkriterien keinerlei Bedeutung bei. Google berücksichtigt Metatags bei der Indizierung überhaupt nicht.⁹⁸

5.2 Keyword-Stuffing

Eine weitere Möglichkeit, Schlüsselwörter für den Nutzer unentdeckt auf der eigenen Seite zu verstecken, besteht darin, sowohl die Schrift als auch den Hintergrund dieser Stichwörter in der gleichen Farbe zu gestalten. Diese Manipulationsart wird daher auch „(Key-)Word Stuf-

„white seo hat“ und dem „black seo hat“ Bei Ersterer orientiert sich die Tätigkeit streng an den Richtlinien der Suchmaschinen (bei Google sind diese abrufbar unter:

<http://www.google.de/intl/de/webmasters/guidelines.html>). Hierbei wird u. a. eine Optimierung der Titel der Webseiten auf bestimmte Schlüsselbegriffe hin vorgenommen, unter denen sie gut auffindbar sein sollen, und versucht, die Zahl der zu einer Webseite weisenden Links zu erhöhen. Der Titel der Seite ist für eine Suchmaschine von großer Bedeutung. „Black hat seo“ hingegen setzt auf Methoden, die meist nicht den Richtlinien der Suchmaschinen entsprechen, weil sie irreführenden oder manipulativen Charakter haben und – sehr verallgemeinernd gesprochen – oft dazu dienen sollen, dass Webseiten unter Begriffen erscheinen, die nicht deren wirklichen Inhalt widerspiegeln.

⁹⁶ Siehe A. I. 4.

⁹⁷ Kühling/Gauß, ZUM 2007, 881, 884; Rath, Das Recht der Internet-Suchmaschinen, S. 79; Meyer, in: Schwarz/Peschel-Mehner, Recht im Internet, Teil 22-A, Rn. 13-15; Stögmüller, CR 2007, 446, 447.

⁹⁸ Der Umstand, dass die Bedeutung des Keyword-Metatags immer noch in der Literatur und der Rechtsprechung überbewertet wird, liegt an einem falschen technischen Verständnis. Der Keyword Metatag spielt für die Suchmaschine Google bei der Auswahl und dem Ranking keine Rolle. Dennoch finden sich immer wieder – zumindest ungenaue – Aussagen in Gerichtsprozessen, in denen es um diesen Metatag ging. Das OLG Celle, Urt. v. 20.07.2006, Az. 13 U 65/06, MMR 2006, 817, 817, sprach z. B. bei der Verwendung von sachfremden Metatags davon, „dass(es) Zweck dieses Verhaltens war, [...] vorhersehbare Sucherfolge bei Anwendung von Suchmaschinen im Internet herbeizuführen“. Dies ist bereits deswegen missverständlich, da bei rund 200 Rankingkriterien selbst im Fall, dass der Metatag eine Rolle spielen würde, keine „Vorhersehbarkeit“ vorgelegen haben kann. Das LG Köln, Urt. v. 06.10.2005, Az. 31 O 8/05, MMR 2006, 115, 116, führte aus, „dass eine Homepage nur dann als Treffer in einer Suchliste erscheint, wenn zuvor die Begriffe, nach denen gesucht wird, als Metatag programmiert worden sind.“ Die Website erscheint jedoch insbesondere dann in der Trefferliste, wenn der gesuchte Begriff sich in dessen Text und Titel befindet, aber nicht dann, wenn er nur als Keyword-Metatag auftaucht. Ullmann, GRUR 2007, 633, 636, meint, dass der „Nutzer eben diesen Begriff als Suchwort einsetzt und zu einem vom Metatag Schreiber gewollten Ergebnis kommt“. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung des amerikanischen Gerichts, das befand, „dass es einen Webseitenbetreiber nicht entlastet, wenn Suchmaschinen fehlerhaft arbeiten und Metatags nicht mehr berücksichtigen“ (Pop Warner Little Scholars, Inc. v. New Hampshire Youth Football and Spirit Conference, 2006 WL 2591480 D.N.H. Sept. 11, 2006). Vgl. hierzu auch den Beitrag von Goldmann, Outdated Metatags Don't Infringe – Pop Warner v. NH Youth Football & Spirit Conference, abrufbar unter: http://blog.ericgoldman.org/archives/2006/09/outdated_metata.htm. Siehe auch Ott, MMR 2008, 222, 225.

fin“ genannt oder unter dem Schlagwort „Weiß auf Weißschrift“ benutzt.⁹⁹ Der Seitenbetreiber installiert hierbei auf seiner eigenen Internetauftritt Seiten mit nicht sichtbarem Text, die nur von Suchmaschinen bzw. deren Robots wahrgenommen werden, und platziert hierauf wiederholt die gewünschten Schlüsselwörter.¹⁰⁰

Bei Eingabe der Suchbegriffe erscheinen die Ergebnisse folglich in der Suchmaschine. Durch das vermehrte Aufrufen dieser Seiten steigt wiederum die Attraktivität für Werbepartner, hierauf z. B. Anzeigen zu schalten.¹⁰¹ Gleichwohl hat auch diese Art der Manipulation erheblich an Bedeutung verloren,¹⁰² da sich die Suchmaschinen zwischenzeitlich hierauf eingestellt haben und selbst geringfügige Abweichungen von Text und Hintergrund erkennen können. Suchmaschinen reagieren zudem zunehmend mit der Entfernung dieser Seiten aus dem Index, da diese Form einen Verstoß gegen die Nutzungsbestimmungen darstellt.¹⁰³

5.3 Doorway Pages und Cloaking

Eine weitere Form der Einflussnahme auf eine Suchmaschine stellt die Programmierung fingierter Einstiegs- und Weiterleitungsseiten dar. Hierbei wird eine für den Robot der Suchmaschine programmierte Seite (Doorway Page¹⁰⁴) dem eigentlichen Webauftritt vorangestellt. Diese Doorway Pages sind Seiten, die nicht für die Nutzer gedacht sind, sondern allein auf die Suchmaschine Einfluss nehmen sollen. Einer Suchmaschine soll hierdurch der Eindruck vermittelt werden, eine Website sei für ein bestimmtes Schlüsselwort von besonderer Bedeutung. Für normale Besucher ist diese Seite hingegen bedeutungslos.¹⁰⁵ Klickt er in den Suchergebnissen auf den Link zur Doorway Page, wird er automatisch zur anderen Seite weitergeleitet.

⁹⁹ Vgl. ausführlich, *Ernst*, WRP 2004, 278, 279; siehe auch BGH, Urt. v. 08.02.2007, Az. I ZR 77/04, GRUR 2007, 784, 785 – *AIDOL*. Hier ging es um die Verwendung einer fremden Marke in „Weiß-auf-weiß Schrift“, wobei der Begriff „Keyword Stuffing“ hier nicht ausdrücklich verwendet wurde.

¹⁰⁰ Hierunter fallen insbesondere Begriffe wie „Sex“, „Porno“ und „Download“.

¹⁰¹ OLG Hamm, Urt. v. 18.06.2009, Az. 4 U 53/09, MMR 2010, 36, 37. Das Gericht bestätigte hier eine gezielte Mitbewerberbehinderung durch die Verwendung dieser Technik unter wettbewerbsrechtlichen Aspekten (§§ 3, 4 Nr. 10 dUWG).

¹⁰² *Glögler*, Suchmaschinen im Internet, S. 191; ebenso *Ott*, MMR 2008, 222, 224.

¹⁰³ Google-Richtlinien, abrufbar unter:
<http://www.google.de/support/webmasters/bin/answer.py?answer=35769&hl=de>.

¹⁰⁴ LG München, Urt. v. 24.06.2004, Az. 17 HK O 10389/04, K&R 2004, 448, 450, mit Anm. *Terhaag*.

¹⁰⁵ Der Einsatz von solchen Doorway Pages kann gerechtfertigt sein, wenn auf den betreffenden Webseiten vorwiegend dynamische Elemente wie etwa eine Datenbankabfrage, Frames, Java-Scripts etc. oder große Anteile von Grafiken und Flash-Animationen verwendet werden, weil diese nicht von Robots erkannt werden. Hierbei ist es möglich, mithilfe eines sog. Refresh-Tags oder eines Java Scripts Nutzer zur relevanten Seite weiterzuleiten. Idealtypisch indiziert eine Suchmaschine eine Doorway Page und hält diese für den gewünschten Begriff für relevant. Siehe hierzu auch *Rath*, Recht der Internet-Suchmaschinen, S. 81; *Ott*, MMR 2006, 195, 201.

Eine mit der Technik der „Doorway Page“ verwandte Vorgehensweise ist das sog. IP-Delivering, auch „Cloaking“ genannt, bei der eine speziell auf Suchmaschinen angepasste Homepage verwendet wird. Diese Technik basiert darauf, den Robots der Suchmaschinen eine andere Website zu präsentieren als den Nutzern und diese optimal auf die Algorithmen der Suchdienste anzupassen. Beim Cloaking werden also anstatt einer Brückenseite vor dem normalen Webauftritt in Abhängigkeit des anfragenden Servers vollkommen unterschiedliche Dokumente geliefert.¹⁰⁶ Auch diese Methode der Manipulation wird von Suchmaschinenanbietern unter Verweis auf ihre Nutzungsbedingungen geahndet, indem sie diese Seiten bei Entdeckung¹⁰⁷ ggf. aus dem Index entfernen.

5.4 Google-Bomben

Eine weitere Manipulationsform bildet der Einsatz von sog. Link-Farmen, die im Zusammenhang mit der Suchmaschine Google auch „Google-Bomben“ genannt werden. Diese werden von manchen Anbietern zur Beeinflussung des bereits zuvor genannten PageRanks eingesetzt. Bei diesem Verfahren wird eine große Anzahl von Webseiten ins Netz gestellt, die wiederum aufeinander verweisen (Cross-Referencing). Hierdurch soll bei den Robots der Eindruck entstehen, dass die Popularität der betroffenen Webseiten groß ist und damit der jeweilige Page-Rank entsprechend hoch gesetzt wird.

¹⁰⁶ Ott, MMR 2008, 222, 225.

¹⁰⁷ Im Jahr 2006 sorgte der Autokonzern BMW für Schlagzeilen, nachdem Google den Autohersteller kurzerhand aus dem Index unter Verweis auf Verstöße gegen die Google-Bestimmungen entfernte. Siehe Bericht bei [spiegel.de](http://www.spiegel.de), abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,399243,00.html>.

B. Google und allgemeine haftungsrechtliche Aspekte

„I do hold Google and these racist web sites for allowing and fostering rhetorical and indignant behavior on their ISO's to defame, slander, libel and assassinate one's character and possibly livelihood.“¹⁰⁸

I. Einleitung und Ausgangslage

Ohne die Hilfe von Suchmaschinen und Suchdiensten wie die von Google wäre die Nutzung des Internets wie bereits beschrieben sinnvollerweise kaum denkbar. Zumindest wäre der Komfort der allgegenwärtigen Informationsbeschaffung beeinträchtigt. Suchmaschinen tragen Informationen zusammen und stellen sie für die Nutzer in Form der bekannten Trefferlisten dar.

Mit der gleichen Selbstverständlichkeit, mit der im Internet nach Informationen und Daten gesucht wird, erhöht sich auch die Wahrscheinlichkeit, auf Ergebnisse zu treffen, deren Veröffentlichung oder Anzeige von Dritten nicht erwünscht sind. Nicht nur aufgrund der Möglichkeit, auf Suchvorgänge bzw. Suchergebnisse Einfluss zu nehmen, sondern auch aufgrund der universellen Verbreitung eines Suchmaschinenanbieters wie Google ergeben sich fortlaufend Fragen im Zusammenhang mit der Haftung und Verantwortlichkeit für die Verbreitung und Darstellung dieser Informationen.

Während in anderen europäischen Ländern energisch eine klarstellende Regelung für die Verantwortlichkeit von Suchmaschinenanbieter gefordert wird, hat der österreichische Gesetzgeber eine Norm erlassen, mit der Suchmaschinenanbieter weitestgehend von der Haftung freigestellt sind. Aufgrund der unterschiedlichen Dienste, die von Google angeboten werden, finden jedoch nicht nur die Bestimmungen für Suchmaschinenanbieter Anwendung, sondern es kommen auch die Bestimmungen für Host- oder Cache-Provider infrage.

Da die Frage nach der Haftung und Privilegierung von Providern und Suchmaschinenanbietern in vielen Bereichen vom US-amerikanischen Recht beeinflusst worden ist, soll zunächst in Grundzügen die Rechtslage in den USA dargelegt werden.

¹⁰⁸ Hierbei handelt es sich um einen Ausschnitt aus der Klageschrift von Herrn Johnny I. Henry gegen Google. Johnny I. Henry ist der Erfinder eines „vibrating toilet seats“, dem in den USA durch die Jay Leno Show zu größerer Aufmerksamkeit verholfen wurde. Einige Webseiten hatten über seine Erfindung – zusammen mit einem Bild von ihm – unter der rassistischen Aufmachung „N-I-G-G-E-R invents vibrating toilet seat“ berichtet. Diese Seiten waren natürlich auch über Google zu finden, woraufhin Herr Henry beim United States District Court Southern District of Mississippi Klage gegen Google und AOL einlegte (Henry v. Google Inc. and AOL – Case 2:09-cv-00099-KS-MTP).

1. Rechtslage in den USA

Sowohl die Haftungsregeln als auch die Privilegierungstatbestände sind in den USA anhand der betroffenen Rechtsgebiete zu untersuchen. Sie reichen von einem gesetzlich normierten „notice and take down“-Verfahren¹⁰⁹ im Urheberrecht bis zum Ausschluss der Verantwortlichkeit für fremde Inhalte in anderen Rechtsgebieten.

1.1 Perfect 10

In Fragen der Haftung von Suchmaschinen zählt das Verfahren Perfect 10 gegen Google nach wie vor zu den richtungsweisendsten und bedeutendsten. Hierbei ging es neben Aspekten um die Zulässigkeit von Thumbnails auch um elementare Fragen nach der Verantwortlichkeit für die Verlinkung (Inline-Links) auf Seiten mit rechtswidrigem Inhalt.

In der ersten Instanz¹¹⁰ urteilte das Gericht im Hinblick auf die Frage nach der Verantwortlichkeit für die Verlinkung zugunsten von Google und verneinte eine Haftung aus Mitverschulden (contributory liability¹¹¹), da Google den Nutzern der Suchmaschine lediglich dabei helfe, die ohnehin frei verfügbaren Informationen im Netz zu finden. Google habe hierbei weder aktiv zum Besuch von Webseiten mit rechtsverletzenden Inhalten aufgefordert oder deren Betreiber gar zu ihrem Verhalten veranlasst, noch darin bestärkt. Alleine dadurch, dass durch die Aufnahme der Webseite in den eigenen Index diesem Anbieter Interessenten zugeführt werden (provides an audience), genüge nicht.¹¹²

¹⁰⁹ Beim „notice and take down“-Verfahren soll dem vermeintlichen Verletzer die Gelegenheit eingeräumt werden, sich gegen die Vorwürfe zunächst zu verteidigen oder z. B. bis zu einem gerichtlichen Verfahren den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen.

¹¹⁰ Perfect 10, Inc. v. Google Inc. 416 F. Supp. 2d 828 (CD, Cal. 2006), CRi 2006, 76 ff.; CRi 2007, 109 ff.; CRi 2008, 83 ff. = MR-Int. 2007, 115 ff. In dem Verfahren ging es u. a. um die Verlinkung im Index der Suchmaschine zu Seiten, auf denen Bilder unter Verstoß gegen das Urheberrecht dargestellt wurden. Zu den Einzelheiten des Verfahrens siehe unten: E. II. 1.2.

¹¹¹ Vgl. zu den Grundzügen des amerikanischen Haftungsrechts Ott, WRP 2008, 393, 399. Das US-amerikanische Urheberrecht unterscheidet u. a. die direkte Haftung (17 U.S.C. § 501 (a)) von der indirekten oder mittelbaren Haftung (secondary liability) für Urheberrechtsverletzungen. Hierbei wird im Wesentlichen zwischen den Grundformen der „contributory infringement“ und der „vicarious liability“ unterschieden. Eine mitwirkende Urheberrechtsverletzung setzt hierbei voraus, dass der Handelnde die Verletzung wesentlich veranlasst, verursacht oder materiell zum Erfolg der Verletzung eines anderen beiträgt, die Teilnahme einen beträchtlichen Umfang hat und über einen bloßen Beitrag hinausgeht. Vgl. CRi 2006, 76, 85: „Contributory liability requires that the secondary infringer ‘know or have reason to know’ of direct infringement. – The Court now concludes that Google’s creation and public display of ‘thumbnails’ likely do directly infringe P10’s copyrights. The Court also concludes, however, that P10 is not likely to succeed on its vicarious and contributory liability theories.“

¹¹² Ott, WRP 2008, 393, 399.

Das Berufungsgericht¹¹³ hingegen schränkte die Darstellung im Hinblick auf die Haftung für die Verlinkung ein wenig ein. Während das Ausgangsgericht feststellte, dass eine Suchmaschine selbst bei Kenntnis von rechtswidrigen Inhalten keiner Haftung unterliegt („*even assuming Google had actual knowledge of infringing material available on its system*“), urteilte das Berufungsgericht, dass eine Verantwortlichkeit des Suchmaschinenanbieters zumindest dann infrage komme, wenn Google Kenntnis von der Rechtswidrigkeit hat und einfache Schritte in die Wege leiten kann, um weiteren Schaden zu verhindern („*could take simple measures to prevent further damage*“). Das Gericht zog insoweit den Vergleich zu einer Musiktauschbörse (Napster), die von den rechtswidrigen Quellen und Titeln erfährt und diese aus dem Index entfernen kann.¹¹⁴

1.2 Die Haftungsprivilegierung des DMCA

Eine der wesentlichen Haftungsprivilegierungen im US-amerikanischen Recht, der Digital Millennium Copyright Act (DMCA), diente als elementares Vorbild für den europäischen Gesetzgeber bei der Begrenzung der Haftung von Diensteanbietern (insbesondere 17 U.S.C. § 512) und soll daher in Grundzügen¹¹⁵ erläutert werden.

17 U.S.C. § 512¹¹⁶ konstituiert eine umfassende gesetzliche Haftungsprivilegierung u. a. für Diensteanbieter wie Access-, Host- und Cache-Provider sowie für Suchmaschinen. Der Betreiber einer Suchmaschine ist hiernach gemäß 17 U.S.C. 512 (d) nicht verantwortlich für Urheberrechtsverletzungen, sofern er (1) keine aktuelle Kenntnis von der Rechtsverletzung hat, (2) er sich keiner Tatsachen bewusst ist, die auf eine Verletzung hindeuten, (3) er bei Erlangung der Kenntnis den Inhalt oder den Zugang dazu zügig verhindert, also den Link entfernt, und (4) er für das Setzen des Links keine finanzielle Zuwendung erhalten hat, die im Zusammenhang mit der Urheberrechtsverletzung steht. Diese Regelungen entsprechen weitestgehend – mit Ausnahme der letztgenannten Bedingung – dem Art. 14 ECRL.¹¹⁷

Folglich scheidet nach amerikanischem Recht eine Schadenersatzhaftung aus, wenn der Suchmaschinenanbieter auf einen den Anforderungen des DMCA genügenden Hinweis (512

¹¹³ Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007). In dem Verfahren war auch Amazon beteiligt. Das Gericht fasste diese Verfahren zusammen, woraus sich die abweichende Bezeichnung ergibt; vgl. CRi 2008, 83, 83.

¹¹⁴ A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001); das Urteil ist abrufbar unter: <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/telecom/aandmvnapster.pdf>.

¹¹⁵ Eine umfassende Darstellung und Erläuterung des DMCA findet sich bei Freytag, MMR 1999, 207 ff.; ebenso Rücker, CR 2005, 347, 348 f.

¹¹⁶ Der Gesetzestext ist abrufbar unter: <http://www.copyright.gov/title17/92chap5.html#512>.

¹¹⁷ Verantwortung für die Speicherung von Informationen („Hosting“).

(c) (3) DMCA) auf die rechtswidrigen Inhalte den Link in seinem Index entfernt (notice and take down). Sollte er der Aufforderung nicht nachkommen, richten sich Anforderungen an die Haftung nach den allgemeinen Regeln. Dennoch steht dem Content-Anbieter, das heißt demjenigen, dessen Inhalt vom Anbieter entfernt wurde, die Möglichkeit einer sog. Counter Notice zur Verfügung, wonach er eidesstattlich zu versichern hat, dass die Sperrung oder Löschung unrechtmäßig erfolgt ist und er sich gleichzeitig der gerichtlichen Klärung und Zuständigkeit unterwirft.¹¹⁸

1.3 Haftungsprivilegierung des § 230 Communications Decency Act (CDA)

Eine weitere Privilegierungsvorschrift, die für Google insbesondere hinsichtlich des AdWords-Dienstes in den USA von Bedeutung ist, stellt die Bestimmung des § 230 Communications Decency Act (CDA) dar. Gemäß § 230 (c) (1) CDA¹¹⁹ ist ein Provider oder Benutzer eines interaktiven Computerangebots nicht als Urheber oder Ersteller der Informationen zu werten, die von einem anderen Informationsanbieter stammen. Google unterfällt als Suchmaschinenanbieter nach ständiger Rechtsprechung¹²⁰ in den USA diesem Begriff (interactive computer service). Hierdurch haftet Google z. B. nicht für die Verlinkung von wettbewerbswidrigen oder persönlichkeitsrechtsverletzenden Angeboten in den Suchergebnissen.

2. Rechtslage in Europa

Die Richtlinie über den elektronischen Rechtsverkehr (E-Commerce-Richtlinie¹²¹) befasst sich mit der Regelung über Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt. Erklärtes Ziel der E-Commerce-Richtlinie war es seinerzeit, europaweit eine einheitliche Grundlage für Anbieter und Nachfrager von E-Commerce-Dienstleistungen zu schaffen und die unterschiedlichen nationalen Vorschriften über die Informationspflichten und den Haftungsumfang von Internet Providern zu regeln.¹²² Die Regelungen der E-Commerce-Richtlinie zur Providerverantwortlichkeit wurden nicht unwesentlich von den zuvor angesprochenen Gesetzgebungsakten der Vereinigten Staaten von Amerika (17 U.S.C. § 512 aus dem Digital Millennium Copyright Act – DMCA) mit be-

¹¹⁸ Freytag, MMR 1999, 207, 212.

¹¹⁹ Der Gesetzestext ist abrufbar unter: <http://www4.law.cornell.edu/uscode/47/230.html>.

¹²⁰ Goddard v. Google, 640 F. Supp. 2d 1193 (N.D. Cal. Jul. 30, 2009), „a number of court already have determined that Google is an interactive computerservice provider“. Die Entscheidung ist abrufbar unter: <http://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/california/candce/5:2008cv02738/203854/48/>.

¹²¹ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl. 2000 L 178, 1. (ECRL).

¹²² Spindler, NJW 2002, 921, 922; siehe ebenfalls Art. 1 Abs. 1 ECRL.

einflusst. Art. 12 bis 15 der E-Commerce-Richtlinie regeln hierbei in umfangreicher Hinsicht die Verantwortlichkeit der Diensteanbieter.¹²³

Nach Ansicht des europäischen Gesetzgebers musste eine Regelung über die Verantwortung für Anbieter von Suchmaschinen jedoch nicht mit in diese Richtlinie einbezogen werden. Dies wurde vielmehr den Mitgliedstaaten überlassen. Auch eine nach Art. 21 Abs. 2 ECRL¹²⁴ vorgesehene erneute Überprüfung der Regulierungsbedürftigkeit fiel hierzu bislang negativ aus und schenkte stattdessen den Selbstregulierungskräften des Marktes und dem Verantwortungsbewusstsein der Mitgliedstaaten erhöhtes Vertrauen.¹²⁵ Auch der seit 2005 ausstehende zweite Bericht zur Anwendung der E-Commerce-Richtlinie lässt weiter auf sich warten. Die E-Commerce-Richtlinie basiert grundsätzlich auf dem Gedanken, dass das allgemeine Haftungsrecht niemals ausgeweitet, sondern einzelfallbezogen nur eingeschränkt wird und hierbei mit den Regelungen über die Verantwortlichkeit einen sogenannten horizontalen Ansatz verfolgt. Hiernach regelt die Richtlinie die Verantwortlichkeit für die von ihr erfassten Tätigkeiten von Informationsmittlern umfassend, unabhängig davon, aus welchem Rechtsgebiet diese abgeleitet wird.¹²⁶

Allerdings wird auch auf europäischer Ebene die Möglichkeit einer Haftungsprivilegierung für Suchmaschinenanbieter inzwischen analog der Regelungen des Cache-Providers erwogen. Sowohl in den Schlussanträgen Generalanwalts *Maduro*¹²⁷ vom 22.09.2009 als auch in den anschließenden AdWords-Entscheidungen des EuGH¹²⁸ hieß es hierzu, dass für eine Suchmaschine die Privilegierung für das „Caching“ i. S. v. Art. 13 ECRL infrage kommen kann. Entscheidend für die Bewertung einer möglichen Privilegierung bleibt jedoch letztlich der konkrete Dienst, der von einer Suchmaschine wie Google angeboten wird.

¹²³ Art. 2 lit. b ECRL entspricht der Begriffsbestimmung des § 3 Z 2 ECG und definiert den Diensteanbieter als jede natürliche oder juristische Person, die einen Dienst der Informationsgesellschaft bereitstellt.

¹²⁴ Art. 21 Abs. 2 ECRL lautet: „Im Hinblick auf das etwaige Erfordernis einer Anpassung dieser Richtlinie wird in dem Bericht insbesondere untersucht, ob Vorschläge in Bezug auf die Haftung der Anbieter von Hyperlinks und von Instrumenten zur Lokalisierung von Informationen, Verfahren zur Meldung und Entfernung rechtswidriger Inhalte („notice and take down“-Verfahren) und eine Haftbarmachung im Anschluss an die Entfernung von Inhalten erforderlich sind.“

¹²⁵ Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss vom 21.11.2003 – KOM (2003) 702, S. 15, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0702:FIN:DE:PDF>

¹²⁶ Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt vom 18.11.1998 - KOM (1998) 586, S. 30, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/en/ecommerce/com586de.pdf.

¹²⁷ Schlussanträge Rs. C-236/08, C-237/08 und 238/08, Rn. 70, 71.

¹²⁸ Siehe hierzu ausführlich unten: D. VIII.

3. Das E-Commerce-Gesetz (ECG)

Die Bestimmungen der E-Commerce-Richtlinie wurden durch das E-Commerce-Gesetz (ECG)¹²⁹ umgesetzt, welches am 01.01.2002 in Kraft trat. Die Haftungsbestimmungen des ECG in den §§ 13 bis 19 lehnen sich von ihrem Inhalt und ihrer Formulierung her nahezu wörtlich an diejenigen der E-Commerce-Richtlinie an. Im Gegensatz zum Europäischen Gesetzgeber sowie zu den meisten anderen Ländern der Europäischen Union hat sich Österreich wesentlich umfassender und detaillierter mit der Umsetzung dieser Richtlinie auseinandergesetzt und insbesondere auch die Verantwortlichkeit für Suchmaschinen ausdrücklich geregelt.¹³⁰ Die Privilegierung der Betreiber von Suchmaschinen ähnelt hierbei strukturell denen der Access-Provider, was damit begründet wurde, dass beide Anbieter in etwa gleich weit von den vermittelten Informationen entfernt sind und der Anbieter¹³¹ einer Suchmaschine die Informationen und Daten lediglich anzeigt¹³² und den Zugang hierzu vermittelt.

Das ECG – ebenso wie die E-Commerce-Richtlinie – begründen oder regeln indes nicht die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit oder Voraussetzungen der Suchmaschinenanbieter hierfür, sondern sehen lediglich innerhalb der bestehenden Verantwortlichkeiten die Möglichkeit vor, das Privileg einer Haftungsbefreiung in Anspruch nehmen zu können. Das ECG normiert damit keine Haftungsvoraussetzungen, sondern Haftungsbefreiungsvoraussetzungen. Die Frage, ob eine Suchmaschine wie Google für einzelne Handlungen und Dienste in die Verantwortung zu ziehen ist, kann mithin nur anhand der materiell-rechtlichen Bestimmungen der allgemeinen Gesetze beantwortet werden. Diese Haftungsvoraussetzungen ergeben sich aus den Normen des Zivilrechts (z. B. §§ 16, 43, 1330 ABGB), des Urheberrechts (§§ 81 ff. UrhG), Wettbewerbsrechts (§§ 1, 7 und 9 UWG) sowie des Markenrechts (§§ 51 ff. MSchG). Allgemein spricht man in diesem Zusammenhang von einer „horizontale Haftungsbefrei-

¹²⁹ Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden, BGBl I Nr. 152/2001 (ECG).

¹³⁰ Der österreichische Gesetzgeber spricht insoweit von seiner Rolle als „*Lückenschließer zum europäischen Gesetzgeber*“ (ErlRV 817 BlgNR XXI. GP 21).

¹³¹ Unter dem Begriff des Diensteanbieters i. S. d. ECG versteht man natürliche oder juristische Personen oder sonstige rechtsfähige Einrichtungen, die einen Dienst der Informationsgesellschaft bereitstellen (§ 3 Z 2 ECG). Ein Dienst der Informationsgesellschaft ist ein i. d. R. gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz auf individuellen Abruf des Empfängers bereitgestellter Dienst (§ 1 Abs. 1 Notifikationsgesetz 1999), insbesondere der Online-Vertrieb von Waren und Dienstleistungen, Online-Informationsangebote, die Online-Werbung, elektronische Suchmaschinen und Datenabfragemöglichkeiten sowie Dienste, die Informationen über ein elektronisches Netz übermitteln, die den Zugang zu einem solchen vermitteln oder die Informationen eines Nutzers speichern (§ 3 Z 1 ECG).

¹³² Vgl. ErlRV 817 BlgNR XXI. GP 34.

ung“¹³³, wonach bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 13 ff. ECG ein Provider von jeglicher Verantwortung befreit ist. Diese Haftungsfreistellung gilt sowohl für das Zivilrecht als auch für das Straf- und Verwaltungsstrafrecht.¹³⁴

In der Literatur¹³⁵ wird hierzu ein zweistufiges Prüfungsverfahren vorgeschlagen, bei dem sich die Haftungsfrage des Diensteanbieters (§ 3 Nr. 2 ECG) zunächst daran orientiert, ob die Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 13 ff. ECG vorliegen. Sofern dies der Fall ist, scheidet eine Haftung aus. Aus dieser Konstruktion folgt wiederum nicht, dass das Nichterfüllen der Haftungsbefreiungsvoraussetzungen automatisch die Haftung des Suchmaschinenanbieters bedeutet.¹³⁶ Dies muss unabhängig hiervon anhand der allgemeinen Bestimmungen des jeweiligen Gesetzes festgestellt werden.

Eine andere Ansicht¹³⁷ prüft zunächst, ob die materiellen Voraussetzungen für eine Haftung vorliegen. Sollte dies der Fall sein, ist in einem zweiten Schritt auf die Bestimmungen des ECG zurückzugreifen.

3.1 Allgemeine Grundlagen der Haftung

Bevor auf einzelne Privilegierungstatbestände eingegangen wird, sollen kurz die wesentlichen Grundprinzipien einer möglichen, allgemeinen Haftung von Suchmaschinen dargelegt werden.

Der Umstand, dass für eigenes Verhalten und für eigene Inhalte (unmittelbarer Täter oder Störer) ohne Weiteres¹³⁸ gehaftet wird, bedarf vorliegend keiner vertieften Auseinandersetzung. Ein Anspruch auf Unterlassung oder Schadenersatz kann sich aber nicht nur gegen denjenigen richten, von dem die Beeinträchtigung ausgeht, sondern auch gegen Mittäter, Anstifter und vor allem Gehilfen des eigentlichen Störers. Eine Haftung für ein Verhalten oder eine Handlung eines Dritten kommt dann infrage, wenn der Gehilfe¹³⁹ den Verstoß fördert oder gar

¹³³ Zankl, E-Commerce-Gesetz, Einf. Rn. 24, 181; Pilcher, *ecolex* 2007, 189, 189; OGH, 21.12.2006 – 6 Ob 178/04a;

¹³⁴ Blume/Hammerl, § 13 Rn. 40.

¹³⁵ Zankl, E-Commerce-Gesetz, § 13 Rn. 187. In der deutschen Literatur spricht man in diesem Zusammenhang von der sog. „Filterlösung“. Siehe hierzu Hoeren, MMR 2004, 675, 676; Sieber, MMR 1999/2, Beil. 1, 5 ff.; Schneider GRUR 2000, 969, 971; Freytag, Haftung im Netz, S. 138 f.

¹³⁶ Zankl, E-Commerce-Gesetz, Einf. Rn. 24, 187.

¹³⁷ Laga/Sehrschrön/Ciresa, E-Commerce Gesetz, Einl. § 13 Rn. 3.

¹³⁸ Vgl. nur Zankl, E-Commerce-Gesetz, § 13 Rn. 185; Zankl, JBl 2001, 409, 410 ff.

¹³⁹ StRspr. u. a. jüngst OGH 24.02.2009, 4 Ob 235/08z – *nimfuehr.at*; OGH, v. 18.09.1995 – 4 Ob 67/95 – *Gratisflugreisen II*, wbl 1996, 40 ff. = ÖBl 1996, 122 ff.; OGH, v. 17.09.1996 – 4 Ob 2205/96k – *Miet-schulden*, ÖBl 1997, 69 ff.; OGH, v. 11.02.1997 – 4 Ob 20/97p, wbl 1997, 260 ff. = ÖBl 1998, 33 – *Ungarischer Zahnarzt*; OGH, v. 26.01.1999 – 4 Ob 345/98h, ÖBl 1999, 229 – *Erinasolum*.

erst ermöglicht. In Anlehnung an § 12 StGB und § 7 VStG ist von einer solchen bewussten Förderung auszugehen, wenn er zur Ausführung der Tat beiträgt oder dem Täter diese erleichtert. Dieses Bewusstsein fehlt hingegen, wenn jemand die eigentliche Störungshandlung in tatsächlicher Hinsicht nicht gekannt hat und eine Prüfungspflicht auf allfällige Verstöße nicht infrage kommt.¹⁴⁰

3.2 Juristischer Laie

Der OGH¹⁴¹ hat im Zusammenhang mit der Haftung der Host-Provider für Rechtsverletzungen im Internet bereits mehrfach festgestellt, dass ein Gehilfe nur dann für Rechtsverletzungen durch Dritte in Anspruch genommen werden kann, wenn die Rechtsverletzung hierbei auch für einen juristischen Laien ohne weitere Nachforschungen offenkundig ist. Der OGH orientiert sich hierbei am allgemeinen Sprachgebrauch, wonach ein juristischer Laie als ein „Nichtfachmann“ bezeichnet wird, der nicht über eine entsprechende rechtswissenschaftliche Ausbildung verfügt.¹⁴²

3.3 Offenkundigkeit

Die Rechtsverletzung muss für den Gehilfen offenkundig sein. Ein Rechtsverstoß wird sicherlich „offenkundig“ sein, wenn der Gehilfe weiß, dass über seine Server kinderpornografische oder terroristische Inhalte hinterlegt sind.¹⁴³ *Hasberger/Semrau-Deutsch*¹⁴⁴ stellen dar, dass die Rechtswidrigkeit „in die Augen fallen“ muss, um offenkundig zu sein und damit auch für einen Laien ohne größere Schwierigkeiten wahrnehmbar ist.¹⁴⁵ Entscheidend sollte daher sein, dass für den Gehilfen die Rechtsverletzung aufgrund der ihm vorliegenden Informationen

¹⁴⁰ OGH 24.02.2009, 4 Ob 235/08z – *nimfuehr.at*.

¹⁴¹ OGH, v. 06.07.2004, 4 Ob 66/04, MR 2004, 274 ff (Hasberger) = RdW 2004, 666 ff. = ecolex 2004, 799 (Tonninger) – Megasex; ebenso OGH, v. 13.09.2000 – 4 Ob 166/00s, ecolex 2001, 128 ff. (Schanda) = ÖBl 2001, 30 ff. (Schramböck) = wbl 2001/69, 91 (Thiele) – *fpo.at I* und OGH, v. 12.09.2001 – 4 Ob 176/01p, ÖJZ 2002/22, 98 = ÖBl 2002/51, 242 = ecolex 2002/19, 35 (*Schanda*) – *fpo.at II*.

¹⁴² *Hasberger/Semrau-Deutsch*, ecolex 2005, 197, 199, m. w. N. (Fn. 24).

¹⁴³ Zankl, ecolex 2005, 202, 202; Zankl, E-Commerce-Gesetz, § 16 Rn. 236.

¹⁴⁴ *Hasberger/Semrau-Deutsch*, ecolex 2005, 197, 199. Vgl. hierzu auch die Darstellung in Deutschland. Das LG Köln, Urt. v. 26.11.2003 – 28 O 706/02, CR 2004, 304, MMR 2004, 183, 183, sowie das LG Düsseldorf, Urt. v. 29.10.2002, Az. 4a O 464/01, MMR 2003, 120, 126, führen zum Merkmal „Offensichtlichkeit“ (Offenkundigkeit) aus, dass eine Haftung erst dann ausgelöst wird, wenn dem Diensteanbieter Umstände bekannt werden, die die Begehung rechtswidriger Handlungen bzw. die Existenz rechtswidriger Inhalte nahelegen. Hier wird der Vergleich zur groben Fahrlässigkeit gezogen. Siehe hierzu auch *Spindler*, MMR 2001, 737, 741

¹⁴⁵ Vgl. auch Beilage 214/2010 zu den Wortprotokollen des Oö. Landtags XXVII. Gesetzgebungsperiode, wonach „offenkundig bedeutet, dass der Rechtsverstoß evident (gleichsam „ins Auge springend“) ist und nicht erst auf Grund von Erhebungen, komplexen rechtlichen Abwägungen bzw. Beurteilungen, Sachverständigengutachten usw. feststeht“.

ohne weitergehende juristische Prüfung klar erkennbar ist und damit auch für den juristischen Laien ohne Weiteres ersichtlich sein muss.

Für den Anbieter einer Suchmaschine wird hierbei durch den OGH¹⁴⁶ grundsätzlich derselbe Maßstab angesetzt. Nur wenn die (behauptete) Rechtsverletzung der Kunden durch die Verknüpfung einer Werbeanzeige mit einem markenrechtlich geschützten Begriff im Rahmen des Werbedienstes AdWords für den Suchmaschinenanbieter offenkundig bzw. auch für einen juristischen Laien ohne weitere Nachforschungen erkennbar ist, liegt eine bewusste Förderung einer fremden Rechtsverletzung vor. Ein solch offenkundiger Rechtsverstoß konnte in diesem Fall nicht erkannt werden. Da es hier bereits an den Voraussetzungen einer Haftung nach den allgemeinen Bestimmungen fehlte, war nach Darstellung¹⁴⁷ des Gerichts auf die Haftungsbefreiungen des ECG nicht mehr einzugehen. Es ist dennoch wünschenswert, dass sich in naher Zukunft die Gerichte mit den möglichen Privilegierungstatbeständen auseinandersetzen.

4. Rechtslage in Deutschland

In Deutschland regelt das Telemediengesetz¹⁴⁸ (TMG) die Privilegierungstatbestände für Provider. Im Gegensatz zum österreichischen Recht hat der deutsche Gesetzgeber allerdings weder eine Regelung für das Setzen von Hyperlinks noch für Suchmaschinenanbieter vorgesehen.

Die Gerichte in Deutschland hatten sich in den vergangenen Jahren immer wieder mit der Frage nach der Anwendbarkeit von spezialgesetzlichen Privilegierungsvorschriften für Host oder Access-Provider auf Suchmaschinen und Hyperlinks auseinanderzusetzen. Von besonderer Bedeutung war hierbei lange Zeit die „Schöner Wetten“-Entscheidung des BGH¹⁴⁹. In diesem Verfahren ging es um die Onlineausgabe einer Zeitschrift, die unter der Überschrift „Links ins World Wide Web“ die Internetadresse eines Glücksspielanbieters als Hyperlink gesetzt hatte. Der BGH zog hierbei aus der Tatsache, dass es keine speziellen Privilegierungsvorschriften zum Setzen von Hyperlinks gibt, den Schluss,¹⁵⁰ dass eine entsprechende

¹⁴⁶ OGH, v. 19.12.2005 – 4 Ob 194/05s, 4 Ob 195/05b, ecolex 2006, 228 = RdW 2006/129, 143 (Anderl) = wbl 2006, 195 ff. = MR 2006, 109 ff. = ÖBl. 2006, 235 ff – *Google*.

¹⁴⁷ Siehe hierzu auch die Anmerkung von *Schmidbauer*, abrufbar unter: <http://www.i4j.at/provider/entsch1a.htm>.

¹⁴⁸ Am 01.07.2007 trat der deutsche Rundfunkstaatsvertrag (RStV) in der Fassung des 9. Änderungsstaatsvertrages in Kraft. Mit diesem löste das Telemediengesetz (TMG) das bis dahin geltende deutsche Telemediengesetz (TDG) ab.

¹⁴⁹ BGH, Urt. v. 01.04.2004, Az. I ZR 317/01, GRUR 2004, 693 ff = MMR 2004, 529 ff. – *Schöner Wetten*.

¹⁵⁰ BGH, Urt. v. 01.04.2004, Az. I ZR 317/01, GRUR 2004, 693, 694; MMR 2004, 529, 530 – *Schöner Wetten*.

Anwendung der übrigen Privilegierung für Provider im TMG nicht möglich sei. Dieser Auffassung folgten im Anschluss mehrere Gerichte und auch weitestgehend die Literatur.¹⁵¹

Es erscheint allerdings wohl durchaus wahrscheinlich, dass in naher Zukunft der BGH hier einen Wandel in seiner Rechtsprechung vornehmen wird. Die Ausführungen des Generalanwalts und des EuGH in den AdWords-Verfahren¹⁵² haben gezeigt, dass die Möglichkeit einer Anwendung der Haftungsprivilegierungsvorschriften auf Suchmaschinen nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist. Allein der Umstand, dass Suchmaschinen in der E-Commerce-Richtlinie nicht ausdrücklich geregelt sind, schließt hiernach eine mögliche Anwendung der Regelungen für Access-, Caching- und Host-Provider nicht von vornherein aus. Vielmehr soll mit Bezug auf den konkreten Dienst geprüft werden, ob eine der Vorschriften analoge Anwendung finden kann. *Maduro*¹⁵³ sprach sich in seinen Schlussanträgen bereits dafür aus, dass hinsichtlich dieser organischen Suchergebnisse – mithin der Liste mit den verlinkten Drittinhalten – die Haftungsprivilegierung für Cache-Provider (Art. 13 ECRL) anwendbar sein könnten.

Vor dem Hintergrund dieser Entwicklungen geht der Verfasser davon aus, dass auch der BGH¹⁵⁴ hierzu demnächst eine Änderung in seiner Rechtsprechung in Deutschland vornehmen wird.

II. Die Haftungsprivilegierungen im ECG

Eine Suchmaschine wie Google bietet neben der geläufigen Suchfunktion auch Zusatzdienste an, die Merkmale eines Host- oder eines Cache-Providers aufweisen können. Um die einzelnen Dienste nachvollziehbar erläutern zu können, soll daher nachfolgend neben der Bestimmung über den Ausschluss der Verantwortlichkeit von Suchmaschinen gemäß § 14 ECG auch auf die Privilegierungstatbestände dieser Provider eingegangen werden.

¹⁵¹ OLG Hamburg, Beschl. v. 02.09.2004, Az. 5 W 106/04, MMR 2005, 53 ff.; OLG Hamburg, Beschl. v. 05.06.2002, Az. 5 U 74/01, CR 2003, 56, 57; LG München I, Urt. v. 11.12.2003, Az. 7 O 13310/03; LG Hamburg, Urt. v. 21.09.2004, Az. 312 O 324/04, CR 2004, 938, 939; LG Berlin, Urt. v. 22.02.2005, Az. 27 O 45/05, MMR 2005, 324, 325; *Volkmann*, GRUR 2005, 200, 206; *Spindler*, GRUR 2004, 724, 727; kritisch hierzu bereits *Sieber/Liesching*, Beilage MMR 8/2007, 1, 6.

¹⁵² EuGH, v. 23.03.2010, C-236/08, C-237/08, C-238/08 – *Google und Google France*, GRUR, 2010, 445 ff.; EuGH, v. 25.03.2010, C-278/08 – *BergSpechte*, GRUR, 2010, 451 ff., und EuGH, v. 26.03.2010, C-91/09 – *Bananabay*.

¹⁵³ Schlussanträge Rs. C-236/08, C-237/08 und 238/08, Rn. 71, abrufbar unter: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=DE&Submit=Submit&numaff=C-236/08>.

¹⁵⁴ Dies wurde zuletzt auch in der Entscheidung des BGH um die Zulässigkeit von sog. Thumbnails zumindest angedeutet. In dem Urteil des BGH, Urt. v. 29.04.2010, Az. I ZR 69/08, hält dieser die Haftungsbestimmungen in Anlehnung an die Regelung für Host Provider (Art. 14 Abs. 1 ECRL) für anwendbar. Abschließend musste sich der BGH zu der Frage nach der generellen Anwendbarkeit der Haftungsprivilegierungen in diesem Verfahren jedoch nicht äußern.

1. Ausschluss der Verantwortlichkeit bei Suchmaschinen, § 14 ECG

Die Bestimmung über die Haftungsprivilegierung von Suchmaschinenanbietern ist an das Haftungsprivileg für Access-Provider angelehnt.

§ 14 (1) Ein Diensteanbieter, der Nutzern eine Suchmaschine oder andere elektronische Hilfsmittel zur Suche nach fremden Informationen bereitstellt, ist für die abgefragten Informationen nicht verantwortlich, sofern er

- 1. die Übermittlung der abgefragten Informationen nicht veranlasst*
- 2. den Empfänger der abgefragten Informationen nicht auswählt und*
- 3. die abgefragten Informationen weder auswählt noch verändert.*

(2) Abs. 1 ist nicht anzuwenden, wenn die Person, von der die abgefragten Informationen stammen, dem Diensteanbieter untersteht oder von ihm beaufsichtigt wird.

Ein Anbieter einer Suchmaschine wie Google, der seinen Nutzern elektronische Hilfsmittel zur Verfügung stellt, soll damit für die mit der Hilfe des Dienstes aufgefundenen Informationen und Daten nicht verantwortlich sein. Strukturell weist § 14 ECG große Gemeinsamkeiten zum Ausschluss der Verantwortlichkeit bei Durchleitung von Informationen gemäß § 13 ECG auf. Ebenso wie bei § 13 ECG soll auch die Regelung über den Ausschluss der Verantwortlichkeit von Suchmaschinen¹⁵⁵ gewährleisten, dass nur diejenigen Diensteanbieter haftungsrechtlich privilegiert werden, deren Tätigkeit sich auf automatisierte, technische Bereiche der Internetkommunikation beschränkt und die gerade keinen inhaltlichen Einfluss auf die Kommunikation nehmen.

1.1 Veranlassung der Übermittlung (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 ECG)

Der Suchmaschinenanbieter kann die Privilegierung des § 14 Abs. 1 ECG lediglich dann in Anspruch nehmen, sofern die Übermittlung der abgefragten Informationen nicht durch diesen veranlasst wird. Die Frage, wann explizit von einer Veranlassung zu sprechen sein wird, ist in der Rechtsprechung bislang nicht erörtert worden, was nicht zuletzt dem Ausschluss der Verantwortlichkeit aufgrund allgemeiner Bestimmungen außerhalb des ECG geschuldet ist.

Von einer Veranlassung i. S. d. § 14 Abs. 1 Z 1 ECG wird wohl immer dann zu sprechen sein, wenn die Sucheingabe und die damit aufgefundenen Suchergebnisse durch den Diensteanbieter (Suchmaschinenbetreiber) selbst erfolgen und der Nutzer der Suchmaschinen somit weder

¹⁵⁵ Zum Merkmal der Fremdheit von Informationen siehe unten: B. II. 3.1.

am Auswahlvorgang noch am Ergebnis der Suche direkt beteiligt ist. Die Rolle des Suchmaschinenanbieters wäre in diesem Fall nicht mehr rein passiver Natur,¹⁵⁶ was gegen die Privilegierungsmöglichkeit spricht. Zumindest in den Fällen der geläufigen Suchanfrage bei Google wird es an einer solchen Veranlassung regelmäßig fehlen, da die Veranlassung der Informationsübermittlung nur auf Initiative des entsprechenden Nutzers erfolgt. Dieser konkretisiert durch seine Suchanfrage die Wahl der angezeigten Links und gelangt durch die Auswahl des gefundenen Links zu den in Bezug genommenen Informationen.

1.2 Auswahl des Empfängers (§ 14 Abs. 1 Z 2 ECG)

Der Betreiber der Suchmaschine darf auch keine Auswahl der Empfänger der abgefragten Informationen vornehmen, um nicht das Haftungsprivileg zu verlieren. Der Ausschluss der Verantwortlichkeit kann damit einem Anbieter, der seinen Dienst auf das Auffinden rechtswidriger Tätigkeiten oder Informationen ausrichtet und beschränkt,¹⁵⁷ dann nicht zugute kommen, weil in derartigen Fällen davon gesprochen werden kann, dass der Diensteanbieter die abgefragten Informationen auswählt. Auf jeden Fall darf daher der Suchmaschinenbetreiber mit dem Empfänger und damit auch mit den abgefragten oder übermittelten Informationen in keiner Weise in Verbindung stehen.¹⁵⁸

1.3 Auswahl und Veränderung der Treffer (§ 14 Abs. 1 Nr. 3 ECG)

Zuletzt ergibt sich die Möglichkeit für den Suchmaschinenanbieter, auf den Ausschlussstatbestand des § 14 ECG zurückzugreifen, sofern dieser keine Auswahl und Veränderung der Treffer im Suchergebnis vornimmt. § 14 Abs. 1 Nr. 3 ECG soll damit den Grundsatz verdeutlichen, wonach vonseiten des Diensteanbieters keinerlei inhaltlicher Bezug zu den aufgefundenen Treffern hergestellt werden darf. Zudem soll der rein technische und automatisiert ablaufende Vorgang bei der Bereitstellung dieser Informationen im Trefferindex durch die Suchmaschine gewahrt bleiben.

¹⁵⁶ Blume/Hammerl, § 14 Rn. 10.

¹⁵⁷ Siehe hierzu auch das Verfahren gegen die Suchmaschine Songbeat. Gegen die MP3-Suchmaschine wurde eine einstweilige Verfügung erwirkt, da hier auch illegale Kopien von urheberrechtlich geschützten Werken auffindbar waren. Zum Verfahren siehe von Henning Steier, Der Sargnagel wird tiefer eingeschlagen, abrufbar unter: <http://www.20min.ch/print/story/24682147>. In Spanien hingegen urteilte der Provincial Court of Madrid, dass die Website „Sharemula“ mit dem spanischen Recht in Einklang stehe, auch wenn diese Links zu Videos, Software, Musik anbot, die möglicherweise gegen das Urheberrecht verstoßen. Das Gericht begründete seine Auffassung damit, dass kein eigenes Hosting von rechtswidrigen Inhalten vorlag. Siehe zur Haftung von Suchmaschinen für die Verlinkung persönlichkeitsrechtsverletzender Inhalte in Spanien ferner Palomo v. Google, Court of First Instance in Madrid, v. 13.05.2009; Ott, WRP 2010, 435, 455 (Fn 193).

¹⁵⁸ ErlRV 817 BlgNR XXI. GP Erläuterung 3 zu § 17 ECG.

Nach der Gesetzesbegründung zum ECG soll die Einschränkung der Verantwortlichkeit dem Suchmaschinenanbieter dann nicht zugute kommen, wenn der Suchdienst speziell¹⁵⁹ auf das Auffinden rechtswidriger Tätigkeiten oder Informationen ausgerichtet ist. Dies liegt nach der Gesetzesbegründung daran, dass in einem solchen Fall nicht davon gesprochen werden kann, dass der Diensteanbieter die abgefragten Informationen i. S. d. § 14 Abs. 1 Nr. 3 Alt. 2 ECG nicht auswählt. Hierbei sollen eine bewusste und zielgerichtete Darstellung und Zugänglichmachung von bestimmten und selektierten Informationen und Daten vorliegen. Es ist demnach entscheidend, ob der Suchmaschinenanbieter auf die betreffenden Informationen in irgendeiner Art und Weise Einfluss nimmt oder nehmen kann. Sofern in der Auswahl und Darstellung kein im Wesentlichen automatischer, passiver und technikbestimmter Vorgang¹⁶⁰ mehr zu erblicken ist, scheidet nach hiesiger Auffassung eine Privilegierung aus.

Von der Veränderung der Informationen i. S. d. § 14 Abs. 1 Z 3 ECG ist zu sprechen, sofern der Suchmaschinenanbieter die Substanz der indexierten Daten nicht beeinträchtigt. Dem Grunde nach ist auch hier entscheidend, dass der Diensteanbieter den objektiven Schein der Unabhängigkeit wahrt. Es darf folglich nicht der Eindruck erweckt werden, die Darstellung der Informationen oder der konkret übermittelte Informationsgehalt sei vom Betreiber einer Suchmaschine bewusst gewählt, um dem Nutzer einen besonderen Dienst anzubieten. *Blume/Hammerl*¹⁶¹ sprechen insoweit auch von der Wahrung der Integrität und Authentizität der übermittelten als auch der empfangenen Daten. Laut des Erwägungsgrundes 43 der E-Commerce-Richtlinie, der sich insoweit mit den Bestimmungen des Access-Providers und des Caching befasst, fallen unter den Begriff der „Veränderung“ allerdings keine Eingriffe technischer Art, wie z. B. Verfahren zur Datenkompression oder der Datenverschlüsselung.

1.4 Ausschlussstatbestand des § 14 Abs. 2 ECG

Eine haftungsrechtliche Privilegierung anhand der Tatbestände des § 14 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 ECG scheidet zuletzt dann aus, wenn die Person, von der die abgefragten Informationen stammen, dem Diensteanbieter untersteht oder von ihm beaufsichtigt wird. § 14 Abs. 2 ECG greift folglich ein, wenn der Betreiber der Suchmaschine oder des Suchdienstes bewusst abhängige oder weisungsgebunden Dritte einschaltet, um einer Haftung zu entgehen. Darüber hinaus schließen alle qualifizierten rechtlichen Weisungsbefugnisse des Diensteanbieters über

¹⁵⁹ Zur Kritik an dem Merkmal der Spezialisierung siehe *Matthies*, Providerhaftung für Online-Inhalte, S. 223.

¹⁶⁰ Vgl. insoweit auch *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz/Geis*, § 9 Rn. 4 f. (noch zum TDG).

¹⁶¹ *Blume/Hammerl*, § 13 Rn. 34.

die Handlungen des Informationserstellers die Privilegierung von Diensteanbietern gemäß § 14 Abs. 2 ECG aus.¹⁶²

2. **Ausschluss der Verantwortlichkeit bei Zwischenspeicherungen (Caching)**

§ 15 ECG setzt Art. 13 der E-Commerce-Richtlinie um und gewährleistet, dass die Diensteanbieter, die von einem Nutzer eingegebene Informationen automatisch und zeitlich begrenzt zur effizienteren Gestaltung der auf Abruf anderer Nutzer erfolgten Informationsübermittlung zwischenspeichern, nicht verantwortlich sind, soweit sie den Voraussetzungen des § 15 Nr. 1 bis 5 ECG genügen.

§ 15 Ein Diensteanbieter, der von einem Nutzer eingegebene Informationen in einem Kommunikationsnetz übermittelt, ist für eine automatische, zeitlich begrenzte Zwischenspeicherung, die nur der effizienteren Gestaltung der auf Abruf anderer Nutzer erfolgender Inhaltsübermittlung dient, nicht verantwortlich, sofern er

- 1. die Information nicht verändert*
- 2. die Bedingungen für den Zugang zur Information beachtet,*
- 3. die Regeln für die Aktualisierung der Informationen, die in allgemein an erkannten und verwendeten Industriestandard festgelegt sind, beachtet,*
- 4. die zulässige Anwendung von Technologien zur Sammlung von Daten über die Nutzung der Informationen, die in allgemein anerkannten und verwendeten Industriestandards festgelegt sind, nicht beeinträchtigt und*
- 5. unverzüglich eine von ihm gespeicherte Information entfernt oder den Zugang zu ihr sperrt, sobald er tatsächliche Kenntnis davon hat, dass die Information am ursprünglichen Ausgangsort der Übertragung aus dem Netz entfernt oder der Zugang zu ihr gesperrt wurde oder dass ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde die Entfernung oder Sperre angeordnet hat.*

§ 15 ECG privilegiert damit in Form des „Caching“¹⁶³ die automatische, zeitlich begrenzte Zwischenspeicherung der von einem Nutzer eingegebenen Informationen, die ausschließlich

¹⁶² Blume/Hammerl, § 14 Rn. 12.

¹⁶³ Die Eigenschaft eines Cache Providers darf nicht mit dem Dienst von Google, dem „Google Cache“, gleichgesetzt und verwechselt werden. Google bietet seinen Nutzern die Möglichkeit, zwischengespeicherte Webseiten abzurufen (sog. Caching-Funktion). Die Robots von Google speichern hierbei von jeder gefundenen Website ein Abbild und legen dieses im Google Cache ab. Hierdurch erhält der Nutzer die Möglichkeit, eine Website in der Gestalt zu betrachten, wie sie zu dem Zeitpunkt der Indizierung vorgelegen hat. In den Suchergebnissen bei Google findet sich unter den einzelnen Suchtreffern daher ein als „Im Cache“ betitelter Link. Google selbst spricht davon, die Seiten in seinem Cache abzuspeichern, um für sie ein Backup vorzuhalten, für den Fall, dass der Server der Seite zeitweise nicht erreichbar ist. Dieser Dienst dient indes nicht dazu, die Übermittlung von Informationen zu beschleunigen, sondern stellt ein eigenständiges Angebot von Google dar. Siehe hierzu die Entscheidung des spanische „Sentencia de la Audiencia Provincial des Barcelona“, Ott, MMR 12/2008, XII. Das Urteil ist ebenfalls abrufbar unter: <http://www.linksandlaw.de/megakini.pdf>.

der effizienteren Gestaltung der Übermittlung dieser Informationen an andere Nutzer dient, indem sie Nutzern einen schnelleren Zugriff auf häufig abgefragte Informationen verschafft¹⁶⁴ und damit letztlich eine Steigerung der Übermittlungsgeschwindigkeit und der effizienteren Nutzung der Netzressourcen erreichen.

Die Tätigkeit des Cache-Providers ist ebenso wie die des Betreibers einer Suchmaschine davon geprägt, dass die Speicherung rein im Wege eines automatisierten, technischen und rein passiven Verfahrens erfolgt. Das bedeutet auch, dass der Cache-Provider i. d. R. weder Kenntnis noch Kontrolle über die weitergeleiteten oder gespeicherten Informationen besitzt.

2.1 Veränderung von Informationen (§ 15 Nr. 1 ECG)

Ähnlich wie im Rahmen des § 14 Abs. 1 ECG kann sich der Provider nur auf das Privileg des § 15 ECG berufen, sofern er die gespeicherten Informationen nicht verändert. Insoweit kann auf die oben genannten¹⁶⁵ Voraussetzungen verwiesen werden.

2.2 Bedingungen für den Informationszugang (§ 15 Nr. 2 ECG)

§ 15 Nr. 2 ECG fordert darüber hinaus, dass die Bedingungen für den Zugang zu den Informationen auch bei Zwischenspeicherungen beachtet werden müssen. Das bedeutet, dass durch das Caching keine Zugangssperren und Zugangskontrolldienste wie Passwörter und Usernamen¹⁶⁶ umgangen werden dürfen. Andernfalls muss gewährleistet sein, dass die Zugangsbedingungen auch bei der Abfrage aus dem Cache eingehalten werden müssen.¹⁶⁷

¹⁶⁴ *Burgstaller/Minichmayr*, E-Commerce-Gesetz, § 15 Rn. 1; *Blume/Hammerl*, § 15 Rn. 3. Anders als in § 13 Abs. 2 ECG handelt es sich damit nicht um kurzzeitige Zwischenspeicherungen, die der Durchführung der Übermittlung im Kommunikationsnetz dienen, sondern um automatische, zeitlich begrenzte Speicherungen zur Beschleunigung der Informationsübertragung und damit zur Verbesserung der Effizienz der Kommunikationsnetze. In den beiden Fällen werden Tätigkeiten rein technischer, automatischer und passiver Art geregelt, auf die der Anbieter des Dienstes keinen Einfluss nimmt. Der Cache Provider nimmt damit eine Mittelstellung zwischen dem Access- und dem Host Provider ein. Das OLG Düsseldorf, Urt. v. 15.01.2008, Az. 20 U 95/07, MMR 2008, 254, 255, hat den Betreiber eines sog. Usenet-Forums ebenfalls als Cache Provider qualifiziert; siehe auch *Hoffmann*, MMR 2002, 284, 287.

¹⁶⁵ Siehe B. II 1.3.

¹⁶⁶ *Sonntag*, Rechtsfragen im E-Commerce, S. 148. *Sonntag* stellt insoweit auch klar, dass in der Praxis keinerlei Caching derartiger Daten erfolgen darf. Die im Cache gespeicherten Informationen dürfen am ursprünglichen Serverort selbst keiner Zugangskontrolle unterliegen und auch mit keinem zugangskontrollierten Dienst versehen sein.

¹⁶⁷ *Blume/Hammerl*, § 15 Rn. 6; werden z. B. pornografische Inhalte am Ausgangsort derart gesichert, dass nur Personen im Alter über 18 Jahren hierauf Zugriff haben (sog. Conditional oder Verified Access), so darf diese dem Jugendschutz dienende Barriere nicht dadurch umgangen werden, dass die gleichen Inhalte ohne entsprechende Sicherung z. B. auf einem Proxy-Cache-Server angeboten werden. Dies gilt auch, wenn bestimmte Informationen nach dem Willen des Content Providers nur nach einer Registrierung oder Bezahlung durch den Nutzer zugänglich sein sollen. Auch hier muss durch den Cache Provider sichergestellt werden,

2.3 Beachtung der standardmäßigen Aktualisierungsregeln (§ 15 Nr. 3 ECG)

Nach § 15 Nr. 3 ECG muss ein Diensteanbieter die Regeln für die Aktualisierung der Informationen beachten, die in weithin anerkannten und verwendeten Industriestandards festgelegt werden. Hierdurch soll vermieden werden, dass eine zeitlich überholte Kopie auf dem Caching-Server den Eindruck vermittelt, es handle sich um das Original, und es hierdurch zu Widersprüchen¹⁶⁸ kommt. Der österreichische Gesetzgeber hat es jedoch unterlassen, eine genaue Bestimmung dessen vorzugeben, was unter den allgemein anerkannten und verwendeten Industriestandards zu verstehen ist. *Sieber/Liesching*¹⁶⁹ gehen davon aus, dass der Diensteanbieter in einem solchen Fall sicherzustellen hat, dass in regelmäßigen Abständen überprüft wird, ob die Version einer angeforderten Seite auf dem Server noch der Version auf dem Ursprungsserver¹⁷⁰ entspricht. Dies kann z. B. dadurch geschehen, dass der Proxy-Cache-Server bei einer Nutzeranfrage zunächst am Ursprungsort anfragt, ob eine neuere Version der angeforderten Seite vorliegt. Ist dies der Fall, hat ein Abruf der neuen Version zu erfolgen, andernfalls erhält der Nutzer die zwischengespeicherte Seite direkt vom Proxy-Cache-Server.

Daneben wird angeführt, dass in diesem Fall vonseiten des Anbieters beachtet werden muss, wie lange eine Seite zwischengespeichert werden darf, sofern dies angegeben ist. Hierdurch soll es u. a. ermöglicht werden, Änderungen an Seiten vorzunehmen und sicherzustellen, dass diese auch übernommen werden.

2.4 Beeinträchtigung von Technologien (§ 15 Abs. 1 ECG)

Gemäß § 15 Nr. 4 ECG hat der Diensteanbieter, der einen Cache-Dienst zur Verfügung stellt, zu gewährleisten, dass die zwischengespeicherten Inhalte die zulässige Anwendung von Technologien zur Sammlung von Daten über die Nutzung der Information, die in weithin anerkannten und verwendeten Industriestandards festgelegt sind, nicht beeinträchtigt. Hierdurch soll vor allem vermieden werden, dass eine Technologie zur Erfassung von Nutzerzugriffen auf die Informationen durch den Cache-Provider unterlaufen wird und dadurch dem Content-Provider¹⁷¹ ein wirtschaftlicher Schaden entsteht, weil z. B. seine Werbeeinnahmen von der

dass das Zugangskontrollsystem wirksam bleibt und nicht etwa hinter der ursprünglichen Sperre liegende Informationen über seinen Server frei zugänglich sind.

¹⁶⁸ *Laga/Sehrschn/Ciresa*, E-Commerce-Gesetz § 15 Rn. 2.

¹⁶⁹ *Sieber/Liesching*, Beilage MMR 8/2007, 1, 19.

¹⁷⁰ Siehe auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 15.01.2008, Az. 20 U 95/07, MMR 2008, 254, 256.

¹⁷¹ Auch wenn die Privilegierung für Cache Provider nicht auf den Dienst von Google (Google Cache) übertragbar ist, sei in diesem Zusammenhang dennoch auf das Verfahren *Blake A. Field v. Google Inc.* (412 F. Supp. 2d 1106 D. Nev. 2006) verwiesen. Das Urteil ist abrufbar unter:

Höhe der Nutzerzugriffe abhängen.¹⁷² Der Cache-Provider hat damit auch dafür Sorge zu tragen, dass die vom Content-Provider und seinen Partnern erlaubterweise verwendeten Cookies auch durch die Zwischenspeicherung und Wiedergabe in den Linkreferenzen der Suchtrefferliste nicht ihrer Funktion beraubt werden.¹⁷³

2.5 Entfernung oder Sperrung von Informationen (§ 15 Nr. 5 ECG)

Der Cache-Provider hat nach § 15 Nr. 5 ECG zur Erhaltung der Haftungsprivilegierung unverzüglich zu handeln, um gespeicherte Informationen zu entfernen oder den Zugang zu ihnen zu sperren, sobald er Kenntnis davon erhält, dass die Informationen am ursprünglichen Ausgangsort der Übertragung aus dem Netz entfernt wurden oder der Zugang zu ihnen gesperrt wurde oder ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde die Entfernung oder Sperrung angeordnet hat.

Ebenso wie bei den Bestimmungen der Access-Provider und der Anbieter von Suchmaschinen spielt die Kenntnis von einer rechtswidrigen Tätigkeit im Zusammenhang mit dem vom Cache-Provider automatisch zwischengespeicherten Informationen für die Frage der Haftungsprivilegierung keine Rolle. Insoweit ist für den Diensteanbieter nur schädlich, wenn er Kenntnis darüber hat, dass eine von ihm zwischengespeicherte Information am ursprünglichen Ausgangsort der Übertragung aus dem Netz entfernt bzw. gesperrt oder dieses angeordnet wurde. Der Begriff „Kenntnis“ ist hierbei in gleicher Weise wie bei Hosting¹⁷⁴ (§ 15 ECG) auszulegen.

Unterschiede ergeben sich lediglich insoweit, als dass aufgrund der Formulierung unklar bleibt, ob für eine mögliche Kenntnis über die rechtswidrigen Informationen bzw. deren Sperrung auf die Daten im Proxy-Cache abgestellt werden muss oder auf die Daten am Ur-

<http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/telecom/fieldvgoogle.pdf>. Bei der Klage ging es um den Vorwurf einer Urheberrechtsverletzung durch Google, nachdem sich im Cache Bilder des Klägers befanden. Das Gericht wies die Klage aus mehreren materiellrechtlichen Gründen ab. Zudem war offensichtlich, dass der Kläger es bewusst darauf angelegt hatte, Google zu verklagen. Wie er vor Gericht selbst zugab, kannte er sich sehr genau mit dem Google Cache aus und wusste auch, wie er verhindern konnte, dass seine Werke dort erscheinen. Trotzdem hat er nicht nur seine Werke im Internet veröffentlicht, sondern sogar in der robots.txt-Datei die Erfassung seiner Webseiten durch Suchmaschinen ausdrücklich erlaubt. Eine Berufung auf eine Rechtsverletzung durch Google sei daher rechtsmissbräuchlich.

¹⁷² Dies betrifft etwa Zugriffszähler, da nach diesen z. B. Werbung abgerechnet wird; vgl. *Zankl*, E-Commerce-Gesetz, § 13 Rn. 202.

¹⁷³ *Hoffmann*, MMR 2002, 284, 287.

¹⁷⁴ Zur Frage nach den Begriffen „Kenntnis“ und „Bewusstsein“ der Rechtswidrigkeit der Informationen und den Anforderungen an ein Tätigwerden des Providers, siehe ausführlich unten B. II. 3.2. Nichtsdestotrotz ist das Caching von einem Host Provider bereits deshalb klar abzugrenzen, weil – im Gegensatz zum Hosting – auch hier eine rein technische, automatische und passive Art der Speicherung vorliegt.

sprungsort. Dem Wortlaut nach ist allein entscheidend, dass der Diensteanbieter Kenntnis von der Sperrung oder Entfernung hat und es damit möglich erscheint, dem Cache-Provider auch dann die Privilegierung zu belassen, wenn er zwar Kenntnis von der Rechtswidrigkeit der Information selbst hat, sich aber darauf berufen kann, dass diese Information am Ursprungsort noch besteht.¹⁷⁵ Dies kann dazu führen, dass der Diensteanbieter selbst dann keinerlei Handlungspflichten besitzt, wenn er positive Kenntnis hat, dass die Informationen in seinem Cache-Speicher Rechte Dritter verletzen. Spindler¹⁷⁶ nimmt dies zum Anlass, auf die Notwendigkeit einer richtlinienkonformen Auslegung der E-Commerce-Richtlinie hinzuweisen, wonach der Provider auch dann haften müsse, wenn die Informationen am Ursprungsort in ihrer ursprünglichen „Form“ noch existieren, er jedoch positive Kenntnis von deren Rechtswidrigkeit besitzt.

Nach Ansicht des Verfassers geht eine solche Sichtweise zu weit. Selbst wenn der Anbieter Kenntnis besitzt, ist ihm eine Löschung der Informationen selbst nicht möglich. Anders als z. B. bei Internetforen kann ein Cache-Provider, der die Daten nur redundant speichert, selbige nicht endgültig aus dem Netz entfernen. Der Anbieter kann nur die Daten löschen, die auf seinem eigenen Server zwischengespeichert sind. Sobald der Provider die Daten – gemäß den übrigen Anforderungen des § 15 Abs. 1 ECG – erneut abrufen, würde der ursprüngliche Zustand wiederhergestellt. Es ist daher allein auf die Kenntnis der Löschung bzw. Sperrung der Daten auf dem Ursprungsort abzustellen.

3. Ausschluss der Verantwortlichkeit bei Speicherung fremder Inhalte (Hosting)

§ 16 ECG regelt in Umsetzung des Art. 14 der E-Commerce-Richtlinie die Möglichkeit einer Privilegierung für die von einem Nutzer eingegebenen Informationen, welche im Auftrag eines Nutzers durch einen Diensteanbieter gespeichert werden.

§ 16 (1) Ein Diensteanbieter, der von einem Nutzer eingegebene Informationen speichert, ist für die im Auftrag eines Nutzers gespeicherten Informationen nicht verantwortlich, sofern er

- 1. von einer rechtswidrigen Tätigkeit oder Information keine tatsächliche Kenntnis hat und sich in Bezug auf Schadenersatzansprüche auch keiner Umstände bewusst ist, aus denen eine rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird, oder,*

¹⁷⁵ In diese Richtung wohl Burgstaller/Minichmayr, E-Commerce-Gesetz, § 16 Rn. 4.

¹⁷⁶ Spindler, in: Spindler/Schmitz/Geis, § 10 Rn. 20 (noch zum TDG).

-
2. *sobald er diese Kenntnis oder dieses Bewusstsein erhalten hat, unverzüglich tätig wird, um die Informationen zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren.*

(2) Abs.1 ist nicht anzuwenden, wenn der Nutzer dem Diensteanbieter untersteht oder von ihm beaufsichtigt wird.

Als Host-Provider werden all jene Provider bezeichnet, deren Tätigkeit darin besteht, die von einem Nutzer eingegebenen Informationen zu speichern, die also Speicherplätze für fremde Inhalte zur Verfügung stellen.¹⁷⁷ Allgemein kann von einem Host-Provider gesprochen werden, wenn dieser fremde Inhalte für Dritte abspeichert¹⁷⁸ und damit nur die technischen Voraussetzungen für die Veröffentlichung oder Speicherung der Daten schafft, mit diesen Daten in keinem sachlichen Zusammenhang steht und hierauf auch keinen Einfluss nimmt.

3.1 Fremdheit der Informationen

Ebenso wie bei § 14 ECG erfordert auch § 16 ECG grundlegend, dass es sich um fremde Inhalte handelt. Für eigene Inhalte, die ein Provider oder Suchmaschinenanbieter bereithält, haftet dieser vollumfänglich nach den allgemeinen Gesetzen.¹⁷⁹ Fremd sind die Inhalte auf jeden Fall dann, wenn diese für Dritte objektiv erkennbar nicht vom Anbieter selbst stammen, sondern von einem mit dem Provider nicht identischen Dritten. Daneben besteht jedoch auch die Möglichkeit, dass ein Anbieter sich die fremden Inhalte zu eigen¹⁸⁰ macht.

Fremde Informationen sind dem Anbieter folglich dann zuzurechnen, wenn sich der Diensteanbieter mit diesen Informationen erkennbar identifiziert oder diese so in sein eigenes Angebot integriert, dass hierdurch der Eindruck entsteht, er präsentiert die Informationen bewusst als Ergänzung seines eigenen Angebots.¹⁸¹ Zu eigen machen bedeutet damit, den Inhalt, auf den verwiesen wird, als seinen eigenen darzustellen, sodass der Nutzer den Inhalt fälschlicherweise dem Anbieter zuordnet. Das OLG Köln¹⁸² hat den Begriff des „zu eigen machens“ zunächst dahin gehend interpretiert, dass eigene Inhalte solche sind, für die der Provider aus Sicht eines objektiven Nutzers Verantwortung tragen will. Hierbei sei entscheidend, welche

¹⁷⁷ ErlRV 817 BlgNR XXI. GP 36.

¹⁷⁸ Zankl, E-Commerce-Gesetz, § 15 Rn. 222.

¹⁷⁹ Das ECG sieht diese Selbstverständlichkeit zwar nicht ausdrücklich vor. Allerdings geht aus der Formulierung der Regelungen über die Verantwortlichkeit der Diensteanbieter eindeutig hervor, dass sich für diesen Fall keine Einschränkung der Verantwortlichkeit ergibt. Zum Bereich der Hyperlinks allgemein, siehe auch Zankl, Haftung für Hyperlinks im Internet, ecoloex 2001, 354, 356.

¹⁸⁰ Vgl. LG Köln, Urt. v. 14.05.2008, Az. 28 O 334/07, MMR 2008, 768, 769; OLG Köln, Urt. v. 28.05.2002, Az. 15 U 221/01, CR 2002, 678, 679 = MMR 2002, 548, 549.

¹⁸¹ Blume/Hammerl, § 17 Rn. 8 f.

¹⁸² OLG Köln, Urt. v. 28.05.2002, Az. 15 U 221/01, CR 2002, 678, 679 = MMR 2002, 548, 549.

Daten der Diensteanbieter vom Dritten zu welchem Zweck übernimmt bzw. speichert und auf welche Art die fremden Inhalte präsentiert werden. Hierauf baute im Anschluss auch ein Teil der Rechtsprechung¹⁸³ in Deutschland auf, indem bei der Frage nach der Abgrenzung von fremden und zu eigen gemachten Inhalten auf den objektiven Blickwinkel eines verständigen Durchschnittsnutzers abgestellt wurde. Es gilt damit auch hier das – nach Ansicht des Verfassers zutreffende – europäische Leitbild eines durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers, den eine gewisse Informationsbeschaffungslast trifft. In diesem Zusammenhang sollen Informationen erkennbar fremd sein, wenn sie in keinem Zusammenhang mit der Tätigkeit des Anbieters stehen. Fehlt eine derartige Erkennbarkeit, verlangen die Gerichte zumindest eine ernsthafte Distanzierung von den fremden Informationen, wobei es nicht ausreichen soll, wenn der Anbieter lediglich die Fremdheit kenntlich macht, indem er z. B. auf die eigene Verantwortung des Content-Providers hinweist.¹⁸⁴

3.2 Kenntnis von Tätigkeiten oder Informationen (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 ECG)

Nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 ECG ist ein Diensteanbieter nicht verantwortlich, wenn er von einer rechtswidrigen Tätigkeit oder Information keine tatsächliche Kenntnis hat.

Das Erfordernis der tatsächlichen Kenntnis wird grundsätzlich eng ausgelegt,¹⁸⁵ wonach eine Haftung nur dann infrage kommt, wenn der Anbieter in Bezug auf die faktische Existenz einer Information tatsächliche, positive Kenntnis der rechtswidrigen Handlung oder Information hat. Ebenso wie in der deutschen Rechtsprechung¹⁸⁶ reicht ein bloßes „Kennen-Müssen“ nicht aus.

Kenntnis erhält der Provider erst im Rahmen der Beanstandung einer bestimmten Information unter konkreter Angabe des entsprechenden Fundortes. Hierfür genügt allerdings nicht der pauschale Hinweis¹⁸⁷ darauf, dass es ggf. bereits in der Vergangenheit zu Rechtsverletzungen

¹⁸³ OLG Brandenburg, Urt. v. 16.12.2003, Az. 6 U 161/02, MMR 2004, 330, 330, mit Anm. *Spindler*; OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.02.2004, Az. I-20 U 204/02, MMR 2004, 315, 317.

¹⁸⁴ Die Gerichte in Deutschland lassen allerdings weitgehend offen, anhand welcher allgemeinen Kriterien die Ernsthaftigkeit der Distanzierung zu bestimmen ist, und verweisen lediglich darauf, dass dies durch eine wertende Betrachtung aller Umstände des Einzelfalls bestimmt werden müsse.

¹⁸⁵ ErlRV 817 BlgNR XXI. GP 37.

¹⁸⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 23.09.2003, Az. VI ZR 335/02, CR 2004, 48 ff., mit Anm. *Spindler* = MMR 2004, 166, 167; ebenso *Laga/Ciresa/Seherschön*, E-Commerce Gesetz § 16 Rn. 3.

¹⁸⁷ Andere Ansicht allerdings *Hoeren*, MMR 2002, 113, 113, Anm. zu OLG Köln, Urt. v. 02.11.2001, Az. 6 U 12/01. *Hoeren* begründet dies mit der allgemeinen Kenntnis des Host Providers – im konkreten Fall – von der Gefährlichkeit des Geschäftsmodells. Hieraus resultiere eine besondere Organisationspflicht des Providers.

gekommen ist. Andernfalls würde dies zu einer Umgehung von § 18 ECG führen. Vielmehr bedarf es der Gewissheit und damit der Wissentlichkeit (i. S. d. § 5 Abs. 3 StGB)¹⁸⁸ über die Sachlage, was nur dann der Fall ist, wenn der Umstand und Erfolg nicht nur für möglich, sondern der Eintritt des rechtlichen Erfolges gewiss ist. Neben der positiven Kenntnis des Diensteanbieters bedarf es indes auch der Kenntnis von der Rechtswidrigkeit der Tätigkeiten und Informationen. Bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit durch den Host-Provider muss ein rechtliches Laienverständnis zugrunde gelegt werden. Wie bereits zuvor dargelegt, ist von positiver Kenntnis auszugehen, wenn die Rechtswidrigkeit der Handlung und der Information für einen juristischen Laien ohne Nachforschungen offenkundig bzw. erkennbar i. S. d. § 9 Abs. 2 StGB ist.¹⁸⁹

3.3 Bewusstsein von Umständen und Tatsachen (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 ECG)

§ 16 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2 ECG versteht sich als Durchbrechung der horizontalen Haftungsbefreiung, wonach ein Host-Provider zumindest dann schadenersatzrechtlich in Anspruch genommen werden kann, wenn dieser zwar keine tatsächliche Kenntnis einer rechtswidrigen Tätigkeit oder Information hat, ihm aber Tatsachen oder Umstände bewusst sind, aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird.¹⁹⁰

Der Provider muss dementsprechend konkrete Hinweise auf bestimmte Inhalte bekommen, die so präzise sind, dass die Identifizierung der rechtswidrigen Inhalte und deren Auffinden schnell und ohne großen Aufwand möglich sind. Abzustellen ist insoweit auf eine „bewusste (grobe) Fahrlässigkeit“¹⁹¹ in Bezug auf die Rechtswidrigkeit. Entscheidend ist damit, dass für den Anbieter die rechtswidrigen Inhalte förmlich auf der Hand liegen,¹⁹² mithin offensichtlich sind.

Das LG Köln¹⁹³ war in diesem Zusammenhang der Auffassung, dass ein Schadenersatzanspruch dann gegeben ist, wenn die Informationen und Tatsachen, die auf dem Portal des Host-Providers veröffentlicht werden, „hoch sensibel“ sind und in gravierender Weise in die Rechte

¹⁸⁸ Zankl, E-Commerce-Gesetz, § 16 Rn. 235.

¹⁸⁹ ErlRV 817 BlgNR XXI. GP 37; Zankl, E-Commerce-Gesetz, § 16 Rn. 236.

¹⁹⁰ ErlRV 817 BlgNR XXI. GP 37.

¹⁹¹ Zankl, E-Commerce-Gesetz, § 16 Rn. 241; Zankl, *ecolex* 2005, 202, 203; Matthies, *Providerhaftung für Online-Inhalte*, S. 233. Ebenso Blume/Hammerl, § 16 Rn. 16 und 21; siehe auch Kasper, *Die privatrechtliche Haftung des Host-Providers für fremde Inhalte und Delikte (Dipl.)*, S. 22, 23.

¹⁹² Zum alten TDG siehe auch Sobola/Kohl, *CR* 2005, 443, 447.

¹⁹³ LG Köln, Urt. v. 26.11.2003, Az. 28 O 706/02, *CR* 2004, 304, 305 = *MMR* 2004, 183, 184 f. mit Anm. Christiansen.

des Betroffenen eingreifen können. In einem solchen Fall muss bei der Verbreitung auf dem Portal des Anbieters von Offensichtlichkeit¹⁹⁴ der rechtswidrigen Handlung ausgegangen werden. Der Host-Provider hat in einem solchen Fall geeignete Vorkehrungen zu treffen, damit keine Rechtsverletzungen eintreten können. Abgesehen davon, dass in dem Verfahren vor dem LG Köln die „Offensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit“ nach Ansicht des Verfassers nicht „auf der Hand lag“, widerspricht diese Darstellung dem Grundsatz, wonach dem Diensteanbieter keine Such- und Überwachungspflichten¹⁹⁵ (§ 18 ECG) auferlegt werden dürfen.

Eine Haftung auf Schadenersatz kommt damit dann in Betracht, wenn dem Provider bewusste, grobe Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann und sich die Rechtswidrigkeit der Tatsachen oder Umständen auch ohne Kenntnis durch weitere Nachforschungen geradezu aufdrängen muss.

3.4 Kenntnis oder Bewusstsein (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 ECG)

Gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 2 ECG kann ein Diensteanbieter die Privilegierung des § 16 Abs. 1 Nr. 2 ECG auch dann in Anspruch nehmen, wenn dieser tatsächliche Kenntnis von einer rechtswidrigen Tätigkeit oder Information oder von Umständen oder Tatsachen hat, die eine rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich werden lassen, er nach Erhalt dieser Kenntnis allerdings unverzüglich – i. S. v. „ohne schuldhaftes Zögern“¹⁹⁶ – die nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 ECG notwendigen Maßnahmen ergreift. Der Host-Provider muss demnach die Informationen unverzüglich löschen bzw. den Zugang zu ihnen sperren, sodass diese nicht mehr von den Internetnutzern aufgerufen werden können.

Hierfür ist ebenfalls erforderlich, dass dem Provider alle Informationen zur Verfügung gestellt werden, die ihn in die Lage versetzen, umfassend zu handeln. Das bedeutet, dass dem Diensteanbieter der konkrete Fundort der Information sowie Ausführungen zur Rechtswidrigkeit mitgeteilt werden müssen.

§ 16 ECG räumt dem Host-Provider zudem die Möglichkeit einer Interessenabwägung ein, wonach die Zumutbarkeit der Sperrung von Inhalten zu berücksichtigen ist. Im Rahmen dieser

¹⁹⁴ Dem Host Provider wurde vorliegend die Tatsache zum Verhängnis, dass er das Internetportal vor ehrverletzenden Äußerungen freihalten wollte und daher manuelle Vorprüfungen durchführte. Die streitgegenständliche Darstellung wurde jedoch gerade nicht als rechtsverletzend angesehen. Damit habe der Anbieter allerdings von Umständen Kenntnis erlangt, aus denen eine rechtswidrige Handlung offensichtlich gewesen sei.

¹⁹⁵ OGH, v. 11.12.2003, 6 Ob 218/03g, 6 Ob 274/03t; siehe hierzu auch LG Düsseldorf, Urt. v. 29.10.2002, Az. 4a O 464/01, CR 2003, 221, 227 = MMR 2003, 120, 126.

¹⁹⁶ ErlRV 817 BlgNR XXI. GP 36. Das OLG Saarbrücken, Beschl. v. 29.10.2007, Az. 1 W 232/07, MMR 2008, 343, 344, hielt einen Zeitraum von 14 Tagen im konkreten Fall für gerade noch ausreichend.

Interessenabwägung sind insbesondere die Art und Schwere des Verstoßes sowie die mit der Löschung oder Sperrung einhergehenden Beeinträchtigungen von Rechtsgütern¹⁹⁷ gegeneinander abzuwägen. Stadler¹⁹⁸ spricht hier bei der Sperrung eines Dienstes wegen eines rechtswidrigen Inhalts auch von „ultima ratio“. Auf jeden Fall erfordert eine Sperrung oder Löschung, dass jeglicher Zugang Dritter zu dem Inhalt verhindert wird.¹⁹⁹

4. Umfang der Pflichten des Suchmaschinenanbieters, § 18 ECG

Nach § 18 Abs. 1 ECG sind die in den §§ 13 bis 17 ECG genannten Anbieter nicht verpflichtet,²⁰⁰ vorweg die von ihnen gespeicherten, übermittelten oder zugänglich gemachten Informationen zu überwachen. Damit trifft den Diensteanbieter auch keine Verpflichtung, von sich aus einer allenfalls rechtswidrigen Tätigkeit von Nutzern, die seine Dienste in Anspruch nehmen, nachzugehen oder vorweg zu kontrollieren.²⁰¹ § 18 ECG lautete auszugsweise:

§ 18 (1) Die in den §§ 13 bis 17 genannten Diensteanbieter sind nicht verpflichtet, die von ihnen gespeicherten, übermittelten oder zugänglich gemachten Informationen allgemein zu überwachen oder von sich aus nach Umständen zu forschen, die auf rechtswidrige Tätigkeiten hinweisen.

5. Privilegierung und Unterlassungsansprüche

Sowohl in der deutschen als auch in der österreichischen Literatur und Rechtsprechung wird immer wieder die Frage nach der Möglichkeit einer Haftungsprivilegierung für Unterlassungsansprüche problematisiert.

5.1 Anwendbarkeit

Gemäß Art. 12 Abs. 3, Art. 13 Abs. 2 und Art 14 Abs. 3 der E-Commerce-Richtlinie werden keine Vorgaben hinsichtlich der nach den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten den zuständi-

¹⁹⁷ Zankl spricht sich in diesem Zusammenhang dafür aus, dass eine Verpflichtung zur Löschung und Sperrung dann besteht, wenn die Rechtsverletzung so evident ist, dass das Recht der freien Meinungsäußerung demgegenüber erkennbar zurücktreten muss (Zankl E-Commerce-Gesetz, § 16 Rn. 239). Ähnlich OLG Saarbrücken, Beschl. v. 29.10.2007, Az. 1 W 232/07, MMR 2008, 343, 344, das feststellte, dass das Merkmal der Unverzüglichkeit bei der Entfernung des beanstandeten Inhalts im Sinne eines Verschuldens zu verstehen ist. Folglich sind auch konkrete Zumutbarkeitsfragen zu erörtern. Sofern es nicht um die Verletzung hochrangiger Güter geht, kann der Anbieter grundsätzlich zunächst den Nutzer zur Stellungnahme und Entfernung des Inhalts auffordern.

¹⁹⁸ Stadler, Haftung für Informationen im Internet, Rn. 109.

¹⁹⁹ Vgl. LG Berlin, Beschl. v. 10.12.2001, Az. 16 O 69/01, MMR 2002, 399, 400.

²⁰⁰ Die Richtlinie hindert die Mitgliedstaaten in Art. 15 Abs. 1 daran, eine allgemeine Überwachungspflicht der Access oder Host Provider für die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen vorzusehen. Auch können die Mitgliedstaaten diese Provider nicht dazu verpflichten, von sich aus Umstände über eine allenfalls rechtswidrige Tätigkeit zu ermitteln.

²⁰¹ ErlRV 817 BlgNR XXI. GP Erläut. 1 zu § 18.

gen Behörden oder Gerichten zustehenden Möglichkeiten gemacht, von einem Provider das Abstellen oder Verhindern einer Rechtsverletzung zu verlangen. Hieraus folgend, soll gemäß § 19 ECG die Möglichkeit für Gerichte und Verwaltungsbehörden, die Unterlassung, Beseitigung und Verhinderung von Rechtsverletzungen zu verlangen, nicht durch die Regelungen der §§ 13 bis 18 unterlaufen werden können. § 19 ECG lautet wie folgt:

§ 19 (1) Die §§ 13 bis 18 lassen gesetzliche Vorschriften, nach denen ein Gericht oder eine Behörde dem Diensteanbieter die Unterlassung, Beseitigung oder Verhinderung einer Rechtsverletzung auftragen kann, unberührt.

(2) Abs. 1 sowie die §§ 13 bis 18 sind auch auf Anbieter anzuwenden, die unentgeltlich elektronische Dienste bereitstellen.

Der Regelungstatbestand des § 19 Abs. 1 ECG umfasst dabei gleichermaßen die zivilrechtliche Inanspruchnahme von Providern durch die ordentlichen Gerichte als auch deren Inanspruchnahme nach dem österreichischen Sicherheitspolizei- und Strafverfahrensrecht.²⁰² Un-
erheblich ist insoweit, ob der Diensteanbieter von der von ihm vermittelten Tätigkeit oder Information tatsächlich Kenntnis hat oder diese kennen muss.²⁰³

Die bereits angesprochenen Haftungsfreistellungen sollen damit der Befugnis von Gerichten und Behörden, zivilrechtliche Unterlassung, Beseitigung und Verhinderung von Rechtsverletzungen zu verlangen, nicht entgegenstehen. Die Bestimmung setzt jedoch voraus, dass ein Gericht oder eine Behörde berechtigt ist, einem Anbieter aufgrund einer gesetzlichen Vorschrift diese Verpflichtungen aufzutragen. § 19 ECG selbst kann nämlich eine solche Befugnis zur Löschung und Sperrung nicht herleiten.

Auch wenn die Regelung des § 19 Abs. 1 ECG im Hinblick auf den Ausschluss der Privilegierung von Unterlassungsansprüchen von Gesetzes wegen eindeutig ist, wurde des Öfteren – sowohl in der österreichischen als auch in der deutschen Literatur – die Frage aufgeworfen, ob der Ausschluss der Privilegierung von Unterlassungsansprüchen mit den Vorgaben und Zielen der E-Commerce-Richtlinie in Einklang zu bringen sei. Hierbei wird zum einen ein systematischer Wertungswiderspruch zu den Vorgaben des Art. 15 Abs. 1 ECRL vorgebracht,²⁰⁴ da Art. 15 Abs. 1 ECRL den Mitgliedstaaten gebietet, den Diensteanbietern keine allgemeine Verpflichtung aufzuerlegen, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu

²⁰² Zankl, E-Commerce-Gesetz, § 19 Rn. 293 ff.; Burgstaller/Minichmayr, E-Commerce-Gesetz, § 19 Rn. 2.

²⁰³ Blume/Hammerl, § 19 Rn. 2; Zankl, E-Commerce-Gesetz § 19 Rn. 297 ff.

²⁰⁴ Siehe hierzu die Nachweise bei Hasberger/Semrau-Deutsch, ecolex 2005, 197, 198 (Fn 7); Schanda, ecolex, 2001, 921, 922; Berger/Janal, CR 2004, 917, 919; Rücker, CR 2005, 347, 348.

überwachen oder aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen. Sofern nun ein Diensteanbieter von einem Gericht zur Unterlassung von (kerngleichen) Verstößen verpflichtet wird, so käme dies dem faktischen Zwang gleich, die von den Nutzern gespeicherten Informationen aktiv auf derartige Rechtsverletzungen hin zu untersuchen.²⁰⁵ Nach Ansicht dieser Vertreter steht die Unterlassungsanordnung damit in direktem Widerspruch zum Verbot der allgemeinen Überwachungspflicht.

Daneben werden auch die Grundlagen des DMCA angeführt. Wie zuvor dargestellt, basieren die Haftungsprivilegierungen der E-Commerce-Richtlinie auf dem Vorbild des US-amerikanischen Digital Millenium Copyright Act. Nach 17 U.S. 512 (j) ist eine Unterlassungsverfügung hier nur insoweit zulässig, als der Diensteanbieter lediglich den Zugang zu rechtsverletzenden Inhalten sperren muss, die sich an einer konkret zu bestimmenden Stelle im Netzwerk des Anbieters befinden (an order restraining the service provider from providing access to infringing material or activity residing at a particular online site on the provider's system or network). Hieraus folgend, soll demnach klar werden, dass Art. 14 Abs. 3 ECRL keinesfalls Unterlassungsanordnungen allgemeiner Art, sondern lediglich Beseitigungsansprüche von der Haftungsprivilegierung für Diensteanbieter nach Art. 14 Abs. 1 ECRL ausnehmen will.

Die Gegenansicht²⁰⁶ lehnt hingegen nicht zuletzt aufgrund der eindeutigen Gesetzeslage die Anwendbarkeit der Privilegierungsvorschriften auf Unterlassungsansprüche ab.

5.2 Rechtslage in Deutschland

In Deutschland ist die Anwendbarkeit des TMG auf Unterlassungsansprüche aufgrund einer fehlenden Regelung ebenfalls umstritten. Die überwiegende Rechtsprechung und wohl auch die herrschende Meinung der Literatur gehen von einer Nichtanwendbarkeit aus.²⁰⁷

²⁰⁵ Das OLG Hamburg hat in einer bis dato noch unveröffentlichten Entscheidung Google im Wege einer einstweiligen Verfügung verpflichtet, eine Verlinkung auf eine deutsche Webseite mit strittigen Tatsachenbehauptungen nicht nur aus der deutschen Domain (.de) der Suchmaschine herauszunehmen, sondern auch aus dem internationalen Angebot unter der .com-Adresse, vgl. hierzu Heise vom 24.03.2010, abrufbar unter: <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Google-Justiziar-beklagt-anmassende-deutsche-Gerichtsurteile-963121.html>. Kurioserweise bleibt die Darstellung unter der Top-Level-Domain .at bestehen.

²⁰⁶ Vgl. nur *Zankl*, E-Commerce-Gesetz, § 19 Rn. 296; *Zankl*, *ecolox* 2004, 361, 361; *Burgstaller/Minichmayer*, E-Commerce-Gesetz, § 19 Anm. Rn 2; *Laga/Seherschön/Ciresa*, E-Commerce Gesetz, § 19 Kom. Rn. 1; siehe auch *Pilcher*, *ecolox* 2007, 189, 190. Ebenso zuletzt OGH, v. 21.12.2006, 6 Ob 178/04a, *ecolox* 2007, 190 ff. Siehe zuvor aber auch, OGH, v. 06.07.2004, 4 Ob 66/04, MR 2004, 274 ff. (Hasberger) = RdW 2004, 666 ff. = *ecolox* 2004, 799 ff. (Tonninger), in dem das Gericht zumindest den Auffassungen der Vorinstanzen – die allesamt eine Privilegierung für Unterlassungsansprüche angenommen hatten – nicht widersprach, sich jedoch letztlich nicht abschließend erklären musste, da eine Haftung nach allgemeinen Aspekten auschied.

In den beiden Grundsatzurteilen *Internetversteigerung I*²⁰⁸ und *Internetversteigerung II*²⁰⁹ hat sich der BGH mit Fragen der Verantwortlichkeit von Betreibern von elektronischen Handelsplattformen auseinandergesetzt. In beiden Fällen hat das Gericht entschieden, dass die Haftungsprivilegierung für Host-Provider nur die zivilrechtliche Schadenersatzhaftung und die strafrechtliche Verantwortlichkeit betreffen und auf Unterlassungsansprüche nicht anwendbar sind. Zur Begründung verweist der BGH einerseits auf den Wortlaut des § 10 TMG, der insoweit – vergleichbar mit dem ECG – nur von dem Begriff „Verantwortlichkeit“²¹⁰ spricht, jedoch keinerlei Aussage darüber enthält, ob ein Diensteanbieter nach allgemeinen deliktischen Maßstäben als Störer auf Unterlassung genommen werden kann. Mit Urteil des BGH²¹¹ in der Sache *Internetversteigerung III* vom 30.04.2008 wurde diese Linie bestätigt.

III. **Rechtsverletzung durch Google Snippets**

Gegenstand der rechtlichen Diskussion um eine mögliche Verantwortlichkeit der Suchmaschine Google waren zuletzt u. a. die Auszüge der verlinkten Inhalte in den Suchergebnissen, die sog. Snippets.

Das Ergebnis einer Suchanfrage gestaltet sich in der Regel derart, dass in der ersten Zeile des Treffers der Titel der indexierten Website erscheint und dieser Titel zugleich den Link auf die Seite des jeweiligen Content-Anbieters darstellt. Unterhalb dieses Links befindet sich zumeist eine kurze Zusammenstellung von Textpassagen oder Begriffen (Snippets, Abstracts), die in der aufgeführten Webseite auftauchen. Snippets erlauben hierdurch in der Regel eine grobe Einschätzung der auf der Seite zum Abruf bereitgehaltenen Informationen, deren Text dem o. g. Description Metatag der Seite entnommen sein kann. Daneben können die Snippets aus Satzbruchstücken bestehen, die in direktem örtlichen Zusammenhang mit dem Suchbegriff des Nutzers stehen. Google zielt darauf ab, mithilfe der Snippets einen möglichst sinnvollen und möglichst aussagekräftigen Eintrag zu generieren, da die Qualität dieses Snippets letztlich auch ein Qualitätsmerkmal der Suchmaschine selbst ist. Je genauer und aussagekräftiger der

²⁰⁷ Vgl. die Rechtsprechungsübersicht bei Ott, GRUR Int. 2007, 14, 16 (Fn. 59).

²⁰⁸ BGH, Urt. v. 11.03.2004, Az. I ZR 304/01, MMR 2004, 668 ff. = K&R 2004, 486 ff. – *Internetversteigerung*.

²⁰⁹ BGH, Urt. v. 19.04.2007, Az. I ZR 35/04, MMR 2007, 507 ff. = K&R 2007, 387 ff. – *Internetversteigerung II*.

²¹⁰ Lehment, GRUR 2005, 210, 210; siehe hierzu aber auch OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.02.2009, Az. I-20-U 204/02, K&R 2009, 338, 338 mit Anm. Wäßle. Hier verneinte das Gericht eine Haftung des Marktplatzbetreibers, was damit begründet wurde, dass der Anspruchsteller seine vorherige Abmahnung nicht hinreichend konkretisiert hatte.

²¹¹ BGH, Urt. v. 30.04.2008, Az. I ZR 73/05, MMR 2008, 531 ff. = K&R 2008, 435 ff. – *Internetversteigerung III*.

Snippet ist, desto komfortabler ist die Suche und damit die Nutzung der Suchmaschine. Dies führt im Ergebnis wiederum zu mehr Nutzern und damit zu der Möglichkeit, einem breiteren „Publikum“ Werbeanzeigen von Kunden zu präsentieren.

Diese Snippets werden – ebenso wie die Treffer selbst – von der Suchmaschine automatisiert aus dem zuvor generierten Index der verlinkten Seiten erstellt, wobei der genaue Inhalt und die Zusammenstellung der Snippets innerhalb der Trefferanzeige dem Algorithmus der Suchmaschine unterliegen.²¹² Der Betreiber einer Internetseite hat damit, abgesehen von einer gewissen Steuerung durch die Formulierung im Description Metatag, keinen unmittelbaren Einfluss darauf, welche Textausschnitte letztlich angezeigt werden.

Das Problem, das sich im Zusammenhang mit der Erstellung dieser Snippets ergeben kann, liegt nun darin, dass durch die automatisierte Zusammenstellung von Wörtern und Satzteilen ein Gesamtkontext entstehen kann, der mit der tatsächlichen Aussage und Information auf der Seite des Anbieters nicht übereinstimmt. So kam es z. B. in den Niederlanden²¹³ zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung, weil die Snippets im Suchergebnis von Google den Betrachter zu der Annahme verleiten konnten, die im Suchergebnis genannte und gesuchte Person sei zahlungsunfähig. Eine solche Aussage wurde jedoch durch den Anbieter der Website selbst weder behauptet, noch auf seiner Seite verbreitet. Die Darstellung resultierte vielmehr aus der zufälligen Zusammenstellung von Aussagen und Worten auf der Webseite. Ein solches Ergebnis ist durchaus nicht ungewöhnlich, da bei der Erstellung der Snippets oftmals Begriffe wie z. B. „nicht“ oder „und“ gelöscht werden bzw. hierauf bei der Indexierung verzichtet wird.²¹⁴ Hierdurch kann einer Aussage ein diametral entgegengesetzter Inhalt zukommen.

Bevor auf die Frage eingegangen wird, ob Google für die Darstellung bzw. den Inhalt dieser Snippets zur Verantwortung gezogen werden oder die Möglichkeit einer Privilegierung für diesen Bereich in Anspruch nehmen kann, bedarf es zunächst der Prüfung, ob und unter welchen Voraussetzungen die Snippets überhaupt eine Rechtsverletzung darstellen können.

²¹² Schuster, CR 2007, 443, 444.

²¹³ Die Entscheidung ist abrufbar unter:

http://www.boek9.nl/www.delex-backoffice.nl/uploads/file/Boek9%20/Boek%209%20Uitspraken/Diver-sen/Klup_nl.pdf.

²¹⁴ Das niederländische Gericht nahm eine Haftung des Websitebetreibers an und begründete dies u. a. damit, dass er die Seite für Google optimiert hatte und folglich von dem Ergebnis des Suchmaschinentreffers profitierte.

1. Aussagegehalt von Snippets

Die „Snippet-Problematik“ stellt sich besonders im Bereich von potenziellen Persönlichkeitsrechtsverletzungen oder bei möglichen geschäfts- und kreditschädigenden Darstellungen. Zentrale Frage ist damit zunächst, inwieweit durch die automatisierte Auswertung des Internets und die daraus folgende, verkürzte und auszugsweise Darstellung von fremden Inhalten ein eigener Aussagegehalt mit rechtsverletzendem Inhalt geschaffen werden kann.

Um in dem Snippet überhaupt eine Rechtsverletzung erkennen zu können, bedarf es zunächst der Betrachtung des konkreten Inhalts der in dem Snippet befindlichen Darstellung. Oftmals ergibt sich ein möglicher rechtsverletzender Inhalt erst bei Betrachtung und Kombination der teils fett hervorgehobenen Suchbegriffe in den Snippets oder auch durch den Inhalt ganzer Satzstücke.

Bei der Bewertung des Textauszuges ist von dem Verständnis eines durchschnittlich informierten und objektiven Internetnutzers auszugehen und damit maßgeblich, welchen Erklärungsgehalt der Snippet nach dem Verständnis eines „unvoreingenommenen und verständigen“ Betrachters hat.²¹⁵ Von einer rechtsverletzenden Aussage ist dabei auszugehen, wenn objektiv der Eindruck gewonnen werden kann, dass die Aussage die Achtung einer Person berühren oder den Kredit eines Unternehmens schädigen kann. Hierbei spielt zunächst der Umstand, dass die Darstellung möglicherweise im Wege eines automatisierten Verfahrens erfolgt und generiert wird, keine Rolle. Ein konkreter Wille, eine Aussage mit einem bestimmten Inhalt zu treffen, ist bei der Frage nach der generellen Verletzung des Persönlichkeitsrechts nicht erforderlich.²¹⁶ Insbesondere deutsche Gerichte hatten sich mit der Bewertung solcher Snippets zu beschäftigen.

In dem Verfahren vor dem LG Hamburg²¹⁷ ging es um Snippets, die bei Eingabe des Namens des Betroffenen im Titel u. a. Begriffe wie „Immobilienbetrug“, „Betrug“, „Machenschaften“ und „Nigeria Betrug“²¹⁸ beinhalteten. Im zuvor ergangenen einstweiligen Verfügungsverfahren

²¹⁵ Schuster, CR 2007, 443, 445, mit Hinweis auf die Rechtsprechung des dBVerfG, Beschl. v. 10.10.1995, Az. 1 BvR 1476/91, 1 BvR 1980/91, 1 BvR 102/92, NJW 1995, 3303, 3307 f.

²¹⁶ Schuster, CR 2007, 443, 445; KG Berlin, Beschl. v. 03.11.2009, Az. 9 W 196/09.

²¹⁷ LG Hamburg, Urt. v. 09.01.2009, Az. 324 O 867/06, BeckRS 2009, 05384, sowie das vorangegangene einstweilige Verfügungsverfahren in dieser Sache, OLG Hamburg, Urt. v. 20.02.2007, Az. 7 U 126/06, K&R 2007, 210 ff. = CR 2007, 330 ff.

²¹⁸ Die beanstandeten Suchergebnisse stellten sich konkret wie folgt dar:
„N. Betrug – g. Finanzforum Thema: D. + A. K. + Immobilien zion 23 Antworten: 8 Aufrufe: 6782, Beitrag Forum: Immobilie – D. verfasst am Mo. Jan. 09 ... www.g..net/insider-foren/N.+Betrug/N.+Betrug.htm – 60k – Im Cache – Ähnliche Seiten; Machenschaften – g. Finanzforum;

ren vertrat zunächst die erste Instanz²¹⁹ die Ansicht, dass in der Darstellung dieses Snippets ein eigener, rechtsverletzender Aussagegehalt liege. Hierbei sei insbesondere zu berücksichtigen, dass der Durchschnittsverbraucher nicht zwingend wisse, auf welche Weise die ihm bei seiner Suchanfrage präsentierten Snippets erstellt werden. Daher würden die Nutzer der Suchmaschine in der verkürzten Darstellung der Snippets auch eine konkrete Aussage erkennen. Hierauf basierend, bejahte das Gericht auch eine Störerhaftung von Google, da schon die auf dessen eigener Internetseite als Suchergebnisse erscheinenden Äußerungen das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen verletzen würden. Google sei zudem auch selbst als Urheber dieser persönlichkeitsrechtlichen Äußerungen zu bewerten, da der Suchmaschinenanbieter die einzelnen Textpassagen als Snippet zusammengesetzt hat.

Das OLG Hamburg²²⁰ hob dieses Urteil in der Berufung nicht nur im Hinblick auf die Frage nach einer Persönlichkeitsrechtsverletzung in Form des gegenständlichen Snippets, sondern auch bezüglich einer Störerhaftung von Google auf. Im Gegensatz zum Ausgangsgericht war der Senat hier der Auffassung, dass der objektive Betrachter bei diesem Snippet keine inhaltliche, rechtsverletzende Aussage erkenne, sondern diese Darstellung lediglich als inhaltsneutrale Wiedergabe eines Zitats der Originalquelle versteht. Die Snippets enthielten keine Aussage darüber, ob der Betroffene Täter oder Teilnehmer des in der Überschrift genannten Delikts sei. Ein solches, den Betroffenen belastendes Verständnis lag nach Auffassung der Richter bereits deshalb fern, weil es sich um das Ergebnis einer automatisierten Suchmaschine handelt, deren Darstellung jedoch – für den Nutzer insoweit offenkundig – nicht auf der intellektuellen Leistung eines Menschen beruhe, sondern auf einem automatisierten Vorgang eines

Thema: D. + A. K. + Immobilien zion 23 Antworten: 8 Aufrufe: 6790, Beitrag Forum: Immobilie – D. verfasst am Mo. Jan. 09 ...

www.g..net/insider-foren/Machenschaften/Machenschaften.htm – 59k – Im Cache – Ähnliche Seiten Betrug – g. Finanzforum;

Thema: D. + A. K. + Immobilien zion 23 Antworten: 8 Aufrufe: 6787, Beitrag Forum: Immobilie – D. verfasst am Mo. Jan. 09 ...

www.g..net/insider-foren/Betrug/Betrug.htm – 59k – Im Cache – Ähnliche Seiten – Immobilienbetrug – g. Finanzforum;

Thema: D. + A. K. + Immobilien toby24 Antworten: 5 Aufrufe: 5355, Beitrag Forum: Immobilie – D. verfasst am Fr. Dez. 02 ...

www. g..net/insider-foren/Immobilienbetrug/Immobilienbetrug.htm – 32k – Im Cache – Ähnliche Seiten.“

²¹⁹ LG Hamburg, Urt. v. 28.04.2006, Az. 324 O 993/05.

²²⁰ OLG Hamburg, Urt. v. 20.02.2007, Az. 7 U 126/06, K&R 2007, 210 ff. Dieses Verfahren betraf ebenfalls noch das einstweilige Verfügungsverfahren.

Programms. Deshalb sei für den Betrachter auch keine inhaltliche Aussage in dem Snippet zu erkennen.²²¹

Auch wenn das Urteil im Ergebnis Zustimmung erhält, so erscheint die Begründung doch wohl zumindest fragwürdig. Nach Ansicht des Verfassers geht die Begründung, eine Persönlichkeitsrechtsverletzung scheitere u. a. an der Automatisierung des Darstellungsprozesses, zu kurz. Für die Frage nach einer Rechtsverletzung stellt dies ebenso wenig ein entscheidendes Kriterium dar wie der Umstand, dass die Darstellung nicht auf einer intellektuellen Leistung eines Menschen beruht. Diese Aspekte können vielmehr bei der Frage nach einer möglichen Verantwortlichkeit von Google diskutiert werden. Bei der objektiven Bewertung des Snippets sollten diese Aspekte indes keine Rolle spielen. Der durchschnittlich informierte und objektive Nutzer einer Suchmaschine weiß zwar womöglich nicht, wie der Snippet oder der Suchtreffer im Einzelnen technisch entsteht. Er wird hiervon losgelöst jedoch immer den Gesamtkontext des lesbaren Auszugs bewerten. Aus diesem Grund erscheint es durchaus denkbar, dass der Suchmaschinennutzer eine Persönlichkeitsrechtsverletzung auch dann erkennen kann, wenn ihm die Tatsache bewusst ist, dass der Snippet von Google automatisch erstellt worden ist. Der Nutzer wird die konkret wahrnehmbare Darstellung des Treffers als Ergebnis seiner Suchanfrage verstehen, deren Kriterien von den Suchparametern der Suchmaschine festgelegt werden.

Die Hamburger Richter wiesen darauf hin, dass einem Snippet möglicherweise dann ein eigener Aussagegehalt beigemessen werden kann, wenn der Text ganze Sätze wiedergibt.²²² Dieser Darstellung ist durchaus zuzustimmen, geht jedoch nach Ansicht des Verfassers nicht weit genug. Sofern der Snippet „ganze Sätze“ enthält, wird – für den objektiven Betrachter – eine mögliche Rechtsverletzung eventuell klarer erkennbar sein. Allerdings würde auch in diesem Fall die Erkenntnis für den Betrachter bestehen bleiben, dass diese „Form der Snippets“ au-

²²¹ Dieser Auffassung und Darstellung folgte im Anschluss daran auch das vorgenannte LG Hamburg, Urt. v. 09.01.2009, Az. 324 O 867/06, BeckRS 2009, 05384 im Hauptsacheverfahren. Es sei, so das Gericht, für jedermann offensichtlich, dass eine Suchmaschine, die weite Teile des Internets mit milliardenfachen Websites erfasse, die gefundene Seite ohne menschliche Einwirkung nach darin vorkommenden Begriffen erfasse, registriere und bei Aufruf darin vorhandener Begriffe ihre Internetadresse zusammen mit einzelnen Textteilen anzeige. Mit dem Suchergebnis verbinde sich insbesondere dann keine inhaltliche Aussage, wenn darin nicht ganze Sätze der gefundenen Seite, sondern lediglich einzelne Worte als „Schnipsel“ (Snippets) aufgeführt würden.

²²² Im vorliegenden Fall mussten sich das OLG Hamburg sowie das LG Hamburg (im anschließenden Hauptsacheverfahren) mit dieser Frage indes nicht weiter beschäftigen, da nach deren Ansicht ein solcher Zusammenhang aufgrund der einzelnen Wortverbindungen nicht hergestellt werden konnte.

tomatisiert²²³ von der Suchmaschine erstellt worden sind. Weshalb dies dann für die Frage nach der Bewertung des Snippets im Hinblick auf eine Rechtsverletzung anders zu beurteilen wäre, erschließt sich nicht.

In einem ähnlichen Verfahren lehnte auch das OLG Stuttgart²²⁴ das Vorliegen eines konkreten Aussagegehalts²²⁵ in dem Snippet ab. Auch hier stellte das Gericht fest, dass der durchschnittliche Nutzer einer Suchmaschine davon ausgeht, dass die Suchergebnisse bzw. die Textauszüge nicht auf einer intellektuellen Leistung von Menschen beruhen, sondern aufgrund eines automatisierten Vorgangs zustande kommen. Auch hier sei für den Betrachter erkennbar gewesen, dass die konkrete Aneinanderreihung der Wörter keinen Aussagegehalt über den Kläger in diesem Verfahren besitze.

Bei der Bewertung des jeweiligen Snippets ist damit insgesamt eine objektive Gesamtbetrachtung der dargestellten Wörter und Textpassagen vorzunehmen. Nach der veranschaulichten Sichtweise ist eine Rechtsverletzung jedoch auch dann möglich, wenn lediglich einzelne Begriffe in dem Ausschnitt erscheinen. Der Umstand, dass der Betrachter dieses Snippets weiß, dass die Suchergebnisse nicht auf der intellektuellen Leistung von Menschen beruhen, sondern aufgrund eines automatisierten Vorgangs zustande kommen, ändert hieran wohl nichts. Man stelle sich den in der Trefferliste erscheinenden Ausschnitt nur dergestalt vor, dass bei Eingabe eines Namens in die Suchmaschine Begriffe wie „Kinderpornografie“, „Straftat“, „Verurteilung“ und „Kinderschänder“ in einem sonst unscheinbaren Snippet erscheinen, die lediglich daraus resultieren, dass die gesuchte Person z. B. ein angesehener und erfolgreicher Staatsanwalt ist, der vehement gegen die „Straftat“ der „Kinderpornografie“ ermittelt und aufgrund der Ermittlungen bereits einen Ring von „Kinderschändern“ zerschlagen hat, was letztlich zu einer „Verurteilung“ der Täter geführt hat. Es ist wohl ohne Weiteres denkbar, dass hier bei objektiver Betrachtung ein Aussagegehalt entsteht, der den Betroffenen in seinem Ansehen schädigt, auch wenn die Wörter nur „wahllos“ aneinandergereiht worden sind und keine zusammenhängenden Textpassagen ergeben. Insoweit spielt hier der Umstand, dass der Auszug automatisiert generiert wurde, keine Rolle. Man könnte diesen Fall auch noch

²²³ In diese Richtung jüngst KG Berlin, Beschl. v. 03.11.2009, Az. 9 W 196/09: „Dass der Sucheintrag automatisch generiert wurde, ist unerheblich. Denn der Wille, eine Aussage mit einem bestimmten Inhalt zu treffen, ist für die Verletzung des Persönlichkeitsrechts nicht erforderlich.“

²²⁴ OLG Stuttgart, Urt. v. 26.11.2008, Az. 4 U109/08, MMR 2009, 190 ff. = CR 2009, 187 ff.

²²⁵ Das vom Kläger beanstandete Suchmaschinenergebnis lautete wie folgt:
„[PDF] stoned again. Dateiformat: PDF/Adobe Acrobat – HTML-Version.
Dr. H. Z. war beruflich Flugzeugpilot, dann Richter ... und heute widmet er sich ganz dem Bereich der Spiritualität, Heilen – www.aidshilfe-s.de/pdf/rainbow/AHS_R8_Nr.48_Teil2.pdf – Ähnliche Seiten“.

dahin gehend weiterführen, dass der Link, der sich hinter dem Snippet bzw. Suchtreffer befindet, nicht mehr aktuell wäre und daher beim Aufruf eine leere Seite mit dem Hinweis „404 – Seite nicht gefunden“ erscheint. Damit würde der objektive Aussagegehalt des Snippets zumindest bis zur nächsten Prüfung durch den Googlebot quasi „festgemeißelt“ in der Trefferliste bestehen bleiben. Der objektive Erklärungsinhalt ließe sich für den Nutzer damit nicht einmal dadurch revidieren, wenn er dem Link und damit der vermeintlichen Darstellung auf der Website auf den Grund gehen möchte. Auch wenn dem objektiven Betrachter nunmehr bewusst sein sollte, dass der Snippet ein (automatisiertes) Ergebnis der Informationszusammenstellung des Content-Anbieters durch die Suchmaschine ist, wäre die Gefahr eröffnet, dass die Darstellung die Achtung der betroffenen Person verletzt.

Die Darstellung in den Snippets kann natürlich auf unterschiedliche Weise gedeutet werden. Zu betonen ist auch, dass im Ergebnis den vorgenannten Gerichten zuzustimmen ist. Allerdings erscheinen die Einwände des Automatisierungsprozesses und die Erkennbarkeit der fehlenden menschlichen Einflussnahme wohl zumindest für die Bewertung einer Persönlichkeitsrechtsverletzung als ungeeignet. Diese spielen vielmehr eine entscheidende Rolle bei der Frage nach der Verantwortlichkeit der Suchmaschine für die Darstellung. Insoweit kann festgehalten werden, dass eine Persönlichkeitsrechtsverletzung durch Snippets dem Grunde nach möglich ist.

2. Widerrechtlichkeit der Rechtsverletzung

Sofern der Aussagegehalt des Snippets geeignet ist, das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen zu verletzen (Verletzungshandlung und Verletzungserfolg unterstellt), bedarf es auf Tatbestandsebene der Prüfung, ob diese Gestaltung auch widerrechtlich ist. Das OLG Stuttgart²²⁶ verneinte dies in den beschriebenen Verfahren im Zuge einer Güter- und Interessenabwägung zwischen der – unterstellten – betroffenen Privat- und/oder Sozialsphäre der gesuchten Person auf der einen und Google als Suchmaschinenanbieter auf der anderen Seite.

Abgesehen von dem Umstand, dass aufseiten des Betroffenen insbesondere die Schwere des Eingriffs und dessen Folgen bei der Abwägung zu berücksichtigen sind, heben vor allem die deutschen Gerichte die interessante These hervor, dass die Suchmaschine einen ausschließlich automatisierten und technischen Vorgang nutzt, dem keine besonderen Motive, Zwecke oder

²²⁶ OLG Stuttgart, Urt. v. 26.11.2008, Az. 4 U109/08, MMR 2009, 190, 190 = CR 2009, 187, 187; vgl. auch LG Hamburg, Urt. v. 09.01.2009, Az. 324 O 867/06, BeckRS 2009, 05384, das sich mit der Interessenabwägung jedoch nicht abschließend beschäftigen musste.

Nutzen bei der Erstellung der Snippets zugrunde liegen. Dies ist zumindest in dieser Einfachheit durchaus diskussionswürdig. Man könnte bereits insoweit festhalten, dass der Algorithmus der Suchmaschine ja gerade deshalb so individuell erstellt und programmiert wird, um ein möglichst komfortables Snippet zu erzeugen. „Motiv“ und „Zweck“ der generierten Abstracts bestehen – wie zuvor bereits angedeutet – in der Abgrenzung von anderen Suchmaschinen. Die individuelle Darstellung und Erstellung der Snippets erfolgt insoweit durchaus zum eigenen „Nutzen“.

Der zweite Bestandteil der These lautet, dass der Betrieb einer Suchmaschine anders als ausschließlich automatisiert nicht denkbar sei und dass der Einsatz von Suchmaschinen an sich für eine sinnvolle Nutzung des Internets unabdingbar²²⁷ ist. So richtig die Aussage im Hinblick auf die sinnvolle Nutzung des Internets ist, so fragwürdig erscheint dies als „Allerweltsargument“ für jeden (Such-) Dienst von Google.

Zunächst muss im vorliegenden Fall herausgestellt werden, dass es bei der Snippet-Problematik im Kern nicht um die Frage der Rechtmäßigkeit oder Nützlichkeit von (Hyper-)Links auf Informationen von Websitebetreibern und der Zusammenstellung in Form von Suchergebnissen geht. Snippets sind ein – wenn auch ohne Frage nützlicher, so doch ein – eigener „Dienst“ von Google, deren Darstellung sich von anderen Suchmaschinenanbietern aufgrund des individuellen Algorithmus stets und meist erheblich unterscheidet. Die Darstellung erschöpft sich gerade nicht in der reinen Abbildung und Aneinanderreihung von Hyperlinks, sondern weist durchaus einen individuellen Charakter auf. Deshalb darf nach Ansicht des Verfassers ein Begriff wie „Unabdingbarkeit“ nicht pauschal mit „Nützlichkeit“ oder „Komfort“ gleichgesetzt werden.

Wenn man vorliegend den oben dargestellten Fall – um den Staatsanwalt – erneut heranzieht, wird man wohl zunächst festhalten müssen, dass dessen Privatsphäre durchaus nicht unerheblich betroffen sein könnte und die möglichen Folgen bei der Abwägung der gegenüberstehenden Interessen durchaus ins Gewicht fallen würden.²²⁸ Die fehlende Widerrechtlichkeit der Snippet-Darstellung – nicht der Verlinkung an sich – mit der „Nützlichkeit“ der Suchmaschi-

²²⁷ Der BGH, Urt. v. 17.07.2003, Az. I ZR 259/00, MMR 2003, 719, 724, mit Anm. Wiebe, hat im Zusammenhang mit Suchmaschinen ausgeführt, dass „ohne die Inanspruchnahme von Suchdiensten und deren Einsatz von Hyperlinks (gerade in der Form von Deep-Links) die sinnvolle Nutzung der unübersehbaren Informationsfülle im WWW praktisch ausgeschlossen wäre“.

²²⁸ Der Fall kann dahin gehend weitergeführt werden, dass infolge der Snippet-Abbildung Dritte anfangen, den hier dargestellten objektiven Sinngehalt auf eigenen Websites ebenfalls abzubilden und sich die „fehlerhafte Darstellung“ im Netz hierdurch „vervielfacht“.

ne zu begründen, erscheint sodann doch fraglich. Die Argumente der Nützlichkeit und des Komforts, die mit einer Suchmaschine wie Google einhergehen, müssen damit verstärkt dahingehend bewertet werden, welche Funktion letztlich betroffen ist. Andernfalls ließe sich wahrscheinlich jede Neu- oder Weiterentwicklung von Diensten im Netz mit diesen Argumenten rechtfertigen. Die fortschreitende multimediale Informationsflut bedingt ja gerade eine Fortentwicklung der technischen Möglichkeiten.

Würde man den Aspekt der „Nützlichkeit“ nämlich ungeprüft für alle Dienste von Google heranziehen, käme dies einem Konstrukt gleich, das mit dem Slogan „*too big to be liable*“²²⁹ überschrieben werden könnte. Sämtliche Dienste von Google tragen im Ergebnis zur Vereinfachung der Informationsbeschaffung und Informationsverbreitung bei. Hieraus kann nach Ansicht des Verfassers jedoch nicht folgen, jedwede Diskussion mit dem Einwand zu beenden, ohne die Suchmaschine sei eine sinnvolle Nutzung des Internets nicht möglich. Denn dieses Argument passt in der Einfachheit zumindest auf den Bereich der Snippets nicht per se. Die Erstellung der Snippets basiert auf einem eigenen Anwendungsprozess von Google in Form von dessen Algorithmus. Es ließe sich mithin durchaus argumentieren, dass ein „eigener (zweckgebundener) Dienst“ vorliegt, der in seiner Konsequenz für den Suchmaschinennutzer ohne Zweifel nützlich ist und bei der Auswahl der Suchergebnisse eine entscheidende Rolle spielt. Dies allein reicht indes nicht aus, die Widerrechtlichkeit einer möglichen Rechtsverletzung oder an anderer Stelle allein hiermit die Verantwortlichkeit der Suchmaschine pauschal zu verneinen.

Die Diskussion muss nach Ansicht des Verfassers vielmehr auf der Ebene der generellen Haftung von Google geführt werden. Die Frage nach der Verantwortlichkeit – und der möglichen Haftungsprivilegierung – hat daher anhand der konkreten Dienste²³⁰ zu erfolgen. Hierbei ist zu diskutieren, ob die Möglichkeit einer Privilegierung (u. a. § 14 ECG) auch dann infrage kommt, wenn die Informationen, die in dem Snippet zusammengefasst werden, zwar erkennbar von Dritten stammen, die Darstellung jedoch letztlich das Ergebnis eines eigenen technischen Vorgangs ist.

²²⁹ Dieser Slogan stammt von Prof. Dr. Zankl und wurde im Zuge der Ausarbeitung dieser Abhandlung von ihm geprägt.

²³⁰ Dies kann bei Funktionen wie den Google Cache ebenso diskutiert werden.

3. Haftung der Suchmaschine für Snippets

Bislang wurde – auch von den vorgenannten Gerichten – noch nicht abschließend dazu Stellung genommen, ob und wann eine Suchmaschine für die konkrete Darstellung der Snippets verantwortlich²³¹ gemacht werden kann.

Hierbei ist zunächst zu klären, ob es sich bei der Darstellung der Snippets um eigene oder fremde Informationen handelt. Diese Frage ist auch von der zuvor geführten Diskussion zu unterscheiden. Erst hier spielt es nämlich eine Rolle, dass dem objektiven Betrachter bewusst ist, dass es sich um die automatisierte Zusammenstellung der Informationen von Websitebetreibern handelt. Wann der Snippet als eigene Information gewertet werden könnte, wird bislang in der Literatur unterschiedlich bewertet.

*Schuster*²³² spricht sich dafür aus, dass eine Haftung der Suchmaschine für die Darstellung der Snippets unter zwei Umständen möglich sei. Zunächst käme eine Haftung infrage, wenn sich Google die Darstellung im Snippet zu eigen machen würde. Daneben läge eine Haftung der Suchmaschine vor, wenn sich die Zusammenfassung bzw. die Verkürzung der verlinkten Seite bei umfassender und wertender Betrachtung aller Umstände nicht mehr im Rahmen der Kernaussage der Ursprungsseite befindet und die verkürzte und zusammengefasste Darstellung in den Snippets derart sinnentstellt ist, dass ihnen ein eigener Unrechtsgehalt beigemessen werden kann. Wendet man diese Ansicht wiederum auf den oben genannten Fall des Staatsanwalts an, würde dies bedeuten, dass eine Haftung von Google zumindest deshalb infrage käme, da die eigentliche, richtige Aussage in den Snippets gerade gegenteilig dargestellt wird.²³³ Den dargestellten Inhalt zu eigen machen, wird sich nach Ansicht des Verfassers Google hingegen nicht.

²³¹ Vgl. auch insoweit KG Berlin, Urt. v.10.02.2006, Az. 9 U 55/05, MMR 2006, 393 ff., mit Anm. *Spieker*. Das Gericht stellt eine Meta-Suchmaschine einer „normalen“ Suchmaschine in puncto Haftung somit gleich. Letztlich begründet das Gericht eine fehlende Haftung allerdings auch damit, dass eine grundsätzliche Rechtsverletzung nicht glaubhaft gemacht worden ist. Die Vorinstanz das LG Berlin, Urt. v. 22.02.2005, Az. 27 O 45/05, MMR 2005, 324, ff., hatte eine Haftung noch bejaht. Bei Eingabe des Suchbegriffs nach einer Schauspielerin und Fernsehmoderatorin in Kombination mit dem Suchbegriff „nackt“ erschien in der Trefferliste folgendes Suchergebnis:

„Stars-beim-***

Nackt babe La Tour Babes Nackt Babette Einstmann Nackt Babette Van Veen Nackt Babsi Fischer Nackt Baby Spice Nackt Badenixen Nackt Baerbel Schaefer Nackt Bai Ling ...

<http://www.stars-beim-sex.com/b.html>.“

²³² *Schuster*, CR 2007, 443, 446.

²³³ In diese Richtung auch *Liesching*, Beilage MMR 8/2007, 1, 14 „Dies gilt zumindest, soweit die Indexinhalte den Originalinformationen des verlinkten Angebots entsprechen und nicht erkennbar verändert wurden.“ *Jürgens/Köster*, MMR 1/2005, XX, XXI.

Abgesehen davon, dass sich eine Suchmaschine wie Google die präsentierten Informationen und Suchergebnisse nicht zu eigen macht, fehlt es nach diesseitiger Ansicht auch dann an einer Verantwortlichkeit, wenn der konkrete Snippet eine grob verzerrte Darstellung aufweist. Die Tatsache, dass etwas sinnentstellend oder verzerrt wiedergegeben wird, bedarf einer subjektiven und tatsächlichen Bewertung durch den Einzelnen. Dies kann bei einer Suchmaschine im Wege der Automatisierung nicht erfolgen. Selbst wenn also der Betrachter im vorgenannten Beispiel den Staatsanwalt in der verzerrten Darstellung wahrnehmen würde, wäre dem objektiven Betrachter stets bewusst, dass dies niemals eine Darstellung der Suchmaschine selbst ist. Wie oben angekündigt, spielt der Umstand, dass es sich um einen automatisierten Prozess handelt, erst hier die entscheidende Rolle. Welche Begriffe letztlich in welcher Konstellation miteinander in Zusammenhang gesetzt werden, hängt letztlich von einer unüberschaubaren Vielzahl von Komponenten ab.

Daneben ist dieser Auffassung entgegenzuhalten, dass sie für den konkreten Einzelfall kaum praxistaugliche Merkmale aufweist. Eine Abgrenzung zwischen einer lediglich leichten Verzerrung der tatsächlichen Lage und einer groben Entstellung wird im Regelfall nur schwer vorzunehmen sein. Eine Haftung durch die Darstellung der Snippets hält der Verfasser daher – entgegen der Ansicht von *Schuster* – auch bei unterstellter Verzerrung der tatsächlichen Lage für ausgeschlossen.

Nach Ansicht des Verfassers sollte vielmehr auf die allgemeinen Prinzipien der Störerhaftung im Bereich der Snippets zurückgegriffen werden, sofern in der Darstellung eine Persönlichkeitsrechtsverletzung zu bejahen wäre. Auch wenn der „Snippets-Dienst“ ein spezielles Angebot von Google verkörpert, sind die dargestellten Informationen der Content-Anbieter niemals eigene bzw. zu eigen gemachte Informationen. Auch die mögliche Rechtsverletzung – in der konkreten Gestaltung – ist für den Suchmaschinenanbieter nicht „ohne Weiteres erkennbar“. Damit haftet eine Suchmaschine vor Abmahnung durch einen Dritten nicht als Störer einer (behaupteten) Rechtsverletzung. Erst wenn die Suchmaschine über den vermeintlichen Rechtsverstoß hingewiesen wird, bedarf es einer eingehenden Prüfung in Bezug auf den möglicherweise sinnentstellten Inhalt. Dies erscheint auch sachgerecht, da Google in diesem Zeitpunkt in die Lage versetzt wird, die möglicherweise verzerrte Darstellung zu korrigieren und den Snippet ggf. zu entfernen. Hierzu muss nach Ansicht des Verfassers auch das von *Schuster* angesprochene Argument berücksichtigt werden, wonach es Sache des Betroffenen ist, die

verzerrende und entstellte Darstellung unter Verweis auf die Originalquelle zu belegen.²³⁴ Allein in diesem Fall ist Google in der Lage und auch verpflichtet, den Sachverhalt umfassend zu prüfen und die dargestellten Snippets inhaltlich mit der Ursprungsaussage zu vergleichen.²³⁵ Erst wenn Google dem qualifizierten Hinweis nicht nachkommt, begründet dies unter Umständen eine Haftung.²³⁶

4. Haftungsprivilegierung des § 14 ECG

Darüber hinaus kann dieser Sachverhalt nach Ansicht des Verfassers unter dem Privilegierungstatbestand des § 14 Abs. 1 ECG subsumiert werden. Durch die Erstellung der Snippets wird dem Nutzer ein Hilfsmittel zur Suche nach fremden Informationen zur Verfügung gestellt.

Hierbei ist auch *Sieber/Liesching*²³⁷ zuzustimmen, wonach allein die ausschnittthafte Präsentation der verlinkten Drittinhalte in Form der Snippets noch nicht als „Veränderung“ zu bewerten ist. Dies ergibt sich richtigerweise schon aus dem allgemeinen Begriffsverständnis, wonach ein lediglich teilweises, indes originalgetreues Darstellen eines umfangreichen Inhalts nicht mit einer inhaltlichen Abänderung desselben einhergeht, sondern einen dem Original entsprechenden Auszug bildet. Von einer Veränderung wäre also erst dann zu sprechen, wenn die dargestellten Ausschnitte sich überhaupt nicht auf der Ursprungsseite befänden oder Google Begriffe hinzufügen würde. Auch wenn die Zusammenstellung der einzelnen Wörter und Textausschnitte vom Algorithmus der Suchmaschine abhängen, so findet doch keinerlei Veränderung statt. Google nimmt zudem auch nicht auf die betreffenden Informationen per se in irgendeiner Art und Weise Einfluss.

Die ausschnittthafte Abbildung eines suchrelevanten Teils eines fremden Gesamtangebots beruht auf der Grundfunktion einer Suchmaschine, nämlich dem Auffinden und Vermitteln einer

²³⁴ Vgl. hierzu aber auch OLG Hamburg, Urt. v. 02.03.2010, Az. 7 U 70/09, GRUR-Prax 2010, 368, 368.

²³⁵ So auch ähnlich OLG Nürnberg, Urt. v. 22.06.2008, Az. 3 W 1128/08, CR 2008, 655, 656 = MMR 2009, 131, 132.

²³⁶ Siehe jüngst auch OLG Hamburg, Urt. v. 02.03.2010, Az. 7 U 70/09, MMR 2010, 490 ff. In diesem Urteil heißt es: „Da dem Nutzer des Internet jedoch bekannt ist, dass sämtliche Fundstellen einer Suchmaschine in einem automatisierten Verfahren aus den Texten der gefundenen Seiten generiert werden, ist der Text des Fundergebnisses jeweils im Zusammenhang mit der Originalseite zu lesen, der er entstammt. Es ist davon auszugehen, dass der Rezipient von der offensichtlichen Unvollständigkeit des im Suchergebnis gefundenen Textes weiß und dass er sich deshalb sein Verständnis nur im Kontext mit dem Gesamtbeitrag bildet. Daher kommt eine (weiter gehende) Haftung des Betreibers der Suchmaschine für Texte, die sich rechtmäßig auf einer Internetseite befinden, allein wegen der Verkürzung des Textes der Suchmaschinenergebnisse in der Überschrift und in einzelnen ‚Snippets‘ nicht in Betracht.“

²³⁷ *Sieber/Liesching*, Beilage MMR 8/2007, 1, 18, allerdings im Rahmen der Prüfung anhand der Bestimmungen des Cache Providers. Insofern ergeben sich hier jedoch keine Unterschiede.

Vielzahl relevanter Informationen aus einer unübersehbaren Fülle von Angeboten. Hierunter fällt auch der Teil des Suchergebnisses, den der Snippet einnimmt.

C. Google und Datenschutz

„Google is massively invading privacy. It knows more than any other organization about people, companies and organizations than any institution in history before, and is not restricted by national data protection laws.“²³⁸

I. Einleitung und Ausgangslage

Kaum ein Unternehmen stand in den vergangenen Jahren in Fragen des Datenschutzes so im Fokus wie Google. Neben Diensten wie Google Street View und der Analysesoftware Google Analytics sah sich der Suchmaschinenanbieter insbesondere auch bezüglich der Speicherung²³⁹ von Nutzerdaten bei der Websuche der Kritik ausgesetzt. Nicht zuletzt hierdurch etablierte sich die Bezeichnung der „Datenkrake“²⁴⁰.

Während zu Beginn des Internetzeitalters noch der Eindruck vorherrschte, sich im Netz unbeobachtet und anonym bewegen zu können, ist sich inzwischen nahezu jeder Internetnutzer der Tatsache bewusst, im Netz fortlaufend Spuren zu hinterlassen. Dies betrifft jedoch nicht nur die persönlichen Angaben, die z. B. bei einer Onlinebestellung auf der Webseite des jeweiligen Anbieters angegeben werden. Vielmehr wird auch unbewusst und ohne dass der Nutzer hiervon Kenntnis hat oder Einfluss nehmen kann, bei den alltäglichen Suchanfragen eine Vielzahl an Informationen über den Nutzer gesammelt, die unter Umständen zu einer Identifizierung des Einzelnen führen können.

Im Bereich der Suchmaschinen von Google stellen sich hierbei zwei wesentliche datenschutzrechtliche Problemfelder. Zum einen muss die Suchmaschine dafür Sorge tragen, dass die Interessen der Nutzer an der Wahrung ihrer datenschutzrechtlichen Grundrechte bei der Verarbeitung ihrer Daten berücksichtigt werden. Diese Verpflichtung „kollidiert“ jedoch zugleich mit

²³⁸ Maurer; Report on dangers and opportunities posed by large search engines, particularly Google, S. 73, abrufbar unter: <http://www.google-watch.org/gpower.pdf>.

²³⁹ Siehe hierzu auch das Verfahren Gonzales v. Google Inc., 234 F.R.D. 674 (N.D. Cal. 2006). In diesem Fall forderte das US-Innenministerium 2006 von Google die Herausgabe seiner Suchanfragen. Das Ministerium verlangte von den Anbietern AOL, Yahoo, Microsoft und Google die Herausgabe bzw. Nennung der URLs, die über ihren Dienst zugänglich gemacht wurden, sowie die Liste der getätigten Suchabfragen. Hierdurch sollte herausgefunden werden, inwieweit der Einsatz von Filtern bei Suchmaschinen Minderjährige vom Betrachten schädlicher Webseiten abhalten kann. Siehe zum Hintergrund des Verfahrens auch die Darstellung bei Ott, abrufbar unter: <http://www.linksandlaw.de/news1329-gonzales-google.htm>. Erstaunen löste dieses Verfahren u. a. auch deswegen aus, weil viele Nutzer überrascht waren, dass Google diese Daten überhaupt speichert.

²⁴⁰ Ott, MMR 2009, 449, 453; Voigt, MMR 2009, 377, 377; Bager, c't 10/2006; siehe zuletzt auch Bericht von Heise vom 10.04.2010, abrufbar unter: <http://www.heise.de/ct-tv/artikel/Hintergrund-Der-Google-Alltags-Check-964192.html> sowie <http://www.heise.de/ct-tv/artikel/Hintergrund-Die-groesste-Datenkrake-der-Welt-922563.html>.

den Interessen des Suchmaschinenanbieters, möglichst viele Informationen zu erhalten, um unterschiedliche Dienste optimal für sich und auch für dessen Kunden anzubieten. Daraus resultiert zwangsläufig, dass Google – mittelbar – ein Interesse daran hat, seinen Nutzern unter Umständen Profile zuzuordnen, um diese für die Vermarktung von (personenbezogener) Werbung nutzen zu können.²⁴¹ Datenbestände, aus denen sich Rückschlüsse auf das Nutzer- und Konsumverhalten ergeben, haben nicht nur Bedeutung für Google als Wirtschaftsunternehmen, sondern auch für potenzielle Kunden und Partner des Suchmaschinenanbieters. Umso mehr Informationen über einen Nutzer vorliegen, desto detaillierter ist ein für die Werbewirtschaft allgemein lukratives Profil des jeweiligen Nutzers zu generieren. Basierend auf diesen Informationen, lassen sich genaue Konsum- und Interessenschwerpunkte herauslesen, wodurch der Nutzer gezielt angesprochen werden kann.

Zum anderen sind die Suchobjekte in der Trefferliste datenschutzrechtlich zu beachten. Für jeden ist es problemlos möglich, Daten und Informationen über sich selbst oder einen Dritten ins Netz zu stellen oder gezielt nach Informationen zu einer bestimmten Person²⁴² zu suchen. Die Eingabe des eigenen Namens kann teilweise bereits dazu führen, dass in den ersten Treffern Daten über oder von einem bei der Suchmaschine auftauchen. Besonders Arbeitgeber²⁴³ verschaffen sich mithilfe der Suchmaschine von Google immer öfters ein Bild von potenziellen Mitarbeitern oder Angestellten, indem konkrete Suchanfragen oder Recherchen über diese Personen gestellt werden. In den meisten Fällen wird der Betroffene weder Kenntnis über die veröffentlichten Informationen besitzen, noch diesen zugestimmt haben.²⁴⁴ In diesen Fällen bedarf es auch des Schutzes der indexierten Suchobjekte.

²⁴¹ Siehe hierzu die Darstellung von Google, abrufbar unter: http://www.google.com/intl/de/privacy_ads.html.

²⁴² Nach einer Untersuchung von Lewandowski, Themen und Typen der Suchanfragen an deutsche Web-Suchmaschinen, abrufbar unter: <http://www.durchdenken.de/lewandowski/doc/mkwi2006.pdf>, sind rund 12 % der Suchanfragen „personenbezogen“, d. h., darauf ausgerichtet, Informationen über bestimmte Personen und deren Umfeld zu erhalten. Nach Ott, MMR 2009, 158, 158 soll der Wert hingegen bei rund 40 % liegen.

²⁴³ Einer Studie des Bundesverbands Deutscher Unternehmensberater (BDU) aus dem Jahr 2007 belegt, dass von rund 300 Entscheidungsträgern jeder dritte Personalleiter die Suchmaschine von Google benutzt, um Informationen über Bewerber zu sammeln und sich einen Eindruck für die Gesprächsvorbereitung zu machen. Siehe BDU, abrufbar unter: http://www.bdu.de/presse_387.html. Diese Zahl dürfte aktuell bereits wesentlich höher sein.

²⁴⁴ Hierbei spielen zudem Informationen aus sog. Social Networks wie XING, facebook & Co. eine bedeutende Rolle. Oftmals generieren spezielle Personensuchmaschinen Datenprofile aus diesen Netzwerken, wobei die Social Networks die Nutzer meist nicht ausdrücklich darüber informieren, dass die Standardeinstellungen die Möglichkeit für Suchmaschinen vorsehen, auf die Profile der Nutzer solcher Social Networks zuzugreifen. Vgl. hierzu auch Urteil des OLG Köln, Urt. v. 09.02.2010, Az. 15 U 107/09, BeckRS 2010, 06734.

Welche Daten Google für wie lange und für welchen Zweck speichert und speichern darf, ist seit Langem Gegenstand einer lebhaften Diskussion zwischen Datenschützern und dem Suchmaschinenanbieter.

Den Anfang dieser Diskussion um die datenschutzrechtlichen Probleme rund um Google machte die EntschlieÙung der 28. Internationalen Konferenz der Datenschutzbeauftragten zum Datenschutz bei Suchmaschinen²⁴⁵ im Jahr 2006, in der die wesentlichen Eckpfeiler der datenschutzrechtlichen „Road Map“ für Suchmaschinen vorgezeichnet wurde. In dieser EntschlieÙung wurden (1) die Diensteanbieter aufgefordert, die grundlegenden Bestimmungen und Regelungen des europäischen Datenschutzrechts zu respektieren und hierbei insbesondere die Nutzer der Suchmaschinen im Vorfeld in transparenter Weise über die Verarbeitung von Daten bei der Nutzung der Dienste zu informieren (*„providers of search engines should inform users upfront in a transparent way about the processing of data in the course of using their services“*).

Zudem sah die Resolution (2) vor, dass die Betreiber von Suchmaschinen dafür zu sorgen haben, dass keine Daten, die auf einen einzelnen Nutzer zurückgeführt werden können, nach Abschluss des Suchvorgangs gespeichert bleiben, sofern nicht die ausdrückliche, informierte Einwilligung des Nutzers vorliegt (*„after the end of a search session, no data that can be linked to an individual user should be kept stored unless the user has given his explicit, informed consent to have data necessary to provide a service stored“*).

Als dritten Kernpunkt (3) sah die Resolution vor, dass die Suchmaschinen das Gebot der Datenvermeidung und Datensparsamkeit im Rahmen ihrer Dienste zu wahren haben (*„in any case, data minimization is key“*).

In Folge dieser Empfehlung forderte die Art. 29-Datenschutzgruppe²⁴⁶ Google im Jahr 2007 auf, sich zum Umgang mit den Nutzerdaten und insbesondere zu den Gründen der Speicher-

²⁴⁵ 28th International Data Protection and Privacy Commissioners' Conference, Resolution on Privacy Protection and Search Engines vom 02/03.11.2006), abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/news/docs/pr_google_annex_16_05_07_en.pdf, *„The increasing importance of search engines for finding information on the Internet increasingly leads to considerable inroads into the privacy of users of search engines.“*

²⁴⁶ Bei der Art. 29-Datenschutzgruppe handelt es sich um ein unabhängiges Beratungsgremium der Europäischen Gemeinschaft in Fragen des Datenschutzes. Die Art.-29-Datenschutzgruppe wurde durch Art. 29 der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. EG L 281/31 vom 23.11.1995 (DSRL) am 24.10.1995, eingesetzt. Zum Aufgabenbereich siehe: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/tasks-art-29_en.pdf.

dauer (vgl. Art. 6 Abs. 1 lit c) DSRL) dieser Daten zu erklären²⁴⁷ [„*In this context, the Art. 29 Working Party would be welcome clarification as to what extent (i) the anonymized data still contain significant information about the user, e.g. the network prefix is completely identifiable in most cases; and (ii) whether it is reversible (e.g. does Google have any means of reversing the anonymization*“). Im Anschluss daran nahm Peter Fleischer, der Datenschutzbeauftragte von Google, zu dieser Anfrage Stellung²⁴⁸ und wies hierbei u. a. auf die seiner Ansicht nach bestehenden Gründe²⁴⁹ für die erforderliche Datenspeicherung hin.

Am 04.04.2008 verfasste²⁵⁰ die Art. 29-Datenschutzgruppe die Stellungnahme 1/2008 zu Datenschutzfragen im Zusammenhang mit Suchmaschinen, in der auf wesentliche Aspekte von Google eingegangen wurde. Hierbei wurden ebenfalls die Bedeutung und Nützlichkeit von Suchmaschinen für den Alltag der Menschen wieder hervorgehoben und grundsätzlich anerkannt. Zugleich wurde hierin aber auch klargestellt, dass die Suchmaschinenanbieter der Verantwortlichkeit der Datenschutzrichtlinie (95/46/EG) in ihrer Rolle als Verantwortliche für die Verarbeitung von Benutzerdaten unterliegen. Das europäische Datenschutzrecht sei auf Suchmaschinen auf jeden Fall dann anwendbar, wenn sie als Anbieter von Inhaltsdaten, d. h. den Treffern im Index der Suchergebnisse, fungieren. Vorrangiges Ziel war nach Darstellung der Art. 29-Datenschutzgruppe, ein Gleichgewicht zwischen den berechtigten geschäftlichen Erfordernissen der Suchmaschinenbetreiber und dem Schutz der personenbezogenen Daten von Internetnutzern herzustellen.

Google verfasste am 08.09.2008 seine „Response to the Article 29 Working Party Opinion On Data Protection Issues Related to Search Engines“²⁵¹, in der sich der Suchmaschinenanbieter dazu bereiterklärte, einigen Forderungen der EU-Datenschützer nachzukommen. Dies betraf u. a. die Aufnahme einer Datenschutzerklärung auf der Startseite der Suchmaschine sowie die Erklärung, die IP-Adressen seiner Nutzer nach neun Monaten zu anonymisieren („*Second, Google will begin anonymizing the IP addresses in our search logs after 9 months*“). Gleich-

²⁴⁷ Schreiben der Art. 29-Datenschutzgruppe vom 16.05.2007 an Google, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/news/docs/pr_google_16_05_07_en.pdf.

²⁴⁸ Schreiben von Google an die Art. 29-Datenschutzgruppe vom 10.06.2007, abrufbar unter: http://epic.org/privacy/ftc/google/gres_a29_061007.pdf.

²⁴⁹ Zu den Gründen siehe unten: C. III. 1.

²⁵⁰ Art. 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 1/2008 zu Datenschutzfragen im Zusammenhang mit Suchmaschinen vom 04.04.2008, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2008/wp148_de.pdf.

²⁵¹ Google, Response to the Article 29 Working Party Opinion On Data Protection Issues Related to Search Engines vom 08.09.2008, abrufbar unter: <http://www.scribd.com/doc/5708227/Google-response-PDF-file-to-the-EU-privacy-regulator>.

zeitig wurde der Art. 29-Datenschutzgruppe in mehreren datenschutzrechtlichen Aspekten widersprochen. Dies betraf im Wesentlichen folgende zwei Aspekte, nämlich (1) den Personenbezug von IP-Adressen und (2) die generelle Anwendbarkeit der EU-Datenschutzrichtlinie auf Google.

Mit Schreiben der Art. 29-Datenschutzgruppe²⁵² vom 23.10.2009 wurde u. a. für die Reduzierung der Speicherdauer der IP-Adressen von 18 auf neun Monate grundsätzlich gelobt. Bemängelt wurde jedoch weiterhin die Weigerung von Google, eine weitergehende Reduzierung vorzunehmen sowie die Anonymisierung der IP-Adressen nicht voranzutreiben („*Although you have already implemented a significant reduction of the data retention period, the Working Party regrets that Google has not yet found it possible to consider a six month retention period as sufficient for its purposes, given the fact that other search engine operators have already committed (albeit conditionally in one case) to a six months retention period*“).

Bevor auf einige der Dienste und ihre datenschutzrechtlichen Besonderheiten eingegangen wird, sollen zunächst die technischen Hintergründe der Datenverarbeitung und die generelle Speicherpraxis von Google dargelegt werden.

1. Speicherpraxis von Google

Die Art und Anzahl der Daten, die Google bei seinen Nutzern speichert, hängt grundsätzlich vom jeweiligen Dienst ab, den der Nutzer in Anspruch nimmt.

Bei einigen Diensten von Google, wie z. B. dem Textverarbeitungsprogramm Google-Text & Tabellen²⁵³ oder Google-Mail²⁵⁴, muss zwingend ein persönlicher Account mit den persönlichen Angaben bei Google angelegt werden. Weitergehende Angaben über Kreditkarten werden z. B. beim Werbeprogramm von Google AdWords benötigt. Bei dem Dienst Google Toolbar²⁵⁵ werden zudem fortlaufend Informationen über die vom Nutzer besuchten Webseiten gespeichert und an Google übertragen. Zu Beginn der Diskussion um datenschutzrechtliche Defizite bei Suchmaschinen stand auch die Übernahme von DoubleClick durch Google. DoubleClick galt als einer der weltweit führenden Anbieter im Bereich der Onlinewerbung. Die datenschutzrechtliche Brisanz erhielt diese Übernahme, welche am 11.03.2008 durch die EU-Kommission

²⁵² Schreiben der Art. 29-Datenschutzgruppe vom 23.10.2009, abrufbar unter:
http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/others/2009_10_23_letter_wp_microsoft.pdf.

²⁵³ http://www.google.com/google-d-s/hpp/hpp_de.html.

²⁵⁴ <http://www.mail.google.com>.

²⁵⁵ <http://www.toolbar.google.com>.

genehmigt wurde,²⁵⁶ dadurch, dass Google mithilfe dieses Onlinevermarkters eine Vielzahl weiterer Informationen über Internetnutzer und deren Suchverhalten erhält. DoubleClick schaltet Werbebanner auf verschiedenen Websites. Wenn ein Internetnutzer eine Webseite aufruft, auf der ein solcher Werbebanner von DoubleClick geschaltet ist, wird auf dem Rechner des Nutzers (unerkannt) ein spezieller Cookie²⁵⁷ abgelegt. Dieser Cookie zeichnet sodann die Seiten auf, die in der Folge besucht werden, und ermöglicht daher einen Rückschluss auf das Such- und Nutzerverhalten im Web. Sobald der Nutzer eine weitere Seite mit einem DoubleClick-Werbepbanner aufruft, können die Internetseiten, die zwischen diesen beiden Seiten besucht worden sind, und damit die Datenbestände – zumindest in der Theorie²⁵⁸ – miteinander verbunden und von Google ausgewertet werden.

Google verzeichnet indes auch Daten von Nutzern, die lediglich dessen Suchmaschine benutzen. Im Rahmen des normalen Suchvorgangs erhält Google ebenfalls eine Vielzahl von Informationen. Hierzu zählen u. a.²⁵⁹ (1) die genaue Suchanfrage des Nutzers, (2) die Art und Anzahl der gefundenen Suchergebnisse und (3) die IP-Adresse des Rechners des Nutzers. Nachfolgend soll ein kurzer Überblick über die wichtigsten technischen Speicherelemente gegeben werden

1.1 IP-Adressen

IP-Adressen dienen der Identifizierung der einzelnen Rechner im Netz und werden zur Kommunikation zwischen den beteiligten Servern benötigt.

²⁵⁶ Die EU-Kommission stellte hierbei fest, „dass sich die Übernahme wahrscheinlich weder in dem Segment Ad-serving noch in dem Segment Vermittlung von Online-Werbung nachteilig auswirken wird. Die Kommission ist daher der Auffassung, dass die Übernahme den wirksamen Wettbewerb im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) oder einem wesentlichen Teil desselben nicht erheblich beeinträchtigt wird.“ Stellungnahme der EU-Kommission vom 11.03.2008, abrufbar unter:

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/426&format=HTML&aged=0&language=DE>. Die Kommission sieht demnach keine Gefahr, dass Google und DoubleClick nach der Übernahme Strategien zur Ausgrenzung der Konkurrenten von Google verfolgen können, weil es mit Microsoft, Yahoo! und AOL ebenbürtige Ad-serving-Anbieter gebe, vgl. auch Ott, WRP 2009, 351, 364.

²⁵⁷ Bei einem Cookie handelt es sich um eine kleine Datenmenge, die Webserver dezentral auf dem Rechner der Nutzer speichern können. Siehe hierzu auch unten: C. I. 1.2.

²⁵⁸ Zur Funktionsweise siehe die Darstellung von Schallaböck, Datenkonzentration bei Suchmaschinen – die Macht von Google & Co. im Rahmen der Sommerakademie 2007 des Unabhängigen Landeszentrums für Datenschutz Schleswig-Holstein (ULD), abrufbar unter: <https://www.datenschutzzentrum.de/sommerakademie/2007/sak2007-schallaboeck-datenkonzentration-bei-suchmaschinen.pdf>; ebenso Weichert, DuD 2007, 724, 724.

²⁵⁹ Nachfolgend soll lediglich auf einige wesentliche Speicherdaten eingegangen werden. Eine Übersicht der von Google (voraussichtlich) insgesamt gespeicherten Daten findet sich bei Seomoz, abrufbar unter: http://www.seomoz.org/user_files/google-user-data/SEOmox-Google-User-Data.pdf; Conti, Googling Security, S. 64 f.

Um im Internet kommunizieren zu können – sei es durch eine Nachricht per E-Mail, eine Suchanfrage bei Google oder auch nur im Wege der Eingabe einer Website im Browser –, muss die Anfrage bzw. die Nachricht zunächst in einzelne Datenpakete zerlegt werden.²⁶⁰ Jedes dieser Datenpakete enthält dabei die Absender- und Empfängeradresse und damit die Information, wer mit wem kommuniziert.

Bei einer dynamischen Adresse wird den Nutzern bei jeder Einwahl ins Netz nur eine temporäre Adresse zugewiesen, während die statische IP-Adresse stets gleich bleibt und einem bestimmten Anschluss zugeordnet ist.²⁶¹

1.2 Cookies

Bei einem Cookie handelt es sich um eine Textdatei, die – meist unbemerkt – von Webservern an den Rechner des Nutzers gesendet und auf dessen Festplatte abgelegt wird. Diese Daten können dann zu einem späteren Zeitpunkt wieder abgerufen und ausgewertet werden.²⁶² Je nach Art des Cookies enthält dieses unterschiedliche Informationen²⁶³ und dient u. a. nachfolgenden Zwecken:

- Erkennung unterschiedlicher Besucher,
- Zusammenführung von mehreren Seitenaufrufen zu einem Besuch eines Nutzers,
- Wiedererkennen eines Besuchers,
- Verknüpfung bestehender Daten vorheriger Besuche mit folgenden Besuchen einer Webseite durch den Nutzer.

Cookies existieren im Wesentlichen in zwei²⁶⁴ unterschiedlichen Ausprägungen. Die einen bezeichnet man als „persistent cookies“²⁶⁵, die so lange auf den Festplatten der Nutzer gespeichert bleiben, bis sie ihr Verfallsdatum bzw. Gültigkeitsdatum erreicht haben oder manuell gelöscht werden. Daneben gibt es sog. session cookies²⁶⁶, die nur so lange existieren, bis der Browser wieder geschlossen wird. Zum Setzen der Cookies auf der Festplatte sendet der entsprechende

²⁶⁰ Siehe bereits oben A. I. 1; Sieber, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia Recht, Teil 1, Rn. 45 ff., 71.

²⁶¹ Die Inhaber dieser Anschlüsse sind zumeist juristische Personen und lassen sich z. B. für die Region Europa in der Adressdatenbank der RIPE NCC (<http://ripe.net>) nachschlagen.

²⁶² Conrad/Schneider, in: Schwarz/Peschel-Mehner, Recht im Internet, Teil 15-G, Rn. 1, 2. Conti, Googling Security, S. 72, 73.

²⁶³ Zum Inhalt von Cookies siehe ausführlich Köhntopp/Köhntopp, CR 2000, 248, 255 ff. In diesem Zusammenhang ist auch zwischen „1st Party Cookies“ und „3rd Party Cookies“ zu unterscheiden. Siehe hierzu auch Aden, Google Analytics: Implementieren. Interpretieren. Profitieren, S. 41.

²⁶⁴ Die besondere Form der „Flash-Cookies“ soll hier nicht weiter behandelt werden.

²⁶⁵ Aus dem Englischen für „dauerhaft, hartnäckig“.

²⁶⁶ Auch temporäre Cookies genannt. Vgl. hierzu nur Köhntopp/Köhntopp, CR 2000, 248, 253.

Server des Diensteanbieters eine automatisierte Anfrage an den Browser des Nutzers, ob dieser mit der Speicherung des Cookies „einverstanden“²⁶⁷ ist. Sofern der installierte Browser dies zulässt, speichert sein System den Cookie ab. Schwerpunktmäßig werden solche Cookies dafür verwendet, um Benutzerkennungen zu erstellen und zu speichern, um auf diese Weise persönliche Voreinstellungen beim Seitenaufruf zu erkennen und wiederherzustellen. Da diese Daten beim Surfen im Internet von jedem Webserver fortlaufend an den Browser des Nutzers gesendet werden, entsteht eine Vielzahl von Cookies, die alle auf dem Rechner des Nutzers abgespeichert werden.

Google selbst teilt dem Nutzer bereits bei Aufruf der Startseite dessen Suchmaschine einen eindeutigen und individuellen Cookie zu, mit dessen Hilfe der Weg im Netz verfolgt werden kann.²⁶⁸

1.3 Speicherprofil einer Suchanfrage

Im Rahmen einer normalen Suchanfrage bei der Suchmaschine von Google sieht eine typische Logdatei²⁶⁹ damit wie folgt aus:²⁷⁰

„123.45.67.89–25/Mar/2009 10:15:32 –[http://www.google.com/search?q= Impressumspflicht](http://www.google.com/search?q=Impressumspflicht) – Firefox1.0.7; Windows NT 5.1 740674ce2123e969“

Bei der Angabe „123.45.67.89“ handelt es sich um die IP-Adresse, die dem Nutzer von dessen Access-Provider zugewiesen worden ist. Die am Ende aufgelistete Nummer „740674ce2123e969“ gibt die einmalig vergebene Cookie-ID an, welche dem Nutzer der Suchmaschine beim ersten Besuch der Google-Startseite zugewiesen wird. Verwendet derselbe Nutzer mit demselben Rechner die Suchmaschine von Google erneut – ohne die Cookies zuvor gelöscht zu haben –, wird er anhand dieses Cookies wiedererkannt. Sofern der Nutzer in seinen Einstellungen hingegen den Cookie entfernt, erhält er beim nächsten Aufruf der Suchmaske

²⁶⁷ Die meisten Browser sind so eingestellt, dass Cookies akzeptiert werden. Siehe ausführlich zur Funktionsweise von Cookies Grimm, in: Roßnagel/Banzhaf/Grimm, Datenschutz im Electronic Commerce, S. 71-79.

²⁶⁸ Siehe Bericht unter: <http://www.webanalyser.de/?p=334> sowie die Darstellung unter: <http://www.google-watch.org/cgi-bin/cookie.htm>.

²⁶⁹ In einer Logdatei werden die einzelnen Anfragen und Daten (hier des Suchmaschinennutzers) gespeichert, wie Protokolle der Anfragen des Dienstes, benutzerspezifische Einstellungen und Daten, die sich auf den Rechner des Nutzers beziehen, Angaben über die angebotenen Inhalte sowie Daten über die anschließende Benutzernavigation. Die Logdatei dient zudem dem Zweck, eventuelle Sicherheitslücken oder Angriffe auf das System zu dokumentieren. Vgl. Federrath/Pfitzmann, in: Moritz/Dreier, Rechts-Handbuch zum E-Commerce, Teil F, Rn. 31 ff. Zu den typischen Daten im Rahmen des Logfile-Protokolls siehe auch ausführlich Grimm, in: Roßnagel/Banzhaf/Grimm, Datenschutz im Electronic Commerce, S. 70.

²⁷⁰ Beispiel für eine Logdatei nach Ott, MMR 2009, 448, 450 (hier Suchbegriff: „Impressumspflicht“). Ebenso das Beispiel bei Google, abrufbar unter: http://www.google.com/intl/de/privacy_faq.html#toc-terms-cookie.

von Google eine neue Cookie-ID. Mit der Zeit können der Cookie-ID damit prinzipiell immer mehr Suchanfragen des jeweiligen Nutzers zugeordnet werden.²⁷¹

2. Anwendungsbereich des europäischen Datenschutzrechts

Wie zuvor bereits angedeutet, vertritt Google die Auffassung, dass seine Suchmaschine im Hinblick auf die Verwendung der Nutzerdaten nicht den Bestimmungen der Europäischen Datenschutzrichtlinie²⁷² unterfällt²⁷³ und damit das europäische Datenschutzrecht überhaupt nicht gilt. Google²⁷⁴ selbst hat seinen Hauptsitz außerhalb der Europäischen Union in den Vereinigten Staaten von Amerika, verfügt jedoch auch in Europa über einzelne Niederlassungen.

2.1 Anwendungsbereich des einzelstaatlichen Rechts

Artikel 4 der EU-Datenschutzrichtlinie (DSRL) befasst sich mit der Frage nach dem anzuwendenden einzelstaatlichen Rechts. Gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. a)²⁷⁵ DSRL müssen die Mitgliedstaaten ihre nationalen Datenschutzvorschriften auf alle datenschutzrelevanten Tätigkeiten anwenden, die ein Auftraggeber durch eine Niederlassung in ihrem Hoheitsgebiet ausführt. Für den grenzüberschreitenden Datenverkehr im Binnenmarkt hebt die Richtlinie damit das Territorialitätsprinzip²⁷⁶ auf und knüpft für das anwendbare Recht an den Ort der Niederlassung des Auftraggebers an.

Ist der Suchmaschinenbetreiber ein nicht im EWR ansässiger, für die Verarbeitung Verantwortlicher (Art. 2 lit d) DSRL), so ist das gemeinschaftliche Datenschutzrecht anwendbar, wenn der Suchmaschinenbetreiber eine Niederlassung in einem Mitgliedstaat i. S. v. Art. 4

²⁷¹ Conti, Googling Security, S. 67; Ott, MMR 2009, 448, 450.

²⁷² Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. EG L 281/31 vom 23.11.1995, S. 31 ff.

²⁷³ Google, Response to the Article 29 Working Party Opinion On Data Protection Issues Related to Search Engines, S. 9: „As a result, despite the fact that Google may have establishments within the EEA, given the nature of the commercial activities being undertaken to those establishments, they will not fall within the jurisdiction of EU data protection law as far as the processing of Google users' data is concerned.“

²⁷⁴ Der Hauptsitz von Google lautet: 1600 Amphitheatre Parkway, Mountain View, CA 94043 USA.

²⁷⁵ Art. 4 Abs. 1 lit. a) DSRL lautet:

„(1) Jeder Mitgliedstaat wendet die Vorschriften, die er zur Umsetzung dieser Richtlinie erlässt, auf alle Verarbeitungen personenbezogener Daten an,

a) die im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung ausgeführt werden, die der für die Verarbeitung Verantwortliche im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats besitzt. Wenn der Verantwortliche eine Niederlassung im Hoheitsgebiet mehrerer Mitgliedstaaten besitzt, ergreift er die notwendigen Maßnahmen, damit jede dieser Niederlassungen die im jeweils anwendbaren einzelstaatlichen Recht festgelegten Verpflichtungen einhält.“

²⁷⁶ Ehmann/Helfrich, EG Datenschutzrichtlinie, Art. 4 Rn. 12; Jotzo, MMR 2009, 232, 234.

Abs. 1 lit a) DSRL besitzt und wenn die Suchmaschine auf Mittel im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats i. S. v. Art. 4 Abs. 1 lit c) DSRL zurückgreift.

2.1.1 Niederlassung

Die Richtlinie umfasst den Begriff der Niederlassung in Anlehnung an den Erwägungsgrund 19 der DSRL²⁷⁷ als die „effektive und tatsächliche Ausübung einer Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung“. Die Rechtsform der jeweiligen Niederlassung spielt hierbei keine Rolle. Dem Begriff „im Rahmen der Tätigkeit“ i. S. d. Art. 4 Abs. 1 lit a) DSRL lässt sich entnehmen, dass der eigentliche Datenverarbeitungsvorgang mit der Niederlassung in Zusammenhang stehen und die Niederlassung damit eine Rolle bei dem betroffenen Datenverarbeitungsvorgang spielen muss. Zwingend ist diese Schlussfolgerung allerdings nicht. Die *Art.29-Datenschutzgruppe*²⁷⁸ hat in diesem Zusammenhang ausgeführt, dass für den Tatbestand einer Niederlassung bereits ausreichend sein soll, wenn (1) eine Niederlassung für die Beziehungen zu den Benutzern der Suchmaschine in einem bestimmten gerichtlichen Zuständigkeitsbereich verantwortlich ist, (2) ein Suchmaschinenbetreiber ein Büro²⁷⁹ in einem Mitgliedstaat (EWR) einrichtet, das am Verkauf zielgruppenspezifischer Werbeanzeigen an die Einwohner dieses Staates beteiligt ist, oder (3) die Niederlassung eines Suchmaschinenbetreibers in Bezug auf Benutzerdaten richterlichen Anordnungen und/oder Ersuchen der zuständigen Behörden eines

²⁷⁷ Erwägungsgrund 19 lautet:

„(19) Eine Niederlassung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats setzt die effektive und tatsächliche Ausübung einer Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung voraus. Die Rechtsform einer solchen Niederlassung, die eine Agentur oder eine Zweigstelle sein kann, ist in dieser Hinsicht nicht maßgeblich. Wenn der Verantwortliche im Hoheitsgebiet mehrerer Mitgliedstaaten niedergelassen ist, insbesondere mit einer Filiale, muss er vor allem zur Vermeidung von Umgehungen sicherstellen, dass jede dieser Niederlassungen die Verpflichtungen einhält, die im jeweiligen einzelstaatlichen Recht vorgesehen sind, das auf ihre jeweiligen Tätigkeiten anwendbar ist.“

²⁷⁸ Art.-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 1/2008 zu Datenschutzfragen im Zusammenhang mit Suchmaschinen, S. 11, sowie Art.-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme über die Frage der internationalen Anwendbarkeit des EU-Datenschutzrechts bei der Verarbeitung personenbezogener Daten im Internet durch Websites außerhalb der EU, S. 9, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2002/wp56_de.pdf.

²⁷⁹ Google unterhält ein Büro in Wien unter: Google Austria GmbH, Graben 19, 1010 Wien. Der Datenschutzrat spricht in seiner Stellungnahme vom 14.01.2010 zur „Durchsetzung von Rechtsansprüchen bei datenschutzrechtlichen Verletzungen ausländischer Datenverarbeiter von Geodaten im Internet“ von dem Begriff „Niederlassung“. Die Stellungnahme ist abrufbar unter:

<http://www.austria.gv.at/DocView.axd?CobId=38006>. Soweit ersichtlich, hat das Büro in Österreich ausschließlich Aufgaben im Bereich Marketing und Verkauf von Werbung. Auch den Datacentern und Zweigstellen in Deutschland wird eine grundlegend darüber hinaus gehende Aufgabe nicht zugemessen, siehe Stellungnahme von Google, Response to the Article 29 Working Party Opinion On Data Protection Issues Related to Search Engines, S. 8, abrufbar unter:

<http://www.scribd.com/doc/5708227/Google-response-PDF-file-to-the-EU-privacy-regulator>. Auf jeden Fall wird dieses österreichische Büro nicht von Google selbst aufgeführt, siehe: <http://www.google.at/intl/de/corporate/address.html>.

Mitgliedstaats zur Strafverfolgung nachkommt. Würde man diesen Maßstab ansetzen, wäre das europäische Datenschutzrecht in den meisten Ländern der EU anwendbar, da sich hier eine Vielzahl von Büros befindet, die – nach eigenem Bekunden von Google – für die Vermarktung von Werbeanzeigen zuständig sind.

Google²⁸⁰ hat diese Auslegung als zu weitreichend kritisiert und ausgeführt, dass den Niederlassungen in Europa keinerlei Entscheidungsbefugnisse im Hinblick auf die Datenverwendungen zukommen („*However, although the EU-based data centres may be managed by a local Google subsidiary, all decisions regarding the purpose and means of the data processing activities are made by Google Inc.*“). Bei der Bewertung der Niederlassung innerhalb der EU sei dieser Aspekt indes zu berücksichtigen, da andernfalls der Bezug zum eigentlichen Verarbeitungsvorgang verloren ginge und damit auch die Kompetenz, über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten (Art. 2 lit c DSRL) zu entscheiden. Diese Darstellung erscheint durchaus nachvollziehbar. Allein auf einen tatsächlichen Standort abzustellen, würde den Anwendungsbereich des Datenschutzrechts unverhältnismäßig weit ausdehnen. Ein Bezug zum Datenverarbeitungsvorgang sollte daher gegeben sein.

Der Vortrag lässt sich nach Ansicht des Verfassers gleichwohl nicht abschließend bewerten, da Google bislang nicht umfassend Auskunft darüber erteilt hat, welche Aufgaben seinen Niederlassungen letztlich in datentechnischer Hinsicht zukommen. Anders wäre dies zu beurteilen, wenn der Nachweis erbracht werden könnte, dass bestimmte Suchanfragen auf bestimmten Servern in Europa bearbeitet und gespeichert werden. In Anbetracht der Tatsache, dass die Server über die gesamte Welt verstreut sind und eine Suchanfrage auf eine Vielzahl von Servern verteilt wird, ist es jedoch nahezu ausgeschlossen, einen Inlandsbezug bei der Datenverwendung über den Serverstandort²⁸¹ herzustellen.²⁸² Dies führt jedoch wohl auch

²⁸⁰ Google, Response to the Article 29 Working Party Opinion On Data Protection Issues Related to Search Engines vom 08.09.2008, S. 7, abrufbar unter: <http://www.scribd.com/doc/5708227/Google-response-PDF-file-to-the-EU-privacy-regulator>.

²⁸¹ Nach Auffassung von *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 4 Rn. 15, ist ausschließlich auf den Serverstandort abzustellen.

²⁸² *Reppesgaard*, Das Google Imperium (2008), S. 95 ff., geht davon aus, dass bei der Beantwortung einer einzelnen Suchanfrage bis zu 1.000 Rechner beteiligt sind. Google verfügt dabei derzeit über rund eine Million Server in ca. 13 Rechenzentren weltweit. Siehe hierzu auch *Ott*, MMR 2009, 158, 159, mit Verweis auf die Darstellung unter: <http://www.joergo.de/google.html>. Google plant zudem, ein mobiles, schwimmendes Daten- und Rechenzentrum zu errichten, was damit begründet wird, dass hierdurch auf dem Meer der notwendige Kühlvorgang der Rechner leichter bewerkstelligt werden könnten. Der entsprechende Patenantrag von Google für ein solches mobiles Rechenzentrum liegt bereits beim US-Patent- und Markenamt (U.S. PTO) vor. Die Patentschrift ist abrufbar unter:

dazu, dass vorbehaltlich weiterer Untersuchungen der Art. 29-Datenschutzgruppe über die Beteiligung bzw. über die konkreten Aufgaben der inländischen Standorte und deren Server an der Datenverarbeitung Google über keine Niederlassung i. S. d. Art. 4 Abs. 1 lit) a DSRL verfügt.²⁸³ Insoweit ist der Auffassung von Google beizupflichten, dass Büros mit reinen Marketingaufgaben nicht als Niederlassungen im Sinne der Richtlinie gelten.

2.1.2 Zurückgreifen auf Mitteln

Zu dem klassischen Sachverhalt für das Zurückgreifen auf ein automatisiertes Mittel zählt das Abfragen von Kundendaten von einem in der Europäischen Union gelegenen EDV-System, das vollautomatisch Warenbestellungen entgegennimmt und ohne Niederlassung des Verantwortlichen in einem der Mitgliedstaaten von einem Drittland aus verwaltet wird.²⁸⁵ Neben diesen EDV-Systemen werden als Mittel i. S. d. Art. 4 Abs. 1 lit c) der Richtlinie zum Beispiel Fragebögen oder Terminals verstanden, aber auch PCs, Server, Modems oder Wahlknoten von Internet Providern.²⁸⁶

²⁸³ Im Ergebnis ebenso *Ott*, MMR 2009, 158, 160.

„(1) Jeder Mitgliedstaat wendet die Vorschriften, die er zur Umsetzung dieser Richtlinie erlässt, auf alle Verarbeitungspersonenbezogener Daten an,
c) die von einem für die Verarbeitung Verantwortlichen ausgeführt werden, der nicht im Gebiet der Gemeinschaft niedergelassen ist und zum Zwecke der Verarbeitung personenbezogener Daten auf automatisierte oder nicht automatisierte Mittel zurückgreift, die im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats belegen sind, es sei denn, dass diese Mittel nur zum Zweck der Durchführung durch das Gebiet der Europäischen Gemeinschaft verwendet werden.“

²⁸⁶ Dammann, in: Simitis, Bundesdatenschutzgesetz, § 1 Rn. 220; Duhr/Naujok/Peter/Seiffert, DuD 2002, 5, 7: Schaar, Datenschutz im Internet, S. 80, Rn. 283; Duhr/Naujok/Schaar, MMR 7/2001, XVI. Die Art.-29-Datenschutzgruppe stellt darauf ab, dass der Auftraggeber zwar bestimmen muss, in welcher Weise die Mittel eingesetzt werden, eine umfassende Kontrolle über diese jedoch nicht erforderlich ist. Siehe Art.-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier über die Frage der internationalen Anwendbarkeit des EU-Datenschutzrechts bei der Verarbeitung personenbezogener Daten im Internet durch Websites außerhalb der

Voraussetzung ist, dass das Mittel physisch in einem der Mitgliedstaaten gelegen ist. Die Legitimation für die Anwendung des europäischen Rechts ergibt sich also erst aus der technischen Präsenz des Verantwortlichen (Google) in der Europäischen Union.²⁸⁷ Auf die Bewertung des zivilrechtlichen Eigentums an dem Mittel kommt es nicht an. So wird etwa über das Internet auf den Computer eines Nutzers in der Europäischen Union von einem Drittstaat aus zurückgegriffen, wenn auf dem PC Programme oder Programmkomponenten (z. B. Java-Applets, Active-X-Controls) installiert und auf Veranlassung einer außereuropäischen Stelle Nutzungsinformationen übertragen werden.²⁸⁸ Die Speicherung und Ablage der Cookies auf dem Rechner des Nutzers sollen hierbei ebenso einen Rückgriff auf Mittel darstellen wie die Speicherung der IP-Adresse beim Aufruf der Google-Startseite.²⁸⁹ Demnach wäre das EU-Datenschutzrecht anwendbar.

Entscheidend für die Anwendbarkeit der Richtlinienbestimmungen gemäß Art. 4 Abs. 1 lit c) DSRL ist jedoch zudem, dass der Anbieter trotz der automatischen Datenübertragung (z. B. durch Cookies) für das Auslösen des Transfers zum Zweck der Datenerhebung auch verantwortlich ist. Hierbei wird teilweise argumentiert,²⁹⁰ dass Google letztlich auf den Nutzer angewiesen ist, da dieser nicht nur die Suchseite aufruft, sondern darüber hinaus auch die Cookies zulassen muss, weshalb der Datenverwendungsvorgang quasi in der Hand des Nutzers liege. *Engel*²⁹¹ führt hierzu jedoch richtigerweise aus, dass die Übermittlung der Daten automatisch und für den Betroffenen oftmals – jedenfalls hinsichtlich der Art und des Umfangs der übermittelten Daten – auch nicht bewusst erfolgt. Der Betroffene geht höchstens davon aus, dass eventuell von irgendeiner Stelle im Netz zur Kenntnis genommen wird, welche Website er gerade aufruft. Dies mag man zum Anlass nehmen, den Nutzer einer Suchmaschine für deren Funktionsweise zu sensibilisieren. Im Zweifel ahnt er jedoch nicht, dass weitere Informationen von seinem Computer abgerufen werden. Das betrifft auch den Bereich der IP-Adressen, wobei hier für den Nutzer zunächst überhaupt keine Möglichkeit besteht,²⁹² die

EU (2002), abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2002/wp56_de.pdf, S. 10.

²⁸⁷ *Engel*, Reichweite und Umsetzung des Datenschutzes gemäß der Richtlinie 95/46/EG für aus der Europäischen Union in Drittländer exportierte Daten am Beispiel der USA, S. 37.

²⁸⁸ *Duhr/Naujok/Peter/Seiffert*, DuD 2002, 5, 7. Hierunter fallen typischerweise Spyware-Programme sowie Würmer, Viren und trojanische Pferde.

²⁸⁹ *Dammann*, in: Simitis, Bundesdatenschutzgesetz, § 1 Rn. 227 m. w. N.; ebenso *Ott*, MMR 2009, 158, 160.

²⁹⁰ *Schaar*, Datenschutz im Internet, Rn. 242.

²⁹¹ *Engel*, Reichweite und Umsetzung des Datenschutzes gemäß der Richtlinie 95/46/EG für aus der Europäischen Union in Drittländer exportierte Daten am Beispiel der USA, S. 44.

²⁹² Die Verwendung von Web-Proxies, mit denen die IP-Adresse „versteckt“ werden kann, soll hier außen gelassen werden.

Ermittlung der IP-Adresse und damit auch die Datenverwendung – Personenbezug unterstellt – zu verhindern. Da die IP-Adresse am Rechner des Betroffenen ermittelt wird, greift die Suchmaschine richtigerweise also auch in diesem Fall auf Mittel im Mitgliedstaat zurück. Solange die Suchmaschine Cookies sowie IP-Adressen speichert und den Betroffenen die Verwendung dieser Daten nicht in ihren eigenen Verantwortungsbereich übergibt und aufgrund der technischen Einrichtung nicht gesichert ist, dass die Nutzer von dieser Möglichkeit Gebrauch machen,²⁹³ bleibt sie insoweit auch für die Datenermittlung verantwortlich.

2.2 Räumlicher Anwendungsbereich des DSG

Das DSG²⁹⁴ geht in Umsetzung der Europäischen Datenschutzrichtlinie in § 3 Abs. 1 DSG grundsätzlich davon aus, dass auf jede Datenverwendung in Österreich (im Inland) das nationale Datenschutzrecht Anwendung findet.²⁹⁵

Der Begriff der Verwendung ist hierbei sehr weit gefasst und umfasst nach § 4 Z 8 DSG das Ermitteln, Erfassen, Speichern, Aufbewahren, Ordnen, Vergleichen, Verändern, Verknüpfen, Vervielfältigen, Abfragen, Ausgeben, Benützen, Überlassen (Z 11), Sperren, Löschen, Vernichten oder jede andere Art der Handhabung von Daten mit Ausnahme des Übermittels (Z 12) von Daten. Sobald damit Daten in Österreich verwendet werden, ist das DSG anwendbar. § 3 DSG legt den räumlichen Anwendungsbereich wie folgt fest:

§ 3 (1) *Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes sind auf die Verwendung von personenbezogenen Daten im Inland anzuwenden. Darüber hinaus ist dieses Bundesgesetz auf die Verwendung von Daten im Ausland anzuwenden, soweit diese Verwendung in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union für Zwecke einer in Österreich gelegenen Haupt- oder Zweigniederlassung (§ 4 Z 15) eines Auftraggebers (§ 4 Z 4) geschieht.*

(2) *Abweichend von Abs. 1 ist das Recht des Sitzstaates des Auftraggebers auf eine Datenverarbeitung im Inland anzuwenden, wenn ein Auftraggeber des privaten Bereichs (§ 5 Abs. 3) mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union personenbezogene Daten in Österreich zu einem Zweck verwendet, der keiner in Österreich gelegenen Niederlassung dieses Auftraggebers zuzurechnen ist.*

²⁹³ Vgl. Dammann, in: Simitis, Bundesdatenschutzgesetz § 1 Rn. 227.

²⁹⁴ Bundesgesetz über den Schutz personenbezogener Daten (Datenschutzgesetz 2000 – DSG 2000), BGBl 165/1999.

²⁹⁵ Der persönliche Anwendungsbereich des DSG erstreckt sich auf personenbezogene Daten von „jedermann“. Schutzobjekt ist neben der natürlichen Person auch jede juristische Person oder Personengemeinschaft. Damit fallen unter das DSG nicht nur Daten von Personen, sondern auch Daten von Unternehmen.

(3) Weiters ist dieses Bundesgesetz nicht anzuwenden, soweit personenbezogene Daten durch das Inland nur durchgeführt werden.

Im Hinblick auf die Frage nach der Datenverwendung im Inland kann auf die vorgenannten Ausführungen verwiesen werden. Wie bereits gezeigt, stellen die Speicherung und Erfassung der Daten wie IP-Adresse und Cookies auf dem PC des Nutzers eine Datenverwendung im Inland dar (§ 3 Abs. 1 Satz 1 DSG). Daneben führt ein Teil der Literatur²⁹⁶ an, dass die nationalen Bestimmungen bereits deswegen zur Anwendung kommen, da sich die aus den Drittstaaten erbrachten Dienste von Google objektiv erkennbar an die jeweiligen inländischen Nutzer richten. Google bietet nämlich nicht nur eine nationale Länderkennung (.at), sondern auch eine Beschränkung auf nationale Suchfunktionen an und leitet sämtliche Anfragen, die unter der Adresse www.google.com von einem Client mit einer österreichischen IP-Adresse eingehen, auf die nationale Adresse (google.at) weiter.

II. Verarbeitung von personenbezogenen Daten durch Google

Damit eine Datenverwendung in Form der Speicherung von Suchanfragen und IP-Adressen überhaupt dem Datenschutzrecht unterliegt, müssen zum einen personenbezogene Daten betroffen sein und zum anderen schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen an diesen Daten bestehen.

1. Allgemeine Begriffsbestimmung

1.1 Daten

Der Begriff „Daten“ versteht sich im Sinne von Informationen über Betroffene (§ 4 Z 3 DSG), deren Identität bestimmt oder bestimmbar ist. Die Art. 29-Datenschutzgruppe²⁹⁷ hat hierzu ausgeführt, dass der Terminus „Informationen“²⁹⁸ alle Arten von Aussagen über eine Person erfasst. Dies betrifft sowohl objektive als auch subjektive Informationen über eine Person und damit alle Angaben, die das Privat- oder Geschäftsleben berühren oder berühren können. Zugleich sind auch Aussagen über alle Arten von Aktivitäten der Person oder ihres

²⁹⁶ Weichert, MR-Int. 2007, 188, 189; Duhr/Naujok/Peter/Seiffert, DuD 2002, 5,7; Schaar, Datenschutz im Internet, S. 81 Rn. 241.

²⁹⁷ Art. 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 4/2007 zum Begriff „personenbezogene Daten“, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_de.pdf.

²⁹⁸ Der Begriff „Information“ entstammt Art. 2 lit a) DSRL.

ökonomischen oder sozialen Verhaltens erfasst, mit denen ein Bezug zu einer Person hergestellt werden kann.²⁹⁹

1.2 Personenbezug von Daten

Die verwendeten Daten müssen einen Personenbezug aufweisen. Dies ist dann der Fall, wenn die Identität des Betroffenen mit diesen Daten entweder bestimmt oder bestimmbar ist.³⁰⁰ Die Frage, wann eine Person letztlich bestimmt oder bestimmbar ist, ist seit Langem Gegenstand der rechtlichen Diskussion. Hierbei stehen sich zwei unterschiedliche Auffassungen gegenüber, die insbesondere im Zusammenhang mit dem Personenbezug von IP-Adressen debattiert wurden. Die eine Auffassung verlangt, für die Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des Personenbezugs sämtliche objektiv verfügbaren Mittel zu berücksichtigen, die Gegenansicht stellt auf die individuellen Fähigkeiten des jeweiligen Datenverwenders ab. Vorweg sei der Erwägungsgrund 26 der Datenschutzrichtlinie erwähnt:

„Bei der Entscheidung, ob eine Person bestimmbar ist, sollten alle Mittel berücksichtigt werden, die vernünftigerweise entweder von dem Verantwortlichen für die Verarbeitung oder von einem Dritten eingesetzt werden könnten, um die betreffende Person zu bestimmen.“

1.2.1 Objektiver Ansatz des Personenbezugs

Die Vertreter³⁰¹ der absoluten oder auch objektiven Theorie stützen sich auf den Wortlaut der Datenschutzrichtlinie und bewerten die Frage nach dem Personenbezug eines Datums unab-

²⁹⁹ Siehe hierzu *Jahnel*, in: *Jahnel, Datenschutzrecht und E-Government*, S. 28 f., mit zahlreichen Beispielen. Ebenso *Knyrim*, *Datenschutzrecht*, S. 15.

³⁰⁰ *Jahnel*, in: *Jahnel, Datenschutzrecht und E-Government*, S. 28, 29.

³⁰¹ *Pahlen/Brandt*, K&R 2008, 288, 290; *Pahlen/Brandt*, DuD 2008, 34, 39; AG Berlin, Urt. v. 27.03.2007, Az. C 314/06, K&R 2007, 600, 601; *Schaar*, *Datenschutz im Internet*, S. 63, Rn. 175; *Art.-29-Datenschutzgruppe*, Stellungnahme 4/2007 zum Begriff „personenbezogene Daten“, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_de.pdf, S. 197; *Forgó*, Gutachten des Rechtsinstituts für Rechtsinformatik der Leibniz Universität Hannover vom 18.02.2010, S. 37, unter Verweis auf den objektiven Ansatz der DSRL. Ebenso zuletzt die Ansicht des schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts, v. 27.05.2009. „Die Frage, ob eine Person bestimmbar ist oder nicht, ist anhand objektiver Kriterien im konkreten Fall zu beurteilen.“ Die Entscheidung ist abrufbar unter: http://relevancy.bger.ch/pdf/azabvger/2009/a_03144_2008_2009_05_27_t.pdf; siehe auch zuletzt Mitteilung des schweizerischen Bundesgerichts v. 08.09.2010, abrufbar unter: http://www.bger.ch/mm_1c_285_2009_d.pdf; ähnlich hat auch das oberste schwedische Verwaltungsgericht in der Entscheidung vom 16.06.2009, Az. 3978-07 geurteilt. Siehe zudem CNIL (Commission nationale de l'informatique et des libertés), Stellungnahme vom 05.02.2009, abrufbar unter: http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/La_CNIL/actualite/Publicite_Ciblee_rapport_VD.pdf; sowie *Knyrim*, *Suchmaschinen andersrum: Datenschutzrechtliche Implikationen von Suchmaschinen und Web-Analyse-Tools*, S. 121, abrufbar unter: http://www.preslmayr.at/admin2/untermenue/pdf/10/20091118065320KY_DSR_Suchmaschinen_andersrum.pdf.

hängig vom individuellen Wissen der verarbeitenden Stelle. Vielmehr sollen sämtliche verfügbaren Mittel und damit auch das Zusatzwissen Dritter für die Bestimmbarkeit der Person und damit beim Personenbezug eines Datums berücksichtigt werden. Für den Personenbezug eines Datums soll es damit genügen, wenn die objektive Möglichkeit besteht, ein Datum einer bestimmten Person zuzuordnen. Es kommt folglich nicht darauf an, ob die verarbeitende Stelle hierzu in der Lage ist, weshalb ein Datum daher entweder für alle verantwortlichen Stellen ein personenbezogenes Datum ist oder für niemanden.

1.2.2 Relativer Ansatz des Personenbezugs

Im Gegensatz dazu gehen sowohl ein Teil der Literatur³⁰² und Rechtsprechung³⁰³ als auch Google selbst von einer relativen Bestimmbarkeit des Personenbezug aus.

Hiernach hängt die Frage, ob dem Datum ein Personenbezug beizumessen ist, ausschließlich von den Verhältnissen und den Kenntnissen der jeweils verarbeitenden Stelle ab. Es ist demnach unerheblich, welche genauen Informationen ein Dritter besitzt. Das Datum kann damit für den einen, der über das zur Identifikation erforderliche Zusatzwissen verfügt, ein personenbezogenes Datum darstellen, für denjenigen, der dieses Wissen nicht besitzt, hingegen nicht.³⁰⁴ Damit stellt sich die Ansicht allerdings nach hier vertretener Auffassung gegen den eindeutigen Wortlaut des Erwägungsgrundes 26 der Richtlinie, der ausdrücklich auch jene Mittel bei der Frage der Bestimmbarkeit berücksichtigt, die vernünftigerweise³⁰⁵ einem Dritten zustehen.

Daneben wird diskutiert,³⁰⁶ ob bei der Bestimmbarkeit zumindest solche Mittel unberücksichtigt bleiben sollen, die einen unverhältnismäßigen Aufwand im Verhältnis zum zu erwartenden Nutzen verursachen würden. Auf europarechtlicher Ebene wird dieser Aufwand, der in-

³⁰² Meyerdierks, MMR 2009, 8, 9; Voigt, MMR 2009, 377, 379; Moos, K&R 2008, 137, 138; ders. CR 2003, 385, 387; Roßnagel/Scholz, MMR 2000, 722, 723; Arning/Forgó/Krügel, DuD 2006, 704, 705; Gola/Schomerus, § 3 Rn. 10, 44; Dammann, in: Simitis, Bundesdatenschutzgesetz, § 3 Rn. 33, 35; LG Berlin, Urt. v. 06.09.2007, Az. 23 S 3/07, mit Anm. Köcher, MMR 2007, 800, 801; AG München, Urt. v. 30.09.2008, Az. 133 C 5677/08, mit Anm. Eckhardt, K&R 2008, 768, 768;

³⁰³ LG Frankenthal, v. 21.05.2008, Az. 6 O 156/08, MMR 2008, 687 ff., mit Anm. Ernst/Spoenle.

³⁰⁴ Siehe auch KG Berlin, Urt. v. 25.09.2006, Az. 10 U 262/05, K&R 2007, 168 ff. EuGH, v. 29.01.2008, C-275/06, K&R 2008, 165 ff. – *Promusicae*. Ein Hauptargument der Vertreter dieser Ansicht ist die datenschutzrechtliche Unzulässigkeit der Weitergabe der hinter einem Datum wie der IP-Adresse stehenden Namen durch den Access-Provider.

³⁰⁵ Hier könnte sogleich auf § 4 Z 1 DSG verwiesen werden, wonach darauf abgestellt wird, dass die Identität des Betroffenen mit rechtliche zulässigen Mitteln nicht bestimmt werden kann.

³⁰⁶ Gola/Schomerus, BDSG, § 3 Rn. 44; Thiele, Unbefugte Bildaufnahmen und ihre Verbreitung im Internet – Braucht Österreich einen eigenen Paparazzi-Paragrafen, RZ 2007, 2, 10; Jahnel, in: Jahnel, Datenschutzrecht und E-Government, S. 35.

vestiert werden muss, um eine Identifizierung zu ermöglichen, bereits berücksichtigt. Hierzu wird ausgeführt,³⁰⁷ dass bei der Frage, welche Mittel und Wege zur Identifizierung vernünftigerweise eingesetzt werden, alle relevanten Kontextfaktoren Berücksichtigung finden müssen. Derartige Kontextfaktoren können die zu erwartenden Kosten, der beabsichtigte Zweck, die Strukturierung der Verarbeitung oder aber auch der zu erwartende Vorteil der Identifizierung sein.

Hieraus wird teilweise gefolgert, dass ein rein objektiv verstandener Ansatz des Personenbezugs abgelehnt werden sollte. Gleichwohl muss nach dem eindeutigen Wortlaut der Richtlinie das Wissen Dritter berücksichtigt werden, sodass *Forgó*³⁰⁸ hieraus den Schluss zieht, dass sich, im Gegensatz zu den zuvor besprochenen Merkmalen, das Merkmal „Bestimmbarkeit“ auch angesichts stetig steigender Datenbestände und Rechnerkapazitäten zunehmend weniger als Ab- und Eingrenzungskriterium des datenschutzrechtlichen Anwendungsbereiches eignet.

Für die Frage der „Bestimmbarkeit“ kann somit festgehalten werden, dass diese dann gegeben ist, wenn die Identifizierung der Person mit Mitteln möglich ist, die keinen unverhältnismäßigen Aufwand bedeuten. Hierbei ist sowohl auf die der verarbeitenden Stelle zur Verfügung stehenden Mittel als auch auf solche, die Dritten vernünftigerweise zur Verfügung stehen, abzustellen.

1.3 Indirekt personenbezogene Daten

Lediglich indirekt personenbezogen³⁰⁹ sind Daten hingegen für einen Auftraggeber, Dienstleister oder Empfänger einer Übermittlung dann, wenn der Personenbezug der Daten derart ist, dass dieser Auftraggeber, Dienstleister oder Übermittlungsempfänger die Identität des Betroffenen mit rechtlich zulässigen Mitteln nicht bestimmen kann. Hierunter fallen auch sog.

³⁰⁷ Artikel 29 Datenschutzgruppe, Stellungnahme 4/2007 zum Begriff „personenbezogene Daten“, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_de.pdf, S. 18.

³⁰⁸ *Forgó/Krügel*, MMR 2010, 17, 22.

³⁰⁹ Die ARGE Daten übt weiterhin heftige Kritik an dem Konstrukt der indirekt personenbezogenen Daten als ein „österreichisches Unikum“, welches in den europarechtlichen Normen keine Grundlage findet. Hierbei wird nicht nur kritisiert, dass es den Begriff „indirekt personenbezogene Daten“ nach der EU-Richtlinie überhaupt nicht gibt, sondern insbesondere hierdurch Daten von fundamentalen datenschutzrechtlichen Grundsätzen ausschließt. Stellungnahme der ARGE Daten zur DSG Novelle 2008 vom 15.05.2008, abrufbar unter: <ftp://ftp.freenet.at/privacy/gesetze/dsg-stellungnahme.pdf>, sowie Stellungnahmen zur DSG-Novelle 2010 vom 08.06.2009, abrufbar unter: <ftp://ftp.freenet.at/privacy/gesetze/dsg-novelle-2010.pdf>.

pseudonymisierte Daten,³¹⁰ d. h. Daten, die durch ein Pseudonym in Form eines Buchstaben- oder Zahlencodes ersetzt worden sind. Sofern der Auftraggeber über das Mittel zu Dekodierung verfügt, ist der Personenbezug wieder herstellbar.

2. Datenverwendung bei der Websuche

Im Zusammenhang mit der o. g. Verwendung von Daten bei der Suche durch den Nutzer stellt sich die Frage, inwieweit die vom Suchmaschinenanbieter gespeicherten und ermittelten Daten – insbesondere die Speicherung von Cookies und IP-Adressen – dem Datenschutzrecht unterliegen.

2.1 IP-Adressen als personenbezogenes Datum

Hierzu müsste es sich bei IP-Adressen um personenbezogene Daten handeln. Dies ist dann der Fall, wenn die IP-Adresse einer bestimmten oder bestimmbaren Person zugeordnet werden kann. Hierbei ist zunächst zwischen statischen und dynamischen IP-Adressen zu unterscheiden.

2.1.1 Statische IP-Adressen

Bei einer statischen IP-Adresse besteht eine feste und nicht austauschbare Adressierung eines Rechners im Internet. Dies ermöglicht letztlich eine eindeutige Zuordnung von Rechner und einer IP-Nummer.³¹¹ Damit ist durch diese feste Bezugsgröße der statischen IP-Adressierung der Bezug zur juristischen oder natürlichen Person als identitätsstiftendes Element³¹² dauerhaft gegeben, was beim Vergleich mit personenidentifizierenden Merkmalen wie Name, Telefonnummer oder E-Mail-Adresse die Identifizierung zumindest ermöglicht. Personenbezug ist daher bei statischen IP-Nummern nach überwiegender Meinung³¹³ gegeben.

³¹⁰ Hierbei handelt es sich eigentlich um einen Begriff aus dem deutschen Datenschutzrecht, der jedoch auch im Zusammenhang mit den Bestimmungen des DSG verwendet wird, vgl. *Jahnel*, in: *Jahnel*, Datenschutzrecht und E-Government, S. 37.

³¹¹ Siehe bereits oben, C. I. 1.1

³¹² *Gabriel/Cornels*, MMR 11/2008, S. XIV, XVI; *Merati-Kashani*, Der Datenschutz im E-Commerce, S. 166.

³¹³ Die Diskussion um den Personenbezug bei statischen IP-Adressen stellt sich darüber hinaus eher in Deutschland als in Österreich. In der deutschen Literatur wird nämlich zudem angeführt, dass mit der Auskunft über *ripe.net* meist nur die juristische Person, die den Anschluss besitzt, ausfindig gemacht werden kann, aber nicht der eigentliche Nutzer des Rechners. Dies ist nach dem DSG indes ohne Belang, da Österreich ausdrücklich auch juristische Personen vom Schutz des Datenschutzes umfasst sehen will.

2.1.2 Dynamische IP-Adressen

Im Gegensatz zu einer statischen IP-Adresse weist eine dynamische keine feste Zuordnung zwischen Rechner und Adresse auf. Die dynamische Vergabe der IP-Adressen obliegt dem Access-Provider, der wiederum neben dieser Adresse weitere Daten des Nutzers speichert, wie dessen Identität, das Datum sowie Dauer und Zeitpunkt der Adresszuweisung. Es herrscht insoweit Einigkeit³¹⁴ darüber, dass eine IP-Adresse, die der Access-Provider dem Anschluss eines Kunden zuweist, für diesen immer ein personenbezogenes Datum darstellt. Der Access-Provider kann mit den ihm zur Verfügung stehenden Informationen die IP-Adresse ohne Weiteres dem Nutzer zuordnen. Die Person ist folglich bestimmbar. Was für den Access-Provider gilt, muss indes nicht zwingend für andere Diensteanbieter gelten. Die Diskussion³¹⁵ um den Personenbezug von IP-Adressen hängt also auch hier davon ab, ob man von einem objektiven oder relativen Begriff der Bestimmbarkeit ausgeht.

Das Amtsgericht München³¹⁶ ist in diesem Zusammenhang bislang der Auffassung der relativen Bestimmbarkeit gefolgt und hat sich gegen den Personenbezug von IP-Adressen ausgesprochen. Im konkreten Fall ging es um einen Content-Provider, dem es mit den ihm zur Verfügung stehenden Informationen und Hilfsmitteln nicht möglich war, die Bestandsdaten des Nutzers und damit die hinter einer dynamischen IP-Adresse stehende natürliche Person ohne unverhältnismäßigen Aufwand zu ermitteln. Zwar besteht die theoretische Möglichkeit, den Nutzer anhand des Access-Providers zu identifizieren. Allerdings existiert für ein solches Auskunftsbegehren grundsätzlich keine Rechtsgrundlage, weshalb die Möglichkeit einer Bestimmbarkeit – für den hier betroffenen Provider – faktisch ausschied. Das Münchener Gericht betonte, dass eine illegale Handlung³¹⁷ kaum als normalerweise und ohne großen Aufwand durchzuführende Methode angesehen werden könne.

Eine abschließende Entscheidung darüber, ob IP-Adressen letztlich als personenbezogenes Datum gewertet werden, lässt sich noch nicht treffen. Nach Ansicht des Verfassers wird sich

³¹⁴ Helfrich, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimediarecht, Teil 16.1, Rn. 31, 32; Steidle/Pordes, DuD 2008, 324, 327; Voigt, MMR 2009, 377, 378; Merati-Kashani, Der Datenschutz im E-Commerce, S. 167, m. w. N; LG Darmstadt, Urt. v. 07.12.2005, Az. 25 S 118/2005, K&R 2006, 290, 291; Moos, K&R 2008, 137, 139; Härtig, CR 2008, 743, 748; Art. 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 4/2007 zum Begriff „personenbezogene Daten“, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_de.pdf, S. 19.

³¹⁵ Das VG Wiesbaden hat mit Beschluss vom 27.02.2009 dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob eine IP-Adresse ein personenbezogenes Datum ist. VG Wiesbaden, Beschl. v. 27.02.2009, Az. 6 K 1045/08.WI, MMR 2009, 428 ff. = DuD 2009, 251 ff. = K&R 2009, 354 ff., mit Anm. Schnabel.

³¹⁶ AG München, Urt. v. 30.09.2008, Az. 133 C 5677/08, K&R 2008, 767 ff. = MMR 2008, 860; ebenso Meyerdierks, MMR 2009, 8, 10; a. A. AG Berlin, Urt. v. 27.03.2007, Az. 5 C 314/06, K&R 2007, 600, 601.

³¹⁷ Bei der IP-Adresse hätte es sich folglich um ein indirekt personenbezogenes Datum handeln können.

die Entscheidung des AG München, das den Personenbezug verneint hat, jedoch nicht durchsetzen. Letztlich wird diese Frage im Bereich von Google – wie noch zu zeigen sein wird – aber ohnehin nicht beantwortet werden müssen.

2.2 Cookies als personenbezogenes Datum

Wie bereits oben angeführt, existieren mehrere Formen von Cookies, wobei Cookies besonders im Hinblick auf die Möglichkeit der Erstellung von Nutzerprofilen³¹⁸ problematisch sind. Bei temporären Cookies geht eine datenschutzrechtliche Problematik im Hinblick auf die Wiedererkennbarkeit oder Bestimmbarkeit aufgrund der Kurzlebigkeit nicht einher.³¹⁹ Temporäre Cookies sind mithin bei der weiteren Betrachtung außen vor zu lassen.

In datenschutzrechtlicher Hinsicht kommt es vielmehr auf die dauerhaften Cookies mit einer eindeutigen Cookie-ID an. Bei dieser Art der Cookies wird die potenzielle Gefahr begründet, dass eine langfristige und umfassende Datensammlung und ein Datenabgleich stattfinden. Die Cookie-ID an sich stellt hierbei – ebenso wie zunächst die IP-Adresse – lediglich einen zufällig generierten Zahlencode dar, aus dem allein kein Personenbezug, sondern höchstens ein Maschinenbezug hergestellt werden kann.³²⁰ Nichtsdestotrotz besteht die Möglichkeit, dass durch die Verknüpfung des Cookies mit weiteren Anwendungen, bei denen der Nutzer personenbezogene Daten (u. a. Bestandsdaten) eingibt oder verwendet, ein Personenbezug hergestellt werden kann. Dies wird meistens dann der Fall sein, wenn man sich für bestimmte Dienste vorab registrieren muss. Hierdurch besteht auch für den Anwender die Möglichkeit, mithilfe der Cookie-ID und der Suchanfrage des Nutzers einen Personenbezug herzustellen. Insoweit wäre für diesen Anbieter von personenbezogenen Daten auszugehen.

2.3 Der Personenbezug für Google

Die Diskussion um den relativen oder objektiven Ansatz für den Personenbezug von IP-Adressen braucht im Zusammenhang mit der Datenverwendung durch Google wohl nicht abschließend entschieden zu werden, da die IP-Adresse des Nutzers bei der Suchanfrage zumindest für den Suchmaschinenanbieter stets als „personenbezogen“ zu qualifizieren ist. Für Google existiert nämlich zumindest die Möglichkeit, aus den zur Verfügung stehenden Daten einen

³¹⁸ Eine genaue Definition des Begriffs „Nutzerprofil“ findet sich im Gesetz nicht. Lediglich § 103 Abs. 1 TKG verwendet den Begriff im Zusammenhang mit der Erstellung von Teilnehmerverzeichnissen, ohne jedoch eine weitere Erläuterung des Begriffs vorzunehmen. Vereinfacht versteht man unter „Nutzerprofil“ die systematische Zusammenstellung von Nutzungsdaten.

³¹⁹ Ebenso *Merati-Kashani*, Datenschutz im E-Commerce, S. 164; *Voigt*, MMR 2009, 377, 380.

³²⁰ *Conrad/Schneider*, in: Schwarz/Peschel-Mehner, Recht im Internet, Teil 15.G, Rn. 2.

Personenbezug herzustellen und damit eine Person mithilfe der IP-Adresse bestimmbar zu machen.

Selbst wenn man nämlich der Ansicht des relativen Personenbezugs folgen und allein auf die Möglichkeiten der verarbeitenden Stelle abstellen möchte, bestünde für Google in – einigen – Fällen auch ohne die Mithilfe Dritter die – theoretische – Möglichkeit, eine Identifizierung des Suchmaschinennutzers vorzunehmen.

2.3.1 Identifizierung über die Suchanfrage

Mit jeder Suchanfrage steigert der Nutzer zunächst die Wahrscheinlichkeit, dass die einzelnen Informationen von Google zusammengesetzt werden könnten.³²¹ Hiervon sind zunächst Angaben und Suchanfragen über persönliche Interessen oder Neigungen betroffen. Aber auch der Fall des sog. Ego-Googeln sollte hierbei nicht unberücksichtigt bleiben. Nach einer Studie von BITKOM³²² „googeln“ rund ein Drittel der Deutschen gelegentlich oder oft nach dem eigenen Namen. Im Zeitalter, in dem Social Networks³²³ den Suchmaschinen „die Befugnis einräumen“, auch die Daten ihrer Nutzer auszuwerten und zu indexieren, wird dieser Wert inzwi-

³²¹ In diesem Zusammenhang wird immer wieder das Beispiel von AOL angeführt. Der Suchmaschinenanbieter veröffentlichte 2006 auf seiner Webseite eine Datenbank mit den Suchanfragen seiner Nutzer, die diese über einen Zeitraum von drei Monaten gestellt hatten. Die Suchanfragen an sich konnten zunächst keinem Nutzer direkt zugeordnet werden, da AOL lediglich eine Nutzernummer vergab. Aus den Anfragen ließ sich lediglich ablesen, dass Nutzer-Nr. 9486162 möglicherweise selbstmordgefährdet und ein Fan des „University of Kentucky Football Teams“ ist. Der Nutzer hatte hierzu Suchanfragen in Form von „*university of kentucky football*“, „*ways to kill yourself*“, „*how to kill oneself by natural gas*“ und „*university of kentucky 2007 football recruits*“ gestellt. Siehe hierzu auch McCullagh, AOL's disturbing glimpse into user's lives, abrufbar unter: http://news.cnet.com/2100-1030_3-6103098.html. Der New York Times ist es hingegen gelungen, Nutzer-Nr. 4417749 ausfindig zu machen. Frau Thelma Arnold hatte sich bei der Suche nach ihrem eigenen Nachnamen und in Verbindung mit lokalen Angaben, „Lilbourn, GA“ verraten. Siehe hierzu den Bericht von Barbaro/Zeller, A face is exposed for AOL searcher no. 4417749, abrufbar unter: <http://www.nytimes.com/2006/08/09/technology/09aol.html?ex=1312776000>; ebenso Hansen/Meissner, Verkettung digitaler Identitäten, S. 121.

³²² Siehe Heise, Volkssport „Ego-Googeln“: Jeder Dritte sucht sich selbst, abrufbar unter: <http://www.heise.de/newsticker/Volkssport-Ego-Googeln-Jeder-Dritte-sucht-sich-selbst--/meldung/117349>. Ebenso die Studie von SpiroConsult vom 06.04.2010, „Ego-Googeln bringt es ans Licht“, abrufbar unter: http://www.spiro-consult.de/wDeutsch/presse/download/2010-06_spiroconsult_ego-googeln.pdf.

³²³ Siehe hierzu den Bericht von Blank, Zehn goldene Facebook-Regeln, abrufbar unter: <http://mc.cellmp.de/op/stern/de/ct/-X/detail/digital/Soziale-Netze-Zehn-Facebook-Regeln/1520521/>. Es erscheint folglich durchaus nicht unwahrscheinlich, dass viele Nutzer auf der Suche „nach den eigenen Informationen im Internet“ durchaus vermehrt die eigenen Namen und hierzu gehörende Daten eingeben werden. Hierbei soll auch auf das Urteil des OLG Köln, Urt. v. 09.02.2010, Az. 15 U 107/09, BeckRS 2010, 06734, hingewiesen werden. In dieser Entscheidung sprachen die Richter aus, dass der Nutzer eines Portals, wie dem von facebook, mit der Einstellung seiner privaten Bilder zugleich die konkludente Einwilligung erklärt, dass diese Informationen von anderen Medien, insbesondere von Suchmaschinen, ausgewertet werden dürfen und dass auf sie zugegriffen werden darf.

schen sicherlich nicht geringer geworden sein. Hierdurch ist es – theoretisch – zumindest möglich, dass bereits Suchanfragen einer bestimmten Person zugeordnet werden können.³²⁴

2.3.2 Identifizierung anhand registrierter Dienste

Soweit der Nutzer der Suchmaschine neben der normalen Suchfunktion auch Dienste von Google in Anspruch nimmt, die mit einer (personalisierten) Registrierung verbunden sind, besteht die Möglichkeit, die Suchanfrage dem registrierten Benutzer zuzuordnen und ihn damit zu identifizieren.

Wenn sich der Nutzer bei seinem registrierungspflichtigen Dienst eingeloggt hat, wird die IP-Adresse ermittelt und von Google gespeichert. Bei einem eingeloggten Nutzer verfügt Google nun über zwei wesentliche Parameter, nämlich die Account-Informationen und die dazugehörige IP-Adresse. Stellt der Nutzer nunmehr eine Suchanfrage, erfasst Google erneut diese IP-Adresse, die mit der IP-Adresse beim Einloggen und den hierbei hinterlegten Informationen abgeglichen werden könnte.

Dies wäre auch möglich, wenn Google einen einheitlichen Cookie für die unterschiedlichen Funktionen verwendet. Ott³²⁵ veranschaulicht dies anhand des folgenden Beispiels: Google speichert z. B. bei dem Dienst „Google-Text & Tabellen“ Informationen des Nutzers, wie etwa Anzahl der Anmeldungen beim Dienst und die hierbei anfallenden Protokolldaten (IP-Adresse, Datum und Uhrzeit der Anmeldung sowie die oben genannte Cookie-ID³²⁶). Sofern es sich um unterschiedliche Cookies bei der Websuche und dem Dienst handelt, könnte Google zumindest Rückschlüsse ziehen, dass ein bestimmter Nutzer mit einer bestimmten IP-Adresse zu einem bestimmten Zeitpunkt online und eingeloggt war und an dem Dienst gearbeitet hat. Führt der Nutzer in diesem Zeitraum noch entsprechende Suchanfragen aus, in deren Folge auch wieder diese IP-Adresse gespeichert wird, könnte durch einen Abgleich dieser Informationen wie Zeit und IP-Adresse der Nutzer durch seine Registrierungsdaten „ermittelt“ werden. Von diesem Zeitpunkt an könnte Google erkennen, dass sich hinter diesen beiden Informationen für die Suchanfrage und den Google-Dienst die gleiche Person verbirgt. Folglich wären von hier an die

³²⁴ Ott, MMR 2009, 448, 451, wobei hier zuzugestehen ist, dass eine solche Auswertung durch Google natürlich kaum anzunehmen ist.

³²⁵ Beispiel nach Ott, MMR 2009, 448, 451.

³²⁶ Vgl. <http://www.google.com/google-d-s/intl/de/privacy.html>.

Suchanfragen durchweg dieser Person zuordenbar, auch wenn der Google-Dienst selbst nicht genutzt wird und der Nutzer nicht mehr eingeloggt wäre.³²⁷

Auch wenn keine Anhaltspunkte bestehen, Google ein solches Vorgehen zu unterstellen, besteht zumindest die Möglichkeit für Google, den Personenbezug auf diesem Wege herzustellen. Ott³²⁸ weist ebenfalls richtigerweise darauf hin, dass es letztlich irrelevant ist, ob Google tatsächlich in der Praxis derart verfährt. Entscheidend ist allein, dass die Möglichkeit hierzu vorhanden ist.

2.3.3 Identifizierung ohne Registrierung

Sofern der Nutzer der Suchmaschine allerdings über keinen Google-Account verfügt oder keinen entsprechenden Dienst in Anspruch nimmt und sich darüber hinaus auch nicht im Wege der Sucheingaben selbst „verrät“, könnte jedoch auch Google ohne weitergehende Daten des Access-Providers keinen Personenbezug durch die gespeicherten Informationen wie IP-Adresse herstellen.

2.3.4 Fazit

Damit existieren grundsätzlich drei Möglichkeiten, eine Suchanfrage und die Speicherung der IP-Adresse beim Suchvorgang zu bewerten. Die erste Möglichkeit betrifft den – wenn auch eher unwahrscheinlichen, aber dennoch denkbaren – Fall, dass die Zuordnung unmittelbar aus der Suchanfrage und dem Inhalt dieser Informationen erfolgt. Die zweite Variante schildert die Möglichkeit, dass die Zuordnung durch die Verbindung mit den Daten eines Dienstes stattfindet. Wenn Google Informationen über den Nutzer aus anderen Quellen mit denjenigen der Suchanfrage und der IP-Adresse verbinden kann, liegt die Möglichkeit – und dies ist entscheidend – einer Zuordnung und damit der theoretischen Identifizierung des Nutzers durchaus nahe. Im zuletzt genannten Fall kann der Suchmaschinenanbieter keinerlei Bezug zum Nutzer herstellen.

³²⁷ Diese Möglichkeit bestünde zumindest so lange, bis die entsprechenden Cookies bei der Websuche gelöscht werden. Daneben kann diese Darstellung auf sämtliche Diensteanbieter übertragen werden, bei denen der Auftraggeber über Bestandsdaten und einen entsprechenden Zugang für den Nutzer verfügt. Auch für diesen sind nach Ansicht des Verfassers IP-Adressen stets personenbezogen.

³²⁸ Ott; MMR 2009, 448, 451; Voigt, MMR 2009, 377, 380. Da der Personenbezug auch mit rechtlich zulässigen Mitteln von Google hergestellt werden kann, scheidet nach Ansicht des Verfassers auch die Annahme eines nur indirekt personenbezogenen Datums aus.

Sofern Google die Möglichkeit besäße, die IP-Adresse einer Person zuzuordnen, wäre dieses Datum personenbezogen. Damit liegt indes zumindest für einen – wenn auch nicht klar eingrenzbaaren und von vornherein identifizierbaren – Teil der erfassten IP-Adressen ein Personenbezug vor, nämlich dann, wenn sie von einem bei Google registrierten Nutzer stammen. Google wiederum weiß jedoch im Einzelfall vorab nicht, ob die gespeicherte Suchanfrage samt IP-Adresse einem registrierten Nutzer zugeordnet werden kann. Zumindest unterscheidet Google bei der Suche und der Speicherung der anfallenden Daten nicht zwischen einem registrierten und einem nicht registrierten Nutzer. Ein Auftraggeber jedoch, der nicht mit absoluter Sicherheit im Zeitpunkt der Datenermittlung erkennen kann, ob Daten zu nicht bestimmbarern Nutzern gehören, muss sicherheitshalber alle Daten als personenbezogen behandeln.³²⁹ Damit ist für den Suchmaschinenanbieter richtigerweise die IP-Adresse ebenso wie die Cookie-ID als personenbezogenes Datum zu behandeln.

3. Datenverwendung bei Suchobjekten

Google ermittelt die Ergebnisse aus der Trefferliste, indem die Robots das Internet durchsuchen und einen Index der erfassten Seiten anlegen.³³⁰ Die Frage, die sich in diesem Zusammenhang stellt, lautet, ob Google für die hierbei ermittelten Daten Verantwortlicher bzw. Auftraggeber i. S. d. § 4 Z 4 DSG ist. Wäre dies der Fall, würden sich für den Suchmaschinenanbieter auch in datenschutzrechtlicher Hinsicht weitreichende Verpflichtungen bei der Darstellung der Ergebnisse im Index und deren Inhalte ergeben.

Der Begriff der Datenverarbeitung ist im österreichischen Datenschutzrecht sehr weit gefasst. Hierunter fallen u. a. auch das „Erfassen“ (§ 4 Z 9 Var. 2 DSG) und das „Speichern“ (§ 4 Z 9 Var. 3 DSG). Unter Berücksichtigung der Lindqvist-Entscheidung des EuGH³³¹ wird bei Google und der automatisierten Suche und Indexierung der Treffer eine Datenverarbeitung vorliegen. Die Speicherung der Websites im Index wird zwangsläufig auch personenbezogene Daten umfassen, sodass sich lediglich die Frage aufwirft, ob Google auch Verantwortlicher

³²⁹ Ott, MMR 2009, 448, 452; Art.-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 1/2008 zu Datenschutzfragen im Zusammenhang mit Suchmaschinen vom 04.04.2008, S. 9, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2008/wp148_de.pdf; ähnlich Stessel, Internetsuchmaschinen und Datenschutz, S. 22. Aus diesem Grund scheidet nach diesseits vertretener Ansicht auch die Anwendbarkeit von nur indirekt personenbezogenen Daten i. S. d. § 4 Z 1 Var. 2 DSG bei IP-Adressen aus. Google könnte die Identität stets mit zulässigen Mitteln bestimmen.

³³⁰ Zur Vorgehensweise siehe bereits oben A. II. 3.

³³¹ EuGH, v. 06.11.2003, C 101/01, CR 2004, 286 ff. = MMR 2004, 95 ff. = EuZW 2004, 245 ff. – Lindqvist. Hierzu stellt der EuGH u. a. fest, dass die Vorgänge für das Hochladen und den Abruf von Seiten eine automatische Datenverarbeitung darstellen.

dieser Datenverarbeitung ist. Google selbst verweist mit dem Index zunächst nur auf die Seiten Dritter.

Weder der Datenschutzrichtlinie noch dem DSG ist insoweit ausdrücklich zu entnehmen, ob eine derartige – vermittelnde – Tätigkeit hiervon erfasst ist. Es erscheint insoweit zunächst unstrittig, dass zumindest bei der Indexierung der verlinkten Drittinhalte³³² der Schwerpunkt auf dem neutralen Vermittlungsvorgang liegt. Auftraggeber i. S. d. § 4 Z 4 DSG sind natürliche oder juristische Personen, Personengemeinschaften oder Organe einer Gebietskörperschaft beziehungsweise die Geschäftsapparate solcher Organe, wenn sie allein oder gemeinsam mit anderen die Entscheidung getroffen haben, Daten zu verwenden (Z 8), unabhängig davon, ob sie die Daten selbst verwenden (Z 8) oder damit einen Dienstleister (Z 5) beauftragen. Es ist zunächst davon auszugehen, dass Google „die Entscheidung getroffen“ hat, Daten zu verwenden, nämlich zu ermitteln und zu speichern.

Im Hinblick auf die im Netz gefundenen Informationen sind allerdings zunächst die jeweiligen Content-Provider datenschutzrechtlich verantwortlich und nicht die Suchmaschine. Welche Daten nämlich letztlich gefunden werden und ob diese Informationen eventuell datenschutzrechtliche Belange Dritter betreffen, ist für Google nicht ersichtlich. Google trägt die hier ins Internet gestellten Informationen quasi nur zusammen. Die Suchmaschine ist lediglich in einem zweiten Schritt in der Lage, die relevanten Daten aus dem Index bzw. den Suchergebnissen zu entfernen. Aktiv Einfluss auf den Ursprung der personenbezogenen Daten kann Google freilich nicht nehmen. Nach Auffassung von Weichert³³³ und der *Art. 29-Datenschutzgruppe*³³⁴ soll dies indes bereits ausreichen, um die Suchmaschine als Verantwortli-

³³² Fraglicher erscheint dies hingegen beim Dienst Google Cache. Hier werden die früheren Abbildungen der Webseiten auf eigenen Servern gespeichert. Google beschränkt sich damit nicht darauf, auf einen Drittinhalt zu verweisen, sondern möchte die Daten für eigene „Zwecke“ über einen bestimmten Zeitraum verfügbar halten. Es ließe sich durchaus argumentieren, dass bei diesem Dienst der Schwerpunkt nicht mehr auf der Vermittlerrolle liegt, sondern in der „Aufbewahrung von Daten“, die in der Form nicht mehr zwingend aktuell sein müssen. Daher erscheint eine Auftraggebereigenschaft im Bereich des Google Cache zumindest denkbar.

³³³ Weichert, MR-Int. 2007, 188, 190; ders. VuR 2009, 323, 327, hier wohl einschränkend für den Cache-Dienst einer Suchmaschine. Ebenso Stessl, Internetsuchmaschinen und Datenschutz, S. 23, der jedoch von einem „systematischen“ Aufsuchen und Speicherung von Daten durch die Suchmaschine spricht. Auch wird die normale Suchmaschinentätigkeit (Indexierung der Links zu Drittinhalten) mit der Cache-Funktion anscheinend gleichgestellt.

³³⁴ *Art. 29-Datenschutzgruppe*, Stellungnahme 1/2008 zu Datenschutzfragen im Zusammenhang mit Suchmaschinen vom 04.04.2008, S. 16, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2008/wp148_de.pdf. Die Art. 29-Datenschutzgruppe bejaht die Auftraggebereigenschaft in einem solchen Fall zumindest bei speziellen Personensuchmaschinen und bei Daten im Cache.

chen für die hier aufgefundenen Daten anzusehen. *Google*³³⁵ wiederum verweist auf die reine Vermittlerrolle und die fehlende Möglichkeit einer Einflussnahme sowohl auf den Zweck der ursprünglichen Veröffentlichung als auch auf deren Suche.

Das OLG Hamburg³³⁶ sprach sich in einem Urteil gegen die Rolle eines Auftraggebers – hier einer Personensuchmaschine – aus. Das Gericht verwies zu Recht darauf, dass die von der Suchmaschine aufgezeigten Daten über die Personen bereits an anderen Stellen des Internets vorzufinden seien und damit allgemein verfügbare Daten³³⁷ darstellen (vgl. auch § 1 Abs. 1 DSGVO). Die Suchmaschine selbst erhebt bzw. ermittelt gerade keine Daten, da diese hierfür in die Verfügungsmacht des Auftraggebers bzw. des Verantwortlichen gelangen müssten, was insbesondere dann nicht der Fall ist, wenn die Suchmaschine zwar die Existenz von Daten nachweist, die Daten selbst aber nicht speichert. Zumindest ist erforderlich, dass die Suchmaschine über die Daten verfügen kann, was hier nicht der Fall war.

Was für Personensuchmaschinen gilt, muss nach hier vertretener Auffassung erst recht für die Suchmaschine von Google anwendbar sein. Bei der normalen Suche erfolgt nämlich nicht einmal die Festlegung auf bestimmte Zecke wie bei einer Personensuchmaschine. Google steht den gefundenen Treffern und Informationen vollkommen neutral gegenüber. Google ist weder bekannt, welchen Suchbegriff ein Internetnutzer eingibt, noch auf welchen Seiten sich personenbezogene Informationen befinden.³³⁸ Die Suchmaschine Google, welche die Websites in ihrem Index erfasst, übermittelt die hierbei gefundenen Informationen nicht an ihre Nutzer. Vielmehr stellt der Content-Anbieter bzw. der Host-Provider die – ggf. personenbezogenen – Daten und Informationen dem Nutzer zur Verfügung. Ob der Suchmaschinennutzer die personenbezogenen Daten letztlich überhaupt erhält, liegt nicht in der Macht von Google. Dies zeigt sich bereits dadurch, dass der von Google bereitgestellte Link in der Trefferliste „ins Leere geht“, wenn der Seitenbetreiber zwischenzeitlich die entsprechenden Daten gelöscht hat. Eine Suchmaschine wie Google bedient sich daher einer „öffentlichen Quelle“. Im

³³⁵ *Google*, Response to the Article 29 Working Party Opinion On Data Protection Issues Related to Search Engines, abrufbar unter: <http://www.scribd.com/doc/5708227/Google-response-PDF-file-to-the-EU-privacy-regulator>, S. 8.

³³⁶ OLG Hamburg, Urt. v. 13.11.2009, Az. 7 W 125/09, K&R 2010, 63 ff.; siehe auch OLG Hamburg, Urt. v. 23.10.2009, Az. 7 W 119/09, BeckRS 2010, 11648.

³³⁷ Dieses Argument muss bei den gespeicherten Daten im Google Cache nicht zwingend zutreffen. Möglicherweise weisen die tatsächlich allgemein verfügbaren Daten bereits einen anderen Inhalt auf als die Daten im Cache von Google.

³³⁸ *Ott*, MMR 2009, 158, 162.

Hinblick auf die verlinkten Drittinhalte erschöpft sich die Funktion darin, Nutzer der Suchmaschine auf diese Informationen hinzuweisen.

Sofern sich die Suchmaschine damit auf die Vermittlerrolle im Rahmen der Verlinkung auf Drittinhalte beschränkt, ist sie nicht als Verantwortliche bzw. Auftraggeber anzusehen. Datenschutzrechtlich in der Pflicht ist folglich der Betreiber der Internetpräsenzen und nicht Google.

III. Zulässigkeit der Datenverwendung

1. Zweck der Datenspeicherung

Google führt unterschiedliche Gründe³³⁹ dafür an, weshalb die Suchmaschine die oben beschriebenen Nutzerdaten speichert und letztlich auch auswertet.³⁴⁰

1.1 Verbesserung der Dienstangebote

Google rechtfertigt zunächst die Speicherung und Verwendung ermittelter Daten damit, dass diese für die Auswertung der Serverprotokolle unerlässlich seien, um die Qualität der Suchergebnisse zu verbessern. Zudem werden die Nutzerdaten und Suchanfragen dafür verwendet, um Werbung³⁴¹ effektiv auf Suchanfragen abstimmen zu können. Google erklärt auch, mithilfe der ermittelten Daten neue Dienste zu entwickeln, wobei bislang offen ist, um welche es sich genau handelt. Dies erschwert allerdings zugleich die Klärung der Frage, ob die gesammelten Daten für diese Dienste tatsächlich erforderlich sind und ob die Daten überhaupt in einer mit dem Zweckbindungsgrundsatz des § 6 DSG zu vereinbarenden Weise weiterverwendet werden.³⁴²

³³⁹ Siehe auch unter <http://www.google.de/intl/de/privacypolicy.html>.

³⁴⁰ Eine Datenanwendung unterliegt u. a. dem Prinzip der strengen Zweckbindung. Dieser Zweckbindungsgrundsatz in § 6 Abs. 1 Z 2 DSG besagt, dass Daten nur für festgelegte, eindeutige und rechtmäßige Zwecke ermittelt und nicht in einer mit diesen Zwecken unvereinbaren Weise weiterverwendet werden. Hieraus folgt zugleich, dass bereits die Ermittlung der Daten nur dann erfolgen darf, wenn der Zweck der Ermittlung von vornherein festgelegt und definiert wurde. Dies schließt die Verpflichtung mit ein, dem Betroffenen den Zweck auch mitzuteilen. Der Sinn dieser Zweckbindung liegt darin, dem Betroffenen Transparenz zu verschaffen, um ihm so die Ausübung seiner Schutzrechte zu ermöglichen und offenzulegen, welche Zwecke die Datensammlung verfolgt.

³⁴¹ Der OGH beurteilt insbesondere die Formulierung „zu Werbezwecken“ als Zweckangabe ausdrücklich als zu intransparent, *Knyrim*; MR 2005, 415, 418.

³⁴² Siehe auch den Beitrag von *Fleischer*, abrufbar unter: <http://googleblog.blogspot.com/2007/05/why-does-google-remember-information.html>.

1.2 Systemsicherheit

Die Analyse und Speicherung der Nutzerdaten und Logdateien werden darüber hinaus zur Offenlegung und Prüfung von Sicherheitsbedrohungen benötigt, um hierdurch die Sicherheit der Suchmaschinendienste vor Angriffen zu stärken. In diesem Zusammenhang kann auch automatisierte Fremdsoftware erkannt werden, die z. B. zum sog. Klickbetrug³⁴³ verwendet wird und dadurch zu einer zu Unrecht erfolgten Gebührenerhebung bei Werbekunden führen kann.

Als weiteren Rechtfertigungsgrund gibt Google an, mit den Suchprotokollen ein Mittel zur Strafverfolgung an der Hand zu haben, um z. B. schwere Straftaten aufklären zu können.

1.3 Einschätzung der Art. 29-Datenschutzgruppe

Die Art. 29-Datenschutzgruppe hat zu den Gründen der Datenspeicherung bereits Stellung³⁴⁴ genommen. Die Bewertung der angeführten Gründe für die Datenspeicherung hat hierbei anhand von Art. 6 und 7 der Datenschutzrichtlinie³⁴⁵ zu erfolgen. Hierbei wurde zum einen kritisiert, dass die angeführten Zwecke zu allgemein und ungenau gefasst seien und hierbei nicht deutlich werde, in welchem Umfang für einen bestimmten Zweck erhobene Daten auch für einen weiteren Zweck verarbeitet werden.³⁴⁶

Ausweislich der Datenschutzrichtlinie kann sich Google für die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten grundsätzlich auf drei verschiedene Rechtfertigungsgründe stützen. Diese umfassen zunächst die Einwilligung zur Datenverarbeitung gem. Art. 7 lit a) DSRL³⁴⁷. Ferner ist die Datenverarbeitung gerechtfertigt, wenn dies zur Erfüllung eines Vertrages erforderlich ist oder diese zur Verwirklichung des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung

³⁴³ Beim Klickbetrug versuchen Unternehmer, Wettbewerber dadurch zu schädigen, indem sie deren Werbeanzeigen bewusst anklicken und damit das Abrechnungssystem manipulieren. Hierdurch werden diese Klicks dem Konkurrenten in Rechnung gestellt. Diese Form des Betrugs wird sowohl beim AdWords-Programm als auch beim AdSense-Programm von Google eingesetzt. Google selbst untersagt diese Form der Manipulation, siehe Google-Geschäftsbedingungen, abrufbar unter: <https://www.google.com/adsense/static/de/LocalizedTerms.html?hl=de>. Gerichtliche Verfahren werden nach bisherigen Recherchen lediglich in den USA geführt. Eine Übersicht über die aktuellen Klickbetrug-Verfahren findet sich bei Ott, WRP, 2010, 435, 443, WRP, 2009, 351, 357; WRP 2008, 393, 403. Zum Stand und Statistik des Klickbetrugs siehe auch den Report von Clickforensics, abrufbar unter: <http://images.clickforensics.com/clickindex/click-fraud-report-q1-2010.pdf>.

³⁴⁴ Art.-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 1/2008 zu Datenschutzfragen im Zusammenhang mit Suchmaschinen vom 04.04.2008, 18 ff., abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2008/wp148_de.pdf.

³⁴⁵ Vgl. auch §§ 6, 7 DSGVO.

³⁴⁶ Art. 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 1/2008 zu Datenschutzfragen im Zusammenhang mit Suchmaschinen vom 04.04.2008, S. 18, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2008/wp148_de.pdf.

³⁴⁷ § 4 Z 14, § 8 Abs. 1 Z 2 DSGVO.

Verantwortlichen erforderlich ist. In diesem Zusammenhang ist zwischen den von Google vorgebrachten Zwecken der Speicherung zu unterscheiden.³⁴⁸

Nach Ansicht der *Art. 29-Datenschutzgruppe*³⁴⁹ dürfen zur Verbesserung der eigenen Dienste und zur Personalisierung von Werbung keine personenbezogenen Daten gespeichert werden. Auch wenn Nutzer wohl unbestritten Vorteile aus einer Verbesserung der Dienste ziehen könnten, ist ihrer Meinung nach im Wege der Abwägung der datenschutzrechtlichen Belange und der technischen Weiterentwicklung zugunsten des Schutzes der Informationen zu entscheiden. Dies erscheint bereits deshalb einleuchtend, weil eine Weiterentwicklung wohl ebenso gut mit anonymisierten Suchanfragen zu bewerkstelligen wäre.

Die Systemsicherheit und insbesondere die Vermeidung von sog. „Denial of Service“(DOS)-Attacken werden von der *Art. 29-Datenschutzgruppe* als Grund für die Speicherung von Daten wie der IP-Adresse grundsätzlich anerkannt. Eine DOS-Attacke ist ein Angriff auf ein System, bei dem eine Vielzahl von Anfragen generiert und gleichzeitig an den Zielserver gerichtet werden. Wenn dieser Server letztendlich diese Anfragen nicht mehr beantworten kann, besteht die Gefahr, dass das System abstürzt.³⁵⁰

Derartige Sicherheitsaspekte mögen zwar durchaus Berücksichtigung finden, werfen jedoch zugleich weitere Fragen auf. Es scheint zunächst durchaus nachvollziehbar, die IP-Adresse zu speichern, um feststellen zu können, wem diese im Falle eines Angriffs zum konkreten Zeitpunkt zugeteilt war oder um zukünftige Angriffe von diesem Ausgangsort ggf. zu verhindern. Hierbei darf indes auch § 14 DSG nicht außer Acht gelassen werden, dessen Zweck, die beim Auftraggeber gespeicherten personenbezogenen Daten vor unberechtigten Zugriffen zu schützen, ins Gegenteil verkehrt werden kann.³⁵¹ Durch die zusätzliche Speicherung der Daten – insbesondere für einen längeren Zeitraum – würde sich nämlich zugleich das Risiko erhöhen, dass diese weiteren Daten der Gefahr missbräuchlicher Zugriffe ausgesetzt sind. Der Sicherheitsaspekt des betroffenen Auftraggebers kollidiert damit fortwährend mit dem Prinzip der Datensparsamkeit.³⁵²

³⁴⁸ Ott, MMR 2009, 448, 452.

³⁴⁹ *Art. 29-Datenschutzgruppe*, Stellungnahme 1/2008 zu Datenschutzfragen im Zusammenhang mit Suchmaschinen vom 04.04.2008, S. 19, 21, abrufbar unter:
http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2008/wp148_de.pdf.

³⁵⁰ Vgl. auch Mantz, Rechtsfragen offener Netze, S. 40, 41.

³⁵¹ Ähnlich AG Darmstadt, Urt. v. 30.06.2005, Az. 300 C 397/04, MMR 2005, 634, mit Anm. Kazemi.

³⁵² Der Begriff der Datensparsamkeit entstammt § 3a dBD SG und wird in diesem Wortlaut im DSG nicht verwendet. Dennoch findet sich dieser Grundsatz auch im Prinzip der Datenlöschung § 6 Abs. 1 Z 5 DSG.

Die *Art. 29-Datenschutzgruppe* weist in diesem Zusammenhang sodann auch darauf hin, dass die personenbezogenen Daten, die für Sicherheitszwecke gespeichert werden, strengen Zweckbeschränkungen unterliegen³⁵³ und insbesondere nicht für die Optimierung der Dienste verwendet werden dürfen. Die *Art. 29-Datenschutzgruppe* betont hierbei jedoch, dass alle Suchmaschinenbetreiber in der Lage sein sollen, die jeweils für angemessen erachtete Speicherfrist für den jeweiligen Zweck und die damit einhergehende Notwendigkeit zur Verarbeitung der Daten umfassend begründen zu können. Es erscheint derzeit fraglich, ob eine Speicherfrist von neun Monaten – auch im Hinblick auf das Prinzip der Datensparsamkeit – hiermit in Einklang zu bringen ist.

Ähnlich sieht dies auch die *Art. 29-Datenschutzgruppe*, wonach am Ende einer Suchsitzung personenbezogene Daten gelöscht werden müssen, sofern die fortgesetzte Speicherung nicht angemessen begründet werden kann. Alternativ kann eine Anonymisierung erfolgen, die allerdings unumkehrbar sein muss.³⁵⁴

2. Erforderlichkeit der Datenverarbeitung

Die Datenverwendung bei der Nutzung der Suchmaschine muss dem Gebot der Erforderlichkeit i. S. d. § 7 Abs. 3 DSG und damit dem Grundsatz der Datensparsamkeit und Datenvermeidung genügen. Hierdurch soll gewährleistet werden, dass Daten nicht unverhältnismäßig lange und damit außerhalb des festgelegten Zwecks aufbewahrt und gespeichert werden.

Die derzeitige Speicherung der IP-Adressen und Suchanfragen von Nutzern für einen Zeitraum von neun Monaten und die erst danach anschließende Anonymisierung erscheinen im Hinblick auf das erforderliche Ausmaß der Datenverarbeitung höchst fraglich. Zumindest sind derzeit keine Anhaltspunkte ersichtlich, weshalb die Speicherung dieser Daten über den Zeitpunkt der Anfragebeantwortung hinaus notwendig sein sollte.³⁵⁵ Auch wenn die oben angeführten Zwecke der Datenverarbeitung durchaus nachvollziehbar erscheinen, so ist der Verfasser der Ansicht, dass die Erforderlichkeit der Verarbeitung im derzeitigen Umfang nicht gegeben und daher mit dem Grundsatz der Datensparsamkeit und Datenvermeidung i. S. d. § 6 Abs. 1 Nr. 5 DSG kaum vereinbar ist.

³⁵³ *Art. 29-Datenschutzgruppe*, Stellungnahme 1/2008 zu Datenschutzfragen im Zusammenhang mit Suchmaschinen vom 08.09.2008, S. 20, abrufbar unter:

http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2008/wp148_de.pdf.

³⁵⁴ *Ott*, MMR 2009, 448, 453.

³⁵⁵ Ebenso *Weichert*, MR-Int. 2007, 188, 193; *Ott*, MMR 2009, 448, 453.

3. Schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen

Hinsichtlich der Frage nach der Zulässigkeit der Datenverwendung ist zwischen sensiblen und nicht sensiblen Daten zu unterscheiden. Gemäß § 4 Z 2 DSG zählen zu den sensiblen Daten solche über die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinung, Gewerkschaftszugehörigkeit, religiöse oder philosophische Überzeugung oder des Sexuallebens des Betroffenen.

Im Hinblick auf die Zulässigkeit der Verwendung von Daten stellt § 6 DSG im Übrigen allgemeine Grundsätze auf, wonach Daten u. a. nur nach Treu und Glauben und auf rechtmäßige Weise verwendet werden dürfen. § 7 DSG konkretisiert diese Anforderungen anhand der jeweiligen Datenverwendung.

In Bezug auf die gespeicherten und verwendeten IP-Adressen und Cookies ist voranzustellen, dass diese selbstverständlich keine sensiblen Daten darstellen. Der vorab beschriebenen Zahlenkombination kommt keinerlei Aussagewert im Hinblick auf z. B. „rassische oder ethnische“ Zugehörigkeit zu.

*Kotschy*³⁵⁶ stellt jedoch bei der Bewertung der Qualität der Daten als sensibel oder nicht sensibel darauf ab, welchen konkreten Aussagewert das Datum in seiner jeweiligen Verwendung hat. Das würde bedeuten, dass aus einem an sich nicht sensiblen Datum aufgrund der – möglichen – konkreten Verwendung und Kombination mit anderweitigen Informationen aus einem solchen Datum ein sensibles Datum werden könnte. IP-Adressen könnten möglicherweise mit Suchanfragen verbunden werden, die u. U. Rückschlüsse auf sensible oder intime Gewohnheiten des Nutzers zuließen.

Nach Ansicht des Verfassers findet eine solche Sichtweise indes keine Stütze im Gesetz und würde den Anwendungsbereich der Daten, die einem allgemeinen Verwendungsverbot unterfallen würden, überspannen. Letztlich wäre hierdurch kaum mehr ein Datum denkbar, das nicht in irgendeiner konkreten Anwendung Rückschlüsse auf sensible Inhalte zulassen würde. Abgesehen davon, dass nicht erkennbar ist, welche genauen Verwendungsmöglichkeiten bei der Bewertung letztlich entscheidend sein sollen, würde dies auch zu einer erheblichen – wohl unvermeidbaren – Rechtsunsicherheit aufseiten der Auftraggeber führen, ob in dem jeweiligen Fall Varianten denkbar wären, die das konkrete Datum als sensibles Datum erscheinen lassen.

³⁵⁶ *Kotschy*, in: FS Machacek-Matscher (2008), 257, 262.

Daher ist vielmehr der Darstellung von *Jahnel*³⁵⁷ zu folgen, welcher dafür plädiert, dass die Qualifikation für ein sensibles Datum nur dann gegeben ist, wenn sich aus einer objektiven Betrachtung und ohne Rücksicht auf den subjektiven Verwendungszweck des Auftraggebers mit hinlänglicher Sicherheit aus der konkreten Datenverwendung sensible Daten insgesamt ergeben können.

Auf den vorliegenden Fall um die IP-Adressen und Cookies angewendet, bedeutet dies, dass diese Daten als nicht sensibel eingestuft werden müssen. Aus einer konkreten Datenverwendung, nämlich der Speicherung der IP-Adresse des Suchmaschinennutzers, können sich aus objektiver Betrachtung keine sensiblen Inhalte ergeben. Die IP-Adresse wird nach Ansicht des Verfassers auch nicht dadurch zu einem sensiblen Datum, wenn durch eine unterstellte Kombination von IP-Adresse, Bestandsdaten eines registrierten Nutzers, der Cookie-ID beim Suchvorgang und der konkreten Suchanfrage bei Google unter Umständen z. B. auf persönliche Neigungen oder sexuelle Vorlieben³⁵⁸ geschlossen werden könnte. Die Tatsache, dass ein Datenbestand die Privatsphäre³⁵⁹ berühren kann, darf nicht mit dem Vorliegen eines sensiblen Datums gleichgesetzt werden.

Entscheidend bleibt der objektive Bedeutungsinhalt einer IP-Adresse. Abgesehen davon, dass dieses Szenario der Verknüpfung ohnehin sehr unwahrscheinlich erscheint, bleibt der nicht sensible Inhalt des Datums einer IP-Adresse und eines Cookie klar im Vordergrund.

3.1 Verwendung nicht sensibler Daten

Die Anforderungen an die Verwendung von nicht sensiblen, personenbezogenen Daten richtet sich nach § 8 DSGVO.

³⁵⁷ *Jahnel*, in: *Jahnel*, Jahrbuch Datenschutzrecht und E-Government, S. 42. Ebenso *Knoll*, *jusIT* 1/2010, 16, 17.

³⁵⁸ Siehe hierzu die Darstellungen von *Itler*, abrufbar unter: <http://www.itler.net/2009/08/sex-porno-das-sucht-die-heutige-jugend> sowie <http://www.meinungs-blog.de/die-haeufigsten-suchbegriffe-2009>.

³⁵⁹ Siehe hierzu auch die Entscheidung *Viacom International, Inc. v. Youtube, Inc.*, *Youtube LLC and Google* (540 F.Supp.2d 461), abrufbar unter: http://beckermanlegal.com/Documents/viacom_youtube_080702DecisionDiscoveryRulings.pdf. Google wies in diesem Verfahren darauf hin, dass der verfügbare Datenbestand durchaus die Privatsphäre des Einzelnen berühren kann. „*Defendants argue that the data should not be disclosed because of the users’ privacy concerns, saying that “Plaintiffs would likely be able to determine the viewing and video uploading habits of YouTube’s users based on the user’s login ID and the user’s IP address” (Do Decl. ¶ 16).* Allerdings ist auch darauf hinzuweisen, dass dieser Einwand bzw. Hinweis durch das Gericht verworfen wurde. Rückschlüsse auf eine rassische und ethnische Herkunft, politische Meinung, Gewerkschaftszugehörigkeit, religiöse oder philosophische Überzeugung oder das Sexualleben des Einzelnen waren aber auch hier nicht möglich.

3.2 Zustimmung der Nutzer in die Datenverwendung

Die Datenverwendung durch die Speicherung der IP-Adresse und der Cookies ist für Google vorliegend anhand des Rechtfertigungsgrundes gemäß § 8 Z 2 DSG zu messen.³⁶⁰ Unter dem Begriff der datenschutzrechtlichen Zustimmung i. S. d. § 4 Z 14 DSG versteht man eine gültige, insbesondere ohne Zwang abgegebene Willenserklärung des Betroffenen, dass er in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Einzelfall in die Verwendung seiner Daten einwilligt. Dieser Rechtfertigungstatbestand findet sich ebenfalls in § 1 Abs. 2 DSG als Ausdruck des informationellen Selbstbestimmungsrechts.³⁶¹ Jedenfalls hat die Zustimmung auf einen konkreten Anlassfall bezogen zu sein, und für den Zustimmungenden muss klar erkennbar sein, wozu er seine Zustimmung gibt.

Ein ausdrücklicher Hinweis von Google, wonach bei Verwendung der Suchmaschine die vorgenannten Daten ermittelt und gespeichert werden, wird jedoch weder erteilt, noch wird eine Zustimmung zur Speicherung der IP-Adressen durch die Suchmaschine eingeholt.

Der Suchmaschinennutzer wird vielmehr nur in der Datenschutzerklärung³⁶² über die generelle Speicherung von Protokolldaten³⁶³ informiert. Die Frage, ob diese Informationen den Anforderungen an eine Zustimmung genügen, insbesondere ob die Datenarten und der Übermittlungsempfänger ordnungsgemäß bezeichnet werden und ob der Nutzer über den Übermittlungszweck³⁶⁴ der gespeicherten Daten ausreichend informiert³⁶⁵ worden ist, kann letztlich dahinstehen. Denn selbst wenn im Bereich der nicht sensiblen Daten eine konkludente Zu-

³⁶⁰ Im Hinblick auf den Rechtfertigungstatbestand des § 8 Abs.1 Z 4 DSG ist auf die zuvor gemachten Ausführungen zu verweisen. Auch wenn Gründe für eine generelle Speicherung der Nutzerdaten vorgebracht werden können, so überwiegen diese Aspekte – nicht zuletzt aufgrund der langen Speicherdauer von derzeit neun Monaten – nicht die Interessen der Nutzer.

³⁶¹ Hierunter versteht sich die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich frei und eigenverantwortlich zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden. Das informelle Selbstbestimmungsrecht setzt sich hierbei aus den Komponenten Geheimnisschutz und Informationsrecht zusammen.

³⁶² Siehe die aktuelle Google-Datenschutzerklärung, abrufbar unter:
<http://www.google.at/intl/de/privacypolicy.html>

³⁶³ „Wenn Sie über einen Browser, eine Anwendung oder eine sonstige Client-Software auf Google-Services zugreifen, speichern unsere Server automatisch bestimmte Informationen. Diese Serverprotokolle können folgende Informationen enthalten: Ihre Webanfrage, Ihre Interaktion mit einem Service, Ihre IP-Adresse (Internet Protocol Adresse), den Browsertyp, die Sprache des Browsers, Datum und Zeitpunkt Ihrer Anfrage sowie ein oder mehrere Cookies, die Ihren Browser oder Ihr Konto eindeutig identifizieren.“

³⁶⁴ OGH, 13.09.2001, 6 Ob 16/01y.

³⁶⁵ OGH, 27.01.1999 7 Ob 170/98w.

stimmung³⁶⁶ möglich wäre, fehlt es auf jeden Fall an der erforderlichen Widerrufsmöglichkeit (vgl. § 8 Abs. 1 Z 2 DSGVO).

Unter Berücksichtigung von § 8 Abs. 1 Z 2 DSGVO lässt sich die vorliegende Datenverwendung nicht rechtfertigen.

3.3 Einwilligung durch Dienste-AGB

Im Zusammenhang mit der Möglichkeit einer Rechtfertigung der Datenverwendung wird auch diskutiert, ob eine Einwilligung im Rahmen des Google-Dienstes infrage kommt, bei dem der Nutzer schließlich seine personenbezogenen Daten selbst übermittelt.³⁶⁷

Dessen ungeachtet wird auch eine solche einmalige Einwilligung zur Speicherung der IP-Adresse bei der Registrierung für alle Seiten, die mit Google zusammenhängen, nicht ausreichen, um den datenschutzrechtlichen Anforderungen des § 8 DSGVO zu genügen. Wie zuvor ausgeführt, muss dem Benutzer der konkrete Anlassfall bekannt sein, und er muss sich darüber bewusst sein, welche Tragweite seine Erklärung hat.³⁶⁸ Zudem muss die Einwilligung auf einen bestimmten Dienst und dem damit verbundenen Zweck der Datenverwendung bezogen sein und darf nicht pauschal auf die Verwendung der Suchmaschine ausgedehnt werden. Für den Nutzer des Dienstes ist jedoch bei der Registrierung meist überhaupt nicht bekannt, welche Daten bei welchen anderen Diensten von Google verwendet und verarbeitet werden und welchem Zweck diese Datenverwendung unterliegt.

Hierbei ist schlussendlich auch zu berücksichtigen, dass aufgrund der Vielzahl an Webseiten, die mit Diensten von Google wie AdWords und DoubleClick bzw. AdSense sowie dem Web-

³⁶⁶ Nach Ansicht des Verfassers liegt bei der Nutzung der Suchmaschine auch keine konkludente Zustimmung zur Datenverwendung vor. Unter Berücksichtigung des durchschnittlichen Internetnutzers wird dieser i. d. R. wohl keinerlei Kenntnis von der Reichweite und dem Umfang der Datenverarbeitung – beim Suchvorgang – von Google haben. Hieran ändern auch die Darstellungen in den Datenschutzbestimmungen nichts. Mangels Kenntnis wird folglich auch eine konkludente Zustimmung kaum anzunehmen sein. Gleichwohl könnte dieses Problem relativ einfach und komfortabel dadurch gelöst werden, dass der Suchmaschine (unter google.at) eine Art „Opt-in-Erklärung“ oder „Opt-In-Cookie“ vorangestellt wird, die der Nutzer anklicken muss. Nach Ansicht des Verfassers würde der Nutzerkomfort hierdurch nicht leiden und würde die datenschutzrechtlichen Anforderungen insoweit berücksichtigt.

³⁶⁷ Siehe hierzu auch die Entscheidung des LG Hamburg, Urt. v. 07.08.2009, Az. 324 O650/08, K&R 2009, 741 f. Google ist in diesem Verfahren wegen mehrerer Klauseln in den Google-Inc.-Servicebedingungen und der Datenschutzerklärung auf Unterlassung verklagt worden. Der Ausgang des Verfahrens fand allerdings in der Diskussion um Google keine besondere Bedeutung, da die Vertragswerke durch Google bereits vor Ausgang des Verfahrens geändert worden waren. Das LG Hamburg hielt hierbei u. a. die Formulierung „Google behält sich das Recht vor (übernimmt aber keine Verpflichtung), sämtliche Inhalte vorab durchzusehen, zu prüfen, zu kennzeichnen, zu filtern, zu ändern, abzulehnen oder aus den Services zu entfernen“, für unwirksam.

³⁶⁸ Hillenbrand-Beck/Greif, DuD 2001, 389, 392; Voigt, MMR 2009, 377, 382; Menzel, DuD 2008, 400, 407.

tracking-Programm Google Analytics verbunden sind, die Reichweite einer solchen Einwilligung nicht überschaubar wäre.³⁶⁹ Dies würde letztendlich einer Generaleinwilligung gleichkommen, die dem Datenschutzrecht fremd ist.

4. Fazit

Die Verwendung von Daten durch Google, die bei der Nutzung der Websuche anfallen, ist nur sehr eingeschränkt möglich.³⁷⁰ Ansatzpunkt für eine Abhilfe wären wohl zunächst die Verkürzung der Speicherzeit von IP-Adressen sowie die „Opt-in-Variante“ für die Zustimmung zur Datenverarbeitung. Es wäre darüber hinaus Sache des Anbieters, zumindest die Pseudonymisierung der IP-Adressen voranzutreiben, um gleichzeitig dem – durchaus nachvollziehbaren – Zweck der Verbesserung der Dienste zu entsprechen. Es mag derzeit jedoch nicht recht einleuchten, weshalb eine derart lange Speicherung erforderlich sein sollte. Darüber hinaus sollte darüber nachgedacht werden, das Widerspruchsrecht in Bezug auf die Speicherung der IP-Adresse zu etablieren.

Auch wenn es wohl durchaus wahrscheinlich ist, dass Google überhaupt keine konkrete Verknüpfung von IP-Adressen, Cookie-Informationen und personenbezogenen Angaben aus den registrierungspflichtigen Diensten vornimmt, darf es letztlich nicht hierauf ankommen. Das Datenschutzrecht soll nicht den tatsächlichen Missbrauch von Daten verhindern, sondern bereits die potenzielle Gefährdung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.³⁷¹ In Anbetracht der derzeitigen Datenvielfalt und Datenmenge ist zumindest nicht gänzlich ausgeschlossen, dass ein Personenbezug hergestellt werden kann und damit datenschutzrechtliche Aspekte der Nutzer betroffen sind.

³⁶⁹ Ott, MMR 2009, 448, 453.

³⁷⁰ *Rechtslage in Deutschland*: Ebenso wie in Österreich existiert auch in Deutschland bislang keine Rechtsprechung in Bezug auf datenschutzrechtliche Probleme mit der Websuche von Google. Auch die Literaturmeinung ist eher spärlich gestreut. Allerdings geht auch hier ein Großteil davon aus, dass die Datenspeicherung bei der Websuche mit dem deutschen Datenschutzrecht nicht vereinbar ist. Auch hier wird deutlich hervorgehoben, dass die neunmonatige Speicherung der IP-Adressen selbst bei Anwendung der gelindesten Auffassung gegen das deutsche Datenschutzrecht verstößt.

³⁷¹ Vgl. auch dBVerfG, Urt. v. 15.12.1983, Az. 1 BvR 209/83, 1 BvR 269/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 440/83, 1 BvR 484/83, BVerfGE 65, 1 ff.

IV. Google Analytics

Nachfolgend sollen die datenschutzrechtlichen Probleme des Dienstes Google Analytics³⁷² erläutert werden.

1. Einleitung

Nahezu jede Webseite, bzw. jeder Webseitenbetreiber im Internet verfolgt das Ziel, entweder mit den dargestellten und angebotenen Angeboten Geld zu verdienen oder ein bestimmtes Marken- bzw. Produktimage auszunutzen, um neue Zielgruppen zu erreichen. Viele Unternehmen wollen den Erfolg ihrer Website z. B. dadurch verbessern, dass sie durch Kampagnen und andere besucherfördernde Maßnahmen mehr Publikum auf ihre Website bringen. Ebenso wichtig für den Websitebetreiber sind hierbei die Hintergrundinformationen, nämlich auf welchem Wege die Nutzer und Besucher auf die Seite gelangt sind. Hier kann z. B. von Interesse sein, mithilfe welcher Such- oder Schlagworte der Internetauftritt gefunden wurde und welchen Weg der Nutzer nach seinem Besuch eingeschlagen hat.

Hierfür steht dem Websitebetreiber eine Vielzahl von sog. Web-Analyseprogrammen zur Verfügung. Das sog. Web Analytics oder auch Web Tracking genannt, umfasst das Sammeln und Analysieren einer Website in Bezug auf die Nutzung und des Verhaltens ihrer Besucher. Typischerweise wird untersucht, woher die Besucher kommen, welche Bereiche sie aufsuchen oder wie oft welche Seiten angesehen werden. Die analysierten Informationen sollen dem Web-Verantwortlichen helfen, die Effektivität seines Webauftritts zu überwachen und die Website im Hinblick auf eigene Ziele (z. B. Häufigkeit von Besuchen erhöhen, Vermehrung von Seitenaufrufen, Bestellungen und Newsletter-Abonnements) zu optimieren.³⁷³

Das Tracking-Programm von Google nennt sich Google Analytics und kann kostenlos verwendet werden.³⁷⁴ Google Analytics zählt hierbei inzwischen zum Marktführer³⁷⁵ unter den Analy-

³⁷² Die nachfolgende Darstellung lässt die Erweiterung des Tracking Codes um die Funktion „anonymizeIP“ außen vor.

³⁷³ Der Mediendienst Futurezone.orf.at berichtete am 11.06.2008, dass mehr als 80 % der großen deutschsprachigen Websites das Verhalten der Nutzer mithilfe von Analyseprogrammen beobachten sollen. Siehe Bericht bei Futurezone, abrufbar unter: <http://futurezone.orf.at/stories/284580>. Nach dem Datenschutzbarometer 2009 von Xamit, abrufbar unter: <http://www.xamit-leistungen.de/downloads/XamitDatenschutzbarometer2009.pdf>, S. 15, verwenden rund 13 % der Webseitenbetreiber das Programm Google Analytics. Der Marktanteil von Google Analytics lag 2008 bei rund 87,5 %. Siehe hierzu auch *Lepperhoff/Petersdorf*, DuD 2009, 15, 16, die Google einen Marktanteil in Deutschland von 82 % zusprechen; der Bericht ist auch abrufbar unter: http://www.xamit-leistungen.de/downloads/Datenschutz%20auf%20Webpraesenzen_DUD%2010%202009.pdf.

³⁷⁴ Daneben haben auch die anderen großen Suchmaschinenanbieter angefangen, Webanalyseprogramme in ihr Produktportfolio aufzunehmen. Hierzu zählen Microsoft Analysis (auch Gattineau genannt), was eine Eigen-

seprogrammen. Derzeit geht man zudem davon aus, dass rund 65 % aller Verwender der Analysesoftware das Programm – heimlich – benutzen, d. h. ohne den Seitenbesucher hierüber zu informieren. Den Nutzern wird daher in den meisten Fällen überhaupt nicht bewusst sein, dass ihr Surfverhalten aufgezeichnet wird.

2. Funktionsweise von Google Analytics

Google Analytics³⁷⁶ zählt folglich zu den sog. clientbasierten³⁷⁷ Webtracking-Diensten, bei denen das Nutzerverhalten auf Websites nicht vom Seitenbetreiber selbst, sondern von anderen Unternehmen analysiert wird.

Google Analytics funktioniert mithilfe eines sog. JavaScripts³⁷⁸ und Cookies, die der Server einer bestimmten Website auf dem Computer des Besuchers ablegt. Hierfür benötigt der Seitenbetreiber lediglich einen Benutzeraccount bei Google und kann direkt im Anschluss daran das JavaScript in die Website integrieren. Abgesehen von der Auswertung der Daten und Analyse der Nutzerbewegungen durch einen Dienst wie Google Analytics werden – ähnlich wie bei der Speicherung von Nutzerdaten – zunächst im Logfile des Webseitenbetreibers bei Besuch einer Webseite folgende Angaben gespeichert:³⁷⁹

- IP-Adresse des Besuchers der Website,
- Zeitpunkt des Websiteaufrufs,
- Dateinamen aller Elemente der aufgerufenen Seite,
- Art und Darstellung der abgerufenen Daten (Bilder, Texte, Grafiken),
- die Information, ob die Seite vollständig geladen und übertragen wurde,

entwicklung von Microsoft repräsentiert. Yahoo! übernahm das Webanalytics-Unternehmen IndexTools und veröffentlichte 2008 „Yahoo! Web Analytics“. Siehe hierzu auch Aden, Google Analytics: Implementieren. Interpretieren. Profitieren, S. 4 f.

³⁷⁵ Xamit-Datenschutzbarometer 2009, S. 15, abrufbar unter:

<http://www.xamit-leistungen.de/downloads/XamitDatenschutzbarometer2009.pdf>.

³⁷⁶ Google übernahm im Jahr 2005 das Unternehmen Urchin, welches zuvor die gleichnamige Analysesoftware anbot. Google Analytics stellt hierbei eine Weiterentwicklung der ursprünglich von der Urchin Software Corporation stammenden Software dar. Nach Darstellung von *Ideal Observer*, abrufbar unter:

<http://www.be24.at/blog/entry/15946/google-analytics-dominiert-markt-der-web-analyse-systeme>,

werden mit dem Dienst Google Analytics weltweit rund 20 % aller Seitenabrufe erfasst.

³⁷⁷ Clientbasiert bedeutet, dass der Dienst mit Daten arbeitet, die auf dem Clientsystem des jeweiligen Nutzers, also dessen eigenen PC oder Laptop, gesammelt und von dort aus an den Tracking-Dienst versendet werden. Im Gegensatz hierzu existiert auch das sog. webserverbasierte Tracking, bei dem auf Basis von Protokollen des Webserver-Betreibers und den darin enthaltenen Daten über einen HTML-Download Analysen erstellt werden. Siehe Steidle/Pordes, DuD 2008, 324, 325.

³⁷⁸ Bei einem JavaScript handelt es sich um eine innerhalb von HTML-Dokumenten verwendete Sprache, welche die reine HTML-Funktionalität um zahlreiche Elemente erweitert, insbesondere Websites mit interaktiven und dynamischen Elementen versehen kann.

³⁷⁹ Vgl. hierzu auch Ott, K&R 2009, 308, 309; Conti, Googling Security, S. 225.

-
- Referer, d. h. die Webseite, von welcher der Besucher gekommen ist,
 - Browser und Betriebssystem des Besuchers,
 - das verwendete Übertragungsprotokoll,
 - Anzahl der übertragenen Bytes und
 - der Status, ob der Seitenabruf erfolgreich war.

Diese Daten werden fortlaufend vom jeweiligen Webserver mitgeschrieben. Mit diesen Daten allein können die meisten Seitenbetreiber allerdings nicht viel anfangen, auch wenn sich hieraus bereits interessante Informationen und Erkenntnisse über den möglichen Erfolg einer Website ergeben. Deshalb bedienen sie sich des Programms Google Analytics.

Der Nutzer dieses Dienstes integriert hierzu einen JavaScript-Code auf den zu messenden und für den Verwender interessanten Webseiten. Besucht ein Internetnutzer die Seite, wird der JavaScript-Befehl ausgeführt und kommuniziert mit Google als dem Anbieter des Codes. Bei Google hat dieser Code die Bezeichnung GATC (Google Analytics Tracking Code). Wird dieser Code nunmehr ausgeführt, wird ein Cookie auf dem Rechner des Besuchers abgespeichert. Der GATC wird initialisiert und erhebt Daten über die Domain, auf welcher der Code eingebunden ist, und protokolliert die Eigenschaften des Besucher-Logfile. Im Anschluss daran fragt der GATC ein „Pixelbild“, das sog. „_utma.gif“ oder „_utma-Cookie“,³⁸⁰ von den Google-Analytics-Servern ab. An diese Anfrage werden wiederum die verschiedenen erhobenen Daten angehängt und an die Google-Analytics-Server übertragen.³⁸¹ Hier werden diese Anfragen zusammengestellt und einer bestimmten Identifikationsnummer (ID) zugeteilt, aufbereitet und so verarbeitet, dass sie sich in Berichten und Schemata für den Verwender darstellen lassen.

Diese Identifikationsnummer im Cookie (Cookie-ID) ist einzigartig und ermöglicht es, den Rechner des Besuchers überall wiederzuerkennen, sobald der Besucher weitere Unterseiten aufsucht oder zu einem späteren Zeitpunkt zu der Internetseite zurückkehrt. Bei jedem Besuch auf dieser Webseite werden die Daten des abgelegten Cookies aktualisiert und an Google zurückgeschickt. Im Gegensatz zu einer IP-Adresse, die sich im Fall der dynamischen Vergabe ständig verändert und so Folgebesuche des einzelnen Besuchers nicht nachvollzogen werden

³⁸⁰ Conti, Googling Security, S. 222.

³⁸¹ Aden, Google Analytics: Implementieren. Interpretieren. Profitieren, S. 36.

können, ist bei diesem Cookie³⁸² eine eindeutige Zuordnung auch bei Änderung der IP-Adresse möglich.

Sowohl den Nutzungsbedingungen³⁸³ von Google Analytics als auch der Beschreibung des Programms ist derzeit nicht zu entnehmen, welche Daten hierbei letztlich genau gespeichert werden. Auf jeden Fall zählen zu diesen Daten die in den Logfiles enthaltenen Informationen sowie die Informationen über das Nutzerverhalten auf der entsprechenden Website. Die gesammelten Daten können im Anschluss an die Aufbereitung durch Google dann über das Google-Analytics-Steuerungstool (Google Dashboard) abgerufen und durch den Verwender ausgewertet werden.

3. Datenverwendung mit Google Analytics

Nachdem die Analyse der Besucherbewegungen nicht vom Seitenbetreiber selbst, sondern von Google vorgenommen wird, verfügt das Unternehmen über einen – enormen – Datenbestand aus Suchinformationen, IP-Adressen und dem Surfverhalten des Nutzers. Google ist mithilfe des Dienstes und der hierbei übermittelten Daten – zumindest in der Theorie – in der Lage, die empfangenen Daten websiteübergreifend auszuwerten, wenn die Besucher über den gesetzten Cookie aller Webseiten mit Google Analytics eindeutig identifiziert werden können.³⁸⁴ Google verfügt zumindest über alle Bestandteile, um eine Verbindung und damit ein Bewegungsprofil des Nutzers im Netz zu erstellen.

Ob Google letztlich auch im Zusammenhang mit Google Analytics von dieser Möglichkeit der Erstellung solcher Bewegungsprofile Gebrauch macht, kann nicht abschließend festgestellt werden. Unter Berücksichtigung von Nr. 8.1 der Google-Analytics-Nutzungsbedingungen³⁸⁵ erscheint es jedoch zumindest nicht vollkommen ausgeschlossen. Google erklärt hier u. a.,

„dass die Informationen gesammelt werden, um weitere mit der Websitenutzung und der Internetnutzung verbundene Dienstleistungen zu erbringen“.

³⁸² Eine umfassende Darstellung der Funktionsweise dieses Cookies findet sich auch im Whitepaper der Firma Webalytics, abrufbar unter:
[http://www.webalytics.de/fileadmin/user_upload/Download/Whitepapers/Google_Analytics/WP-GA0001 -
Wie_erfolgt_die_Datenerfassung_mit_Google_Analytics_-_v090624.pdf](http://www.webalytics.de/fileadmin/user_upload/Download/Whitepapers/Google_Analytics/WP-GA0001_-_Wie_erfolgt_die_Datenerfassung_mit_Google_Analytics_-_v090624.pdf).

³⁸³ http://www.google.com/intl/de_ALL/analytics/tos.html.

³⁸⁴ Ott, K&R 2009, 308, 309.

³⁸⁵ Google-Analytics-Nutzungsbedingungen, abrufbar unter:
http://www.google.com/intl/de_ALL/analytics/tos.html.

Das heißt, dass Google z. B. die erhaltenen Daten im Zusammenhang mit der Websuche verwenden könnte. Google erklärt indessen auch zugleich, dass keine Verbindung oder ein Abgleich der IP-Adressen der Besucher mit anderen Daten vorgenommen wird. Letztlich wird es Google hierauf aber auch gar nicht ankommen, da eine Rückverfolgung ohnehin mit den gespeicherten Cookies möglich wäre. Ob Google jedoch – unabhängig von der Verknüpfung der IP-Adresse mit anderen Diensten oder Daten – die unterschiedlichen Datensätze nicht generell zu einem Bewegungsprofil zusammenstellt,³⁸⁶ ist den Nutzungsbedingungen nicht zu entnehmen.

3.1 Auftraggeber und Verantwortlicher

Ein Problem, was nach Ansicht des Verfassers insbesondere die Websitebetreiber und Verwender des Programms Google Analytics wenig bedenken, ist ihre datenschutzrechtliche Verantwortung. Auftraggeber (§ 4 Z 4 DSG) ist jede natürliche oder juristische Person, die allein oder gemeinsam mit anderen die Entscheidung getroffen hat, Daten zu verwenden. Diese Auftraggebereigenschaft besteht dabei unabhängig davon, ob die Daten selbst verwendet werden oder ein Dienstleister beauftragt wird.

Die Entscheidung, die Daten der Besucher der Website zu verwenden, trifft zunächst der Inhaber und rechtlich Verantwortliche für diese Seite. Der Umstand, dass die eigentliche Datenauswertung und Analyse durch Google in den USA erfolgen, ist für die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit des Nutzers der Analysesoftware zunächst unerheblich. Insoweit kommt es auch nicht auf die in Ziffer 8.1 geregelte Erklärung in den Nutzungsbedingungen³⁸⁷ an, in der Google die Verwender dazu anhält, die anwendbaren datenschutz- und persönlichkeitsrechtlichen Bestimmungen einzuhalten. Diese ergeben sich bereits infolge der Implementierung von Google Analytics aus dem Datenschutzgesetz.

Hieraus folgt, dass der Verantwortliche der Website zugleich den Informationspflichten gemäß § 24 DSG nachkommen muss. Abgesehen davon, dass ein Großteil der Verwender von Google Analytics die erforderliche Datenschutzerklärung nicht auf dem eigenen Webaufttritt

³⁸⁶ Am 02.07.2008 hatte das ULD Schleswig-Holstein Google aufgefordert, nähere Informationen über die genaue Datenerhebung und Datennutzung bekannt zu geben. Das Anschreiben ist abrufbar unter: <http://www.datenschutzzentrum.de/tracking/20080702-anschreiben-google-analytics.pdf>. Hierin verlangt das ULD Informationen darüber, welche Daten beim Ausführen des JavaScripts übermittelt und wie diese von Google weiterverarbeitet werden. Zudem geht es den Datenschützern um die Möglichkeit zum Datenabgleich mit Nutzungen anderer Google-Dienste vom selben Rechner und die Nutzung sowie Speicherdauer der erhobenen Daten. Siehe auch *Ebnetter/Ebnetter*, Netzwoche 12/2009, 42, 42; *Ott*, K&R 2009, 308, 310.

³⁸⁷ Google-Analytics-Nutzungsbedingungen, abrufbar unter: <http://www.google.com/intl/de/analytics/tos.html>.

bereithalten, erscheint es bereits fraglich, ob der Websitebetreiber überhaupt vollumfänglich über den Umfang und Zweck der Datenverwendung Auskunft erteilen könnte. Hierzu fehlen dem Nutzer von Google Analytics schlichtweg die Informationen darüber, welche Daten letztendlich von Besucher der Seite über welchen Zeitraum tatsächlich ermittelt werden, was Google letztlich mit den Daten anfängt und an welche Unternehmen diese Daten möglicherweise weitergegeben werden.

Daneben bleibt allerdings auch Google selbst im Hinblick auf das Programm Analytics Auftraggeber i. S. d. § 4 Z 4 DSGVO und damit datenschutzrechtlich in der Verantwortung. Es dürfte unbestritten sein, dass Google die „erhaltenen“ Daten – zumindest gemeinsam – mit dem Verwender der Software verarbeitet. Auch Google will Informationen aus dem Nutzerverhalten gewinnen, was letztlich auch in Ziffer 8.1. der Google-Analytics-Nutzungsbedingungen deutlich wird:

„Auch wird Google diese Informationen gegebenenfalls an Dritte übertragen, sofern dies gesetzlich vorgeschrieben ist oder soweit Dritte diese Daten im Auftrag von Google verarbeiten.“

Daher ist nach Ansicht des Verfassers auch datenschutzrechtlich ohne Belang, dass Google die Verwender „verpflichtet“, eine Datenschutzerklärung auf der Website bereitzuhalten, um die Verantwortung möglicherweise von sich auf den Verwender zu übertragen. Google verfügt insoweit nicht über die Rolle eines reinen Vermittlers³⁸⁸ oder eines Gehilfen des Anwenders, sondern ist datenschutzrechtlich selbst verantwortlich.

3.2 IP-Adressen und Google Analytics

Wie bereits oben dargestellt, kann zunächst allein aus der Speicherung und der Übermittlung der Cookie-Informationen durch den Websitebetreiber grundsätzlich kein Rückschluss auf die Identität des Besuchers der Webseite gezogen werden.

Google ist der Auffassung,³⁸⁹ dass der Dienst Google Analytics anonym verwendet wird. Dies erscheint bereits in Anbetracht der Ziffer 8.1 der Google-Analytics-Nutzungsbedingungen fraglich.

³⁸⁸ Vgl. Ebnetter/Ebnetter, Netzwoche 12/2009, S. 42, 43.

³⁸⁹ http://www.google.de/privacy_ads.html.

Hier heißt es:³⁹⁰

„Die durch den Cookie erzeugten Informationen über die Benutzung der Webseite (einschließlich ihrer IP-Adresse) werden an einen Server von Google in den USA übertragen und dort gespeichert.“

Ebenso wie in den restlichen Datenschutzbestimmungen gibt Google an, zumindest die IP-Adresse zu speichern. Wie zuvor ausgeführt, handelt es sich nach diesseitiger Auffassung bei der IP-Adresse für Google jedoch stets um ein personenbezogenes Datum i. S. d. § 4 Z 1 DSG.

Sofern der Besucher der jeweiligen Website über einen Account bei Google verfügt, besitzt Google wiederum – in der Theorie – sämtliche Informationen, um die vermeintliche Anonymität des Internetnutzers aufzuheben. Wenn der Besucher bei seinem Nutzerkonto eingeloggt ist, wird seine IP-Adresse gespeichert. Besucht er sodann mit der gleichen IP-Adresse Websites, die Google Analytics verwenden, kann die jeweilige Identifikationsnummer des dort eingesetzten Cookies mit dem eingeloggten Nutzer in Verbindung gebracht werden. Hierfür müsste letztlich nur ein Abgleich der in den verschiedenen Diensten gespeicherten IP-Adressen vorgenommen werden.³⁹¹ In der Folge wäre es dann wiederum unerheblich, ob der Nutzer bei wiederholten Besuchen beim Google-Dienst eingeloggt ist oder nicht. Die einmalige Herstellung eines Zusammenhangs der eindeutigen Identifizierungsnummer mit dem registrierten Nutzer wäre demnach theoretisch ausreichend.

Ebenso wie in der vorangegangenen Erläuterung um die Speicherung der IP-Adresse bei der Websuche ist es für den Personenbezug auch beim Dienst Google Analytics letztlich unerheblich, dass Google in den Nutzungsbedingungen angibt, eine Verknüpfung nicht vorzunehmen. Entscheidend bleibt auch hier die Möglichkeit, den Bezug herzustellen.

4. Zulässigkeit der Datenverwendung

4.1 Überlassung der Daten im Wege des Dienstleisterverhältnisses § 10 DSG

Die Zulässigkeit der Datenverwendung richtet sich vorliegend nicht nach den Bestimmungen über die Überlassung von Daten zur Erbringung von Dienstleistungen (§ 10 Abs. 1 DSG), da es nach hiesiger Ansicht an einem Dienstleisterverhältnis fehlt.

³⁹⁰ http://www.google.com/intl/de_ALL/analytics/tos.html.

³⁹¹ Ott, K&R 2009, 309, 312; Steidle/Pordesch, DuD 2008, 324, 327.

Es mangelt bereits am Schriftformerfordernis der Vereinbarung zwischen dem Websitebetreiber als Auftraggeber und Google als Dienstleister über die nähere Ausgestaltung der in § 11 Abs. 1 DSGVO genannten Pflichten.³⁹² Für den Einsatz von Google Analytics ist lediglich die Erstellung eines entsprechenden Kontos erforderlich. Einer weitergehenden schriftlichen Beauftragung bedarf es hingegen nicht. Ferner hat der Auftraggeber (Verwender von Google Analytics) weder Kenntnis darüber, welche Daten für welchen Zeitraum gespeichert und zu welchem Zweck sie verwendet werden, noch hat der Inhaber der Website irgendeine Kontrollmöglichkeit gegenüber Google. Der Auftraggeber im Rahmen des § 11 DSGVO ist gleichwohl verpflichtet, gegenüber dem Dienstleister – sofern man Google eine solche Rolle unterstellen würde – jederzeit die ihm obliegenden gesetzlichen Auskunft-, Richtigstellungs- und Löschungspflichten durchsetzen zu können, was ihm im Fall von Google Analytics nicht möglich ist. Letztlich fehlt es schlichtweg am hierfür geforderten Unterordnungs-³⁹³ und damit am Weisungsverhältnis³⁹⁴ zwischen dem Verwender von Google Analytics und Google selbst.

4.2 Unterrichtung über Widerspruchsmöglichkeit

Um den Betroffenen die Möglichkeit zu geben, ihre Rechte zu wahren, müssen sie darüber informiert werden, dass ihre Daten überhaupt ermittelt und weiterverarbeitet werden. Daher schreibt § 24 DSGVO dem Auftraggeber eine Informationspflicht gegenüber dem Betroffenen vor. Der Auftraggeber hat hiernach aus Anlass der Ermittlung von Daten den Betroffenen in geeigneter Weise über den Zweck der Datenanwendung zu informieren und ihm die Gelegenheit zu geben, der Datenverarbeitung zu widersprechen.

Der Betroffene ist zu Beginn des Nutzungsvorgangs daher auf die Möglichkeit hinzuweisen,³⁹⁵ die Zustimmung – sofern eine solche überhaupt erteilt wird – zur Verwendung der Daten jederzeit widerrufen zu können. Hierfür „verpflichtet“ Google den jeweiligen Verwender seines Programms dazu, an „prominenter Stelle“ eine sachgerechte Datenschutzerklärung bereitzuhalten und hierbei alle zumutbaren Anstrengungen zu unternehmen, damit die Besucher der Seiten auf diese Erklärung aufmerksam gemacht werden.³⁹⁶

³⁹² Knyrim, Datenschutzrecht, S. 196.

³⁹³ Knyrim, Datenschutzrecht, S. 198.

³⁹⁴ Steidle/Pordes, DuD 2008, 324, 328; Ott, K&R 2009, 308, 312.

³⁹⁵ Knyrim, Datenschutzrecht, S. 184.

³⁹⁶ Google-Analytics-Nutzungsbestimmungen, abrufbar unter:
http://www.google.com/intl/de_ALL/analytics/tos.html.

Diese Erklärung hält allerdings gerade keinen Hinweis oder nähere Informationen über die Nutzung des Cookies, dem eingesetzten Java-Skript und insbesondere der Stelle, gegenüber welcher der Widerspruch eingelegt werden kann, bereit. Zudem nimmt die Erklärung nicht dazu Stellung, das Java-Skript zu deaktivieren, wenn der Skript-Code nicht ausgeführt werden soll.³⁹⁷ Es wird vielmehr erklärt, wie das Setzen eines Cookies unterbunden werden kann, wodurch jedoch das Erfordernis, das Tracking auf den Widerspruch des Internetnutzers zu unterbinden, in den Verantwortungsbereich des Besuchers geschoben wird.³⁹⁸ Es ist indes davon auszugehen, dass den meisten Nutzern die erforderlichen Schritte überhaupt nicht bekannt sind und dass das mögliche Deaktivieren des Java-Skripts durch den Nutzer und das Sperren von Cookies bereits nicht als Widerspruchsmöglichkeit angesehen werden kann.

4.3 Einwilligung der Nutzer zur Datenverwendung

Die Zulässigkeit der Datenverwendung im Rahmen von Google Analytics wäre im Übrigen lediglich dann anzunehmen, wenn die Betroffenen dieser Datenverwendung zugestimmt hätten.

Unabhängig von der Frage, ob bei der Speicherung der IP-Adressen und der Möglichkeit einer Erstellung von Nutzerprofilen im Bereich von Google Analytics nicht sensible Daten (§ 8 DSGVO) oder sogar sensible Daten (§ 9 DSGVO) betroffen sind, muss der Betroffene zumindest wissen, welche seiner Daten zu welchem Zweck verwendet werden. Eine Einwilligung des Nutzers ist nichtsdestotrotz – ebenso wie bei der Zustimmung zur Datenverwendung bei der Websuche – praktisch kaum vorstellbar, weil dies grundsätzlich einen wie auch immer gearteten Dialog mit dem Betroffenen vor der Speicherung der IP-Adressen voraussetzen würde. Die Daten des Websitebesuchers werden jedoch bereits beim Aufruf der Seite gespeichert, sodass eine vorherige Einwilligung regelmäßig³⁹⁹ ausscheidet.

Auch eine konkludente Einwilligung – unterstellt, es wären nur nicht sensible Daten betroffen – durch Aufrufen der Website kommt nicht infrage, da kein Besucher damit rechnen muss, dass beim Aufruf dieser Website automatisch seine Daten gespeichert, in die USA übermittelt

³⁹⁷ Steidle/Pordesch, DuD 2008, 324, 328.

³⁹⁸ Steidle/Pordesch, DuD 2008, 324, 328; Ott, K&R 2009, 308, 312.

³⁹⁹ Vgl. hierzu aber das Analyseprogramm von etracker. Dieses Programm ermöglicht es dem Besucher, der Datenspeicherung aktiv zu widersprechen, indem ein entsprechender Cookie auf dem Rechner des Besuchers abgelegt wird. Zum Widerruf siehe: <http://www.etracker.de/privacy?et=V23Jbb>. Darüber hinaus wird bei diesem Tool die IP-Adresse nach der Bildung von entsprechenden Pseudonymen automatisch gekürzt.

und ausgewertet werden. Auch wenn die Anforderungen an die Zustimmung im Rahmen des § 8 Abs. 1 Z 2 DSG geringer sind, scheidet ebenso wie zuvor im Bereich der Datenverwendung bei der Websuche eine Zustimmung nach diesseitiger Ansicht klar aus.

4.4 Zulässigkeit der Datenübermittlung in die USA

Im Bereich von Google Analytics wird ebenfalls die Datenübermittlung in die USA kritisiert, wo sich die Server für diesen Dienst befinden. Die Zulässigkeit einer Datenübermittlung ergibt sich aus §§ 7 Abs. 2, 12 ff. DSG. Entscheidend ist neben der generellen Zulässigkeit der Datenanwendung (§ 7 Abs. 2 Z 1 bis 3 DSG) auch, ob die empfangene Stelle über ein angemessenes Datenschutzniveau verfügt (§ 12 Abs. 2 DSG). Welche Drittstaaten einen angemessenen Datenschutz gewährleisten, wird mit Verordnung des österreichischen Bundeskanzlers festgestellt.⁴⁰⁰ Ein solches angemessenes Datenschutzniveau kann allerdings – zumindest unter formellen Aspekten – auch dann angenommen werden, wenn das entsprechende Unternehmen sich den Bestimmungen des sog. Safe-Harbour-Abkommens⁴⁰¹ mit den USA unterwirft. Dieses Abkommen soll – zumindest in der Theorie – gewährleisten, dass die personenbezogenen Daten, die aus Europa in die USA übermittelt werden, auf Basis eines quasi EU-Datenschutzniveaus verwendet werden.

Ob dies jedoch tatsächlich bei allen Unternehmen, die sich den Safe Harbour Principles unterworfen haben, der Fall ist, darf zumindest bezweifelt werden. Diese „Principles“ (Datenschutzprinzipien) behandeln die Rechte, die dem Betroffenen im Falle der Datenverarbeitung zustehen. Hierbei handelt es sich um die Informationspflicht, Wahlmöglichkeit, Weitergabe,

⁴⁰⁰ Verordnung über den angemessenen Datenschutz in Drittstaaten (Datenschutzangemessenheits-VO – DSAV), BGBl. II 1999/521. Hierin wurde eine Feststellung nur für die Schweiz und Ungarn getroffen.

⁴⁰¹ Die EU-Kommission hatte seit 1998 über den Datenschutz im Datenverkehr zwischen den USA und den Gemeinschaftsstaaten verhandelt. Bei diesen Verhandlungen, die schließlich im Jahr 2000 zur Ausarbeitung der „Safe-Harbour-Vereinbarung“ führten, ging es um die Sicherstellung des in der DSRL geforderten Datenschutzniveaus in den USA. In dieser Vereinbarung sind die Grundsätze (Anlagen I und II – FAQ) des Datenschutzes festgelegt, denen sich Unternehmen in den USA freiwillig unterwerfen können. Eine Liste der teilnehmenden Unternehmen findet sich unter: <https://www.export.gov/safehrbr/list.aspx>. Nach der entsprechenden Zertifizierung (die Zertifizierung von Google ist abrufbar unter: <http://www.export.gov/safehrbr/companyinfo.aspx?id=8321>) gelten die Unternehmen als unbedenkliche Empfänger von Daten aus dem Gemeinschaftsraum. Dieses Verhandlungsergebnis bzw. die Entscheidung der EU-Kommission (Entscheidung vom 26.07.2000, ABl. L 215/1) gilt als Feststellung gemäß Art. 25 Abs. 6 DSRL hinsichtlich der Gewährleistung eines angemessenen Datenschutzniveaus für Datenexporte in die USA und ist grundsätzlich von den Mitgliedstaaten gemäß Art. 25 Abs. 6 Satz 2 DSRL innerstaatlich umzusetzen. Dessen ungeachtet können sich die Auftraggeber auch bei fehlender Umsetzung unmittelbar auf die Entscheidung der Kommission berufen. Zur Safe-Harbour-Vereinbarung siehe ausführlich *Klug*, Persönlichkeitsschutz beim Datentransfer in die USA – Die Safe-Harbour-Lösung, RdV 2000, 212 ff.; ebenso *Genz*, Datenschutz in Europa und den USA, S. 129 ff., *Simitis*, in: *Simitis*, Bundesdatenschutzgesetz, § 4b, Rn. 70 ff., so auch *Holzhausen*, Die Safe-Harbor-Vereinbarung als Methode zur Sicherung eines „angemessenen Datenschutzniveaus“ im Sinne der EG-Datenschutzrichtlinie, S. 28, ff.

Sicherheit, Datenintegrität, Auskunftsrecht und Durchsetzung. Connolly⁴⁰² hat hierzu festgestellt, dass es erhebliche Vollzugsdefizite bei der Anwendung dieser Datenschutzprinzipien gibt („*The 348 organisations that are listed as compliant with these basic Safe Harbor requirements, may not in fact be complaint with all seven of the more detailed Safe Harbor Principles, as this study only assessed compliance with Principle 7*“). Inwieweit hier Rückschlüsse auf die Datenverwendung von Google gezogen werden können, lässt sich nicht abschließend bewerten. Google ist nach Ansicht des Verfassers zweifelsohne zugute zu halten, dass es sich um die Weiterentwicklung der Transparenz seiner Datenverwendung bemüht (Stichwort: Google Dash Board). Allerdings erscheint es dennoch fraglich, ob Google im Hinblick auf den Dienst Google Analytics allen „Principles“ vollumfänglich entsprechen kann. Eine vertiefende Auseinandersetzung um die Problematik rund um das Safe-Harbour-Abkommen soll an dieser Stelle indessen unterbleiben.

Auf jeden Fall kommt der Tatsache, dass sich die Google-Server in den USA befinden und durch den Verwender des Dienstes an Google übermittelt werden, im Hinblick auf die Zulässigkeit des Übermittlungsvorgangs keine weitere eigenständige Bedeutung zu.⁴⁰³ Nach Ansicht des Verfassers fehlt auf jeden Fall eine zulässige Datenverwendung und damit letztlich auch die Zulässigkeit der Datenübermittlung.

5. Fazit

In der derzeitigen Form⁴⁰⁴ dürfte ein Webanalyseprogramm wie Google Analytics nicht mit dem österreichischen Datenschutzrecht⁴⁰⁵ vereinbar sein, da es sowohl an einer Einwilligung zur Datenverwendung als auch an der erforderlichen Widerspruchsmöglichkeit fehlt.

⁴⁰² Connolly, The US Safe Harbor – Fact or Fiction? (2008), S. 8, abrufbar unter: http://www.galexia.com/public/research/assets/safe_harbor_fact_or_fiction_2008/safe_harbor_fact_or_fiction.pdf.

⁴⁰³ Steidle/Pordesch, DuD, 2008, 324, 329.

⁴⁰⁴ Eine Bewertung anhand der Erweiterung anonymizeIP soll – wie zuvor erwähnt – nicht erfolgen. Hierbei wird die IP-Adresse verkürzt gespeichert und übermittelt, sodass – nach Darstellung von Google – keine Bestimmbarkeit mehr möglich ist. Siehe hierzu auch <http://www.googlewatchblog.de/2010/05/25/google-erhoeht-datenschutz-von-analytics-gekuerzte-ip-adressen-und-opt-out/>.

⁴⁰⁵ **Rechtslage Deutschland:** In Deutschland existiert – soweit ersichtlich – ebenfalls noch keine Rechtsprechung bezüglich des Analyseprogramms. Allerdings bedarf es auch hier mangels einer gesetzlichen Erlaubnis grundsätzlich der Einwilligung des Webseitenbesuchers (§ 12 TMG) für eine zulässige Datenverwendung. Im Übrigen scheitert die Zulässigkeit wohl ebenfalls an der fehlenden Widerspruchsmöglichkeit (§ 15 Abs. 3 TMG). Vgl. zur deutschen Rechtslage auch Ott, K&R 2009, 308, 311.

V. Google Street View

Der Dienst Google Street View⁴⁰⁶ führt sowohl in Medien und Politik⁴⁰⁷ als auch in der juristischen Literatur zu kontroversen Diskussionen und soll nachfolgend analysiert werden.

1. Einleitung und Ausgangslage

Bei Google Street View handelt es sich um einen besonderen Dienst von Google Inc.⁴⁰⁸, bei dem mittels speziell ausgerüsteter Fahrzeuge, bei denen Kameras auf dem Dach⁴⁰⁹ angebracht sind, 360°-Aufnahmen gemacht werden. Google Street View stellt hierbei eine Ergänzung zu den Geodiensten von Google (insbesondere Google Maps und Google Earth) dar und wird bereits in mehreren Staaten⁴¹⁰ angeboten. Mithilfe der Google-Street-Fahrzeuge werden von den Straßenzügen Bilder aufgenommen und im Anschluss daran aufbereitet und im Internet öffentlich zugänglich gemacht. Google Street View nutzt im Rahmen der Aufbereitung der gesammelten Daten eine sog. Blurring-Technik. Die Gesichter von Passanten und Kennzeichen von Fahrzeugen werden hierbei mithilfe eines Programms automatisch erkannt und anschließend unkenntlich⁴¹¹ gemacht. Im Rahmen dieser technischen Bearbeitung läuft nach Darstellung von Google eine Filtersoftware über alle Daten, die Gesichter erkennt und markiert. Werden die so markierten Bilder später von einem Nutzer über Google Street View abgefragt, erfolgt eine „ad hoc-Verpixelung“ (sog. Blurring), sodass der Nutzer von Google Street View an den relevanten Stellen unkenntlich gemachte Bilder erhält.⁴¹²

⁴⁰⁶ <http://maps.google.com/help/maps/streetview>.

⁴⁰⁷ Siehe u. a. Bericht bei ORF.at: <http://ooe.orf.at/stories/434692/>. Bezüglich Deutschland siehe Stellungnahme der bayerischen Verbraucherschutzministerin Merk, abrufbar unter: <http://www.justiz.bayern.de/ministerium/presse/archiv/2009/detail/97.php>.

⁴⁰⁸ Nach eigenen Angaben ist Google Inc. für das Projekt Street View zuständig. Nach Darstellung der Google Deutschland GmbH beschränkt sich die Beteiligung an diesem Dienst darauf, einige der Fahrzeuge auf die Gesellschaft zuzulassen. Diese Fahrzeuge werden jedoch durch die Google Inc. betrieben und von der Google Inc. für Street View technisch ausgerüstet und eingesetzt.

⁴⁰⁹ Die Kamera auf den Fahrzeugen befindet sich auf einer Höhe von 2,50 m (vgl. hierzu den Beitrag vom 01.03.2010 unter: <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Neues-Gutachten-fordert-strenge-Auflagen-fuer-Google-Street-View-943586.html>). Das Google-Street-View-Gutachten des Instituts für Rechtsinformatik der Leibniz Universität Hannover vom 18.02.2010 (S. 4) spricht hingegen von einer Höhe von 2,90 m und Moritz, K&R 2010/2, S. 2, von „rund 3 Metern“.

⁴¹⁰ Hierzu zählen derzeit USA, Kanada, Australien, Japan, Taiwan, Frankreich, Italien, Niederlande, Portugal, Schweiz, Spanien, UK, Dänemark, Schweden, Finnland, Tschechische Republik und Norwegen.

⁴¹¹ Siehe Google, <http://www.google.de/press/streetview/privacy/html>. Unstreitig lässt sich eine Vielzahl von Beispielen im Netz finden, die belegen, dass die Blurring-Technologie, oder auch Bashing genannt, von Google noch teilweise Schwächen aufweist. Vgl. hierzu nur den Beitrag unter: <http://googlewatchblog.de/2009/06/16street-view-google-kuendigt-sich-an-an-und-origional-dateien-werden-geloescht/>.

⁴¹² Forgó, Gutachten des Rechtsinstituts für Rechtsinformatik der Leibniz Universität Hannover vom 18.02.2010, S. 56.

Den letztlich öffentlich zugänglich gemachten und aufbereiteten Aufnahmen ist der Zeitpunkt, an dem die Aufnahme gemacht wurde, nicht zu entnehmen.⁴¹³ Im Gegensatz zu verschiedenen Städten in den USA in Europa ist der Dienst derzeit weder in Österreich noch in Deutschland verfügbar.

Den Schwerpunkt der Kritik nahmen bislang datenschutzrechtliche Bedenken ein. In Deutschland haben sich u. a. der Datenschutzbeauftragte des Landes Schleswig-Holstein und in der Folge der Schleswig-Holsteiner Landtag sowie der wissenschaftliche Dienst des Landes Schleswig-Holstein als auch der Düsseldorfer Kreis – ein informeller Zusammenschluss der obersten Datenschutzaufsichtsbehörden – mit dem Dienst von Google auseinandergesetzt.⁴¹⁴ Google machte infolge der Diskussion in Deutschland und aufgrund von Forderungen⁴¹⁵ zur Verbesserung des Dienstes weitgehende Zugeständnisse und Zusagen. Diese lauteten auszugsweise wie folgt:

- *Google hat verbindlich zugesichert, eine Technologie zur Verschleierung von Gesichtern vor der Veröffentlichung von derartigen Aufnahmen einzusetzen.*
- *Google hat verbindlich zugesichert, eine Technologie zur Verschleierung von Kfz-Kennzeichen vor der Veröffentlichung derartiger Aufnahmen einzusetzen.*
- *Google hat verbindlich zugesichert, Widerspruchsmöglichkeiten zur Entfernung bzw. Unkenntlichmachung eines Gebäudes durch einen Bewohner oder Eigentümer vorzuhalten und derartige Widersprüche zu bearbeiten.*
- *Google hat verbindlich zugesichert, dass Widersprüche zu Personen, Kennzeichen und Gebäuden bzw. Grundstücken bereits vor der Veröffentlichung von Bildern in einer einfachen Form berücksichtigt werden mit der Folge, dass die entsprechenden Bilder vor der Veröffentlichung unkenntlich gemacht werden. Voraussetzung ist eine Identifizierung des Grundstücks, der Person oder des Fahrzeugs.*
- *Google hat verbindlich zugesichert, die geplanten Befahrungen mit einem Hinweis auf die Widerspruchsmöglichkeit im Internet rechtzeitig vorher bekannt zu geben. Die*

⁴¹³ Siehe Google: <http://www.google.de/press/streetview/howitworks.html>.

⁴¹⁴ Siehe hierzu die Darstellungen und Stellungnahmen, abrufbar unter: <https://www.datenschutzzentrum.de/geodaten/streetview.htm>; <https://www.datenschutzzentrum.de/geodaten/google-landtag.html>; <http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl16/umdrucke/3900/umdruck-16-3924.pdf>; <http://www.bfdi.bund.de/cae/servlet/contentblob/416842/publicationFile/25165/141108DigitaleStrassenansichten.pdf>, ebenso <http://www.diepresse.com/home/techscience/internet/google/index.do>. Hinzu kamen zuletzt auch Berichte darüber, dass Google auch die WLAN-Netze bei seinen Fahrten gescannt hat, siehe Heise vom 22.04.2010, abrufbar unter: <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Datenschuetzer-Street-View-Autos-scannen-private-Funknetze-Update-984118.html>. Dies führte inzwischen in zahlreichen Ländern zu Verfahren gegen Google. Eine gute Übersicht von Verfahren in den USA findet sich unter: <http://www.linksandlaw.de/news1754-sammelklage-wlan.htm>.

⁴¹⁵ Die Auseinandersetzung betraf hierbei besonders Google und den Hamburgischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit. Siehe: <http://www.hamburg.de/internet-telekommunikation/1570594/google-street-view-chronologie.html>.

vorhandenen Befahrungspläne werden bis zu zwei Monate im Voraus veröffentlicht und ständig aktualisiert. Google hat die verbindliche Zusage gemacht, die Liste genauer zu gestalten und auf Landkreise und kreisfreie Städte zu erstrecken. Die kreisfreien Städte wurden bereits eingepflegt, die Landkreise sollten nach Auskunft von Google bis etwa Mitte Juli 2009 eingestellt werden.

- Google hat verbindlich zugesagt, dass die Widerspruchsmöglichkeit auch nach der Veröffentlichung noch besteht.
- Die Rohdaten werden nach Aussage von Google zum Zwecke der Weiterentwicklung und Verbesserung der von Google entwickelten Technologie zur Unkenntlichmachung von Gesichtern, Kfz-Kennzeichen und Gebäudeansichten benötigt. Google hat verbindlich zugesichert, die Löschung/Unkenntlichmachung der Rohdaten vorzunehmen, indem die Ergebnisse aus dem Prozess zur Unkenntlichmachung von Gesichtern und Kfz-Kennzeichen in die Rohdaten übernommen werden, sobald die Speicherung und Verarbeitung der Rohdaten nicht mehr für die genannten Zwecke erforderlich ist.
- Google hat verbindlich zugesichert, die Löschung oder Unkenntlichmachung der Rohdaten von Personen, Kfz und Gebäudeansichten vorzunehmen, die aufgrund eines Widerspruchs zu entfernen sind. Die Löschung oder Unkenntlichmachung dieser Daten in den Rohdaten wird bereits vor der Veröffentlichung vorgenommen, wenn der Widerspruch bis zu einem Monat vor Veröffentlichung der Bilder bei Google eingeht. Später oder auch nach Veröffentlichung eingehende Widersprüche führen zu einer Löschung in den Rohdaten binnen zwei Monaten.
- Google hat die Erstellung eines Verfahrensverzeichnisses zugesichert.
- Im Falle von Verknüpfungen des Dienstes durch andere Anbieter behält sich Google in den Nutzungsbedingungen das Recht vor, bei offensichtlicher Verletzung anwendbarer Gesetze die Schnittstelle zu unterbinden.
- Google hat zugesichert, eine Beschreibung der Datenverarbeitungsprozesse und der technischen und organisatorischen Maßnahmen für Google Street View vorzulegen. Insbesondere gehört hierzu auch eine deutliche Beschreibung des Umgangs mit den widersprechenden Daten von der Entgegennahme des Widerspruchs bis zur endgültigen Löschung bzw. Unkenntlichmachung.
- Widerspruch kann eingelegt werden im Internet unter <http://maps.google.de/intl/de/help/maps/streetview/faq.html#q7> oder schriftlich bei der Google Germany GmbH, betr.: Street View, ABC-Straße 19, 20354 Hamburg. Der Link mit dem Text: „FAQ Street View (inkl. Widerspruchsmöglichkeiten)“ ist nunmehr direkt auf der ersten Seite der Hilfeseiten für Google Maps Deutschland erreichbar. Diese Hilfeseiten erreicht jeder Nutzer direkt aus dem Produkt Google Maps Deutschland, wenn er oben rechts den Link „Hilfe“ klickt.
- Die bei Google eingelegten Widersprüche werden zeitnah bestätigt. E-Mails mit Widersprüchen werden bereits bestätigt, alle entsprechenden Briefe werden fortlaufend beantwortet.

Inzwischen haben sich einige nationale Datenschutzkommissionen zur Zulässigkeit und zu den Anforderungen an den Dienst von Google Street View geäußert. Die Art.-29-Datenschutzgruppe hat an die Vereinbarkeit von Google Street View mit dem europäischen Datenschutzrecht zwei wesentliche Forderungen⁴¹⁶ verbunden, die sich den vorgenannten Zugeständnissen annähern. Zum einen muss eine im Hinblick auf den Zweck der Verarbeitung angemessene und nicht verlängerbare Speicherfrist der Rohdaten eingeführt werden, welche mit Ablauf zu Löschung und irreversiblen Anonymisierung dieser Rohdaten führen muss. Zum anderen hat Google dafür Sorge zu tragen, dass die Route und der Fahrplan der Google Street View Fahrzeuge frühzeitig, möglichst verbunden mit einer Mitteilung in Form einer Pressemitteilung, z. B. in den lokalen Zeitungen, bekannt gegeben werden, damit die betroffenen Personen die Möglichkeit haben, sich der Abbildung zu entziehen.

Nach Aussage von Google werden diese Voraussetzungen bereits im Wesentlichen erfüllt. Insbesondere die Rohdaten werden ein Jahr nach Veröffentlichung endgültig verfremdet bzw. geblurred, sodass sie auch bei Google nicht mehr als Rohdaten vorliegen.⁴¹⁷ Zudem ist Google in Deutschland inzwischen dazu übergegangen, bei entsprechenden Forderungen von Betroffenen auch Gebäude⁴¹⁸ unkenntlich zu machen.

Die Datenschutzkommission⁴¹⁹ hat ebenfalls bereits Stellung genommen und signalisiert, gegen die Anwendung per se im Hinblick auf diese Sicherheitsmaßnahmen und diese Anonymisierungssoftware keine Bedenken zu haben. Demnach liegen keine personenbezogenen Daten mehr vor, soweit durch die Nachbearbeitung von fotografierten Gesichtern und Kfz-Kennzeichen diese tatsächlich unkenntlich gemacht werden.⁴²⁰ Ähnlich sieht dies auch der britische Datenschutzbeauftragte, der infolge einer Beschwerde durch die Bürgerrechtsorganisationen⁴²¹ gegen Google Street View feststellte, das Google den Datenschutzbestimmungen

⁴¹⁶ Siehe Beitrag von *Fleischer*, abrufbar unter: <http://googlepolicyeuropa.blogspot.com/2009/10/navigating-europes-streets.html>.

⁴¹⁷ *Forgó*, Gutachten des Rechtsinstituts für Rechtsinformatik der Leibniz Universität Hannover vom 18.02.2010, S. 11.

⁴¹⁸ <https://streetview-deutschland.appspot.com/submission>.

⁴¹⁹ Siehe Stellungnahme vom 15.04.2009, abrufbar unter: <http://futurezone.orf.at/stories/1602282/>, sowie <http://www.dsk.gv.at/site/6733/default.aspx>.

⁴²⁰ Andere Ansicht offenbar *Knoll*, jusIT 1/2010, 16, 17.

⁴²¹ [http://www.privacyinternational.org/article.shtml?cmd\[347\]=x-347-564039](http://www.privacyinternational.org/article.shtml?cmd[347]=x-347-564039).

entspreche.⁴²² In Griechenland⁴²³ hingegen wurde der Dienst infolge von Beschwerden durch die Behörden zunächst gestoppt.

Der Dienst von Google soll nachfolgend besonders im Hinblick auf datenschutzrechtliche Aspekte der Aufnahmen von Personen und Gebäuden hin untersucht werden.

2. Anwendungsbereich des DSG

In räumlicher Hinsicht bedarf es zunächst der Klärung, ob auf den Dienst Google Street View das nationale Datenschutzrecht Anwendung findet. Wie bereits zuvor angesprochen, ist das Datenschutzrecht anwendbar, wenn die verantwortliche Stelle bzw. der Auftraggeber personenbezogene Daten im Inland verwendet (§ 3 Abs. 1 DSG).

Auch wenn sich die Server für den Dienst von Google Street View in den USA befinden,⁴²⁴ unterliegt dieser Dienst dem österreichischen Datenschutzrecht. Wie bereits erläutert, fällt unter den Begriff der Datenverwendung u. a. auch das Ermitteln von Daten (§ 4 Z9 DSG). Die Ermittlung der für Google Street View relevanten Informationen und der Speicherung der aufgenommenen Bilder auf den Servern und Datenträgern in den Fahrzeugen erfolgt im Inland.⁴²⁵

2.1 Datenverwendung bei Google Street View

Bei den im Zuge der Kamerafahrten gemachten Aufnahmen ist zwischen unterschiedlichen Verarbeitungsschritten zu unterscheiden.

⁴²² <http://www.heise.de/newsticker/Britischer-Datenschutzbeauftragter-hat-keine-Einwaende-gegen-Google-Street-View--/meldung/136767>. Auch die französischen Datenschützer haben sich zwischenzeitlich dieser Auffassung angeschlossen, auch wenn Zweifel an der technischen Sicherheit der Blurring-Technik geäußert werden.

http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1142498421912&esArticulo=true&idRevistaElEgida=1142467240027&language=en&pag=1&pagenome=RevistaDatosPersonalesIngles%2FPag%2FRDP_I_home_RDP&siteName=RevistaDatosPersonalesIngles.

⁴²³ <http://www.heise.de/ct/Griechische-Datenschuetzer-stoppen-Google-Street-View--/news/meldung/137655>, ebenso <http://www.itproportal.com/portal/news/article/2009/5/13/greeks-set-ban-googlestreet-view/>.

⁴²⁴ Siehe: <http://geotool.flagfox.net/?ip=74.125.87.104&host=maps.google.com> sowie <http://geotool.flagfox.net/?ip=74.125.87.103&host=maps.google.de> und <http://geotool.flagfox.net/?ip=74.125.87.105&host=maps.google.at>.

⁴²⁵ Darüber hinaus ist ein Registrierungsverfahren (§§ 17 ff. DSG) für Google Street View eingeleitet worden, was ebenfalls dafür spricht, dass Google von der Anwendbarkeit des österreichischen Datenschutzrechts ausgeht; ebenso Knoll, Zur datenschutzrechtlichen Zulässigkeit von Google Street View, jusIT 1/2010, 16, 16.

2.1.1 Datenermittlung und Datenerfassung

Der Tatbestand der Datenverarbeitung (§ 4 Z 9 DSG) umfasst eine Vielzahl von einzelnen Umgangsformen mit Daten. Hierunter fallen auch das Ermitteln und Erfassen der Daten (§ 4 Z 9 Var. 1 und 2 DSG).

In diesem Zusammenhang wird diskutiert,⁴²⁶ ob es bei der Frage nach der Bewertung der Datenermittlung darauf ankommen soll, dass Google die Personen nur beiläufig mit fotografiert, mithin also gar nicht darauf abzielt, personenbezogene Daten zu ermitteln, sondern lediglich darauf, die Straßenzüge abzulichten. Das Erfordernis eines solchen subjektiven (Absichts-)Elements ist allerdings richtigerweise abzulehnen. Das Datenschutzrecht lässt nach Ansicht des Verfassers ein solches Erfordernis nicht erkennen. Auch in der deutschen Literatur wird hervorgehoben,⁴²⁷ dass es für die – zielgerichtete – Datenerhebung ausreicht, wenn die Daten als unvermeidbare Folge der Erhebungsaktivität unmittelbar gewonnen werden. Beim Fotografieren von ganzen Straßenzügen mit einer 360°-Perspektive sind die Erfassung und auch Ermittlung von Personen letztlich unvermeidbar und zwangsläufig mit dem Dienst verbunden. Es kommt damit wohl auch nicht darauf an, ob Google letztlich (alle) gewonnenen und ermittelten Daten personenbezogen verwenden möchte, sondern allein darauf, dass der Personenbezug – bei den Gesichtern der Passanten – aus den gewonnenen Daten herstellbar ist. Bei dem Befahren der Straßen ist folglich von einer Datenermittlung auch hinsichtlich der abgelichteten Personen auszugehen.

2.1.2 Datenspeicherung

§ 4 Z 9 Var 3 DSG spricht von der Datenspeicherung als Teil der Datenverarbeitung. Auch eine Datenspeicherung wird bei Google Street View vorgenommen, da die Fahrzeuge die aufgenommenen Bilder zunächst speichern (§ 4 Z 9 Var. 3 DSG), um diese sodann in den nachfolgenden Arbeitsschritten zu bearbeiten. Rechtlich ist es insoweit auch unerheblich, ob die gewonnenen Bilddateien zunächst im Fahrzeug gespeichert oder direkt an die Server von Google in den USA übermittelt und erst dort gespeichert werden.⁴²⁸ Auf jeden Fall ist hierin eine Datenverwendung (im Inland) zu sehen.

⁴²⁶ Siehe *Knyrim*, in: FS Zankl, 423, 428.

⁴²⁷ *Dammann*, in: Simitis, Bundesdatenschutzgesetz, § 3 Rn. 104 f.; *Caspar*, Gutachten zu Rechtsfragen betreffend den Internetdienst Google Street View, S. 9.

⁴²⁸ *Forgó*, Gutachten des Rechtsinstituts für Rechtsinformatik der Leibniz Universität Hannover vom 18.02.2010, S. 15.

2.1.3 Datenschperrung

Daneben ist beim Dienst von Google Street View auch eine Datenverarbeitung in Form der Datenschperrung (§ 4 Z 9 Var. 14 DSG) möglich. Die Tatsache, dass Google auf die Darstellung der Gesichter verzichtet und diese verpixelt, kann eine Sperrung einzelner Daten darstellen, da die Nutzung der Daten für eine weitere Verwertung und Verwendung durch die Nutzer nicht mehr möglich ist.

2.1.4 Datenübermittlung bei Google Street View

Die Datenübermittlung (§ 4 Z 12 DSG) bedeutet die Weitergabe von Daten an andere Empfänger als den Betroffenen, den Auftraggeber oder einen Dienstleister, insbesondere auch das Veröffentlichen von Daten. Der Transfer der Rohdaten zur Verarbeitung der Bildaufnahmen an den Hauptsitz von Google in den USA stellt hierbei noch keine Datenübermittlung i. S. d. § 4 Z 12 DSG dar, da insoweit lediglich ein interner Datentransfer innerhalb des alleinigen Auftraggebers und Verantwortlichen stattfindet. Es fehlt damit an einem außerhalb des Verantwortungsbereichs von Google stehenden Dritten im Bereich Übermittlung.

2.2 Vorliegen einer Datenanwendung

Gemäß § 4 Z 7 DSG muss eine Datenanwendung vorliegen, wonach die Summe der in ihrem Ablauf logisch verbundenen Verwendungsschritte, die zur Erreichung eines inhaltlich bestimmten Ergebnisses (des Zweckes der Datenanwendung) geordnet sind und zur Gänze oder auch nur teilweise automationsunterstützt, also maschinell und programmgesteuert, erfolgen (automationsunterstützte Datenanwendung). Diese Definition soll verdeutlichen, dass das wesentliche Merkmal in der Automatisationsunterstützung liegt, d. h., dass verschiedene Verwendungsschritte automatisch und vorgegeben ablaufen. Dieser Ablauf muss maschinell und programmgesteuert sein.

Die Daten bei Google Street View können über das Internet unter Angabe von Adressen abgerufen werden. Folglich liegt das Ziel des Dienstes darin, Daten über Örtlichkeiten in automatisierter Weise zur Verfügung zu stellen. Nachdem die hierfür verwendeten (Geo-) Daten bei Google Street View eingegeben worden sind, besteht die Möglichkeit, eine weitergehende elektronische Verknüpfung⁴²⁹ mit anderen Daten vorzunehmen. Die gezielte Aufnahme der

⁴²⁹ Vgl. Weichert, DuD 2007, 113, 114; Jahn/Striezel, K&R 2009, 753, 754; ebenso Caspar, Gutachten zu Rechtsfragen betreffend den Internetdienst Google Street View, S. 8; Weichert, Datenschutzrechtliche Bewertung des Projektes „Google Street View“, vom 30.09.2008, abrufbar unter:

Straßenzüge sowie die hiermit zwangsläufig einhergehende Ablichtung von zufällig anwesenden Passanten stellt damit eine automatisierte bzw. automatisationsunterstützte Datenanwendung (§ 4 Z 7 DSGVO) dar.

2.3 Der Personenbezug von Geodaten

Bevor auf die im Einzelnen im Rahmen von Google Street View gefilmten Personen und Gebäudeansichten eingegangen werden kann, bedarf es der Klärung, wann es sich bei kartografischen Aufnahmen und Ansichten überhaupt um personenbezogene Daten handelt. Ein Personenbezug ist nur dann gegeben, wenn die entsprechende Person bestimmt oder bestimmbar ist (§ 4 Z 1 DSGVO). Bestimmbarkeit bedeutet, dass ein Datum aufgrund eines oder mehrerer Merkmale letztlich einer bestimmten Person zugeordnet werden kann.⁴³⁰

Lediglich in diesem Fall wäre das Datenschutzrecht überhaupt erfasst. Im Kern geht es darum, inwieweit Geodaten an sich ein Personenbezug beizumessen ist und damit die Frage, wo die Trennlinie zwischen einem reinen Sachdatum – welches nicht dem Schutz des DSGVO unterfällt – und einem personenbezogenen Datum zu ziehen ist. Unter dem Begriff des Geodatums versteht man eine Angabe, die durch eine zweidimensionale Lokalisierung auf der Erdoberfläche gekennzeichnet ist.⁴³¹ Diese Lokalisierung kann u. a. durch eine Adressangabe in Form von Ort, Straße und Straßenummer erfolgen. Derartige Geodaten weisen in erster Linie einen Ortsbezug, nämlich die Verbindung zu einem bestimmten Punkt in einer Stadt, einem Grundstück oder einem Gebäude auf.

Diese Sachinformationen können unter Umständen aber zugleich Angaben über die mit diesen Sachen in Verbindung stehenden Personen enthalten, wie Eigentümer, Halter oder Nutzer des Gebäudes, einer Wohnung oder einer Liegenschaft, und ermöglichen eventuelle Rückschlüsse auf private, berufliche oder sonstige wirtschaftliche Verhältnisse. *Weichert*⁴³² spricht insoweit von einem den Geoinformationen stets anhaftenden latenten Personenbezug. Andererseits herrscht auch Einigkeit zwischen Datenschützern und Befürwortern eines Geoinformations-

<https://www.datenschutzzentrum.de/geodaten/20080930-googlestreetview-bewertung.htm>. Anderer Auffassung war hingegen das VG Karlsruhe, Urt. v. 01.12.1999, Az. 2 K 2911/99, NJW 2000, 2222, 2224, und verlangte für das Vorliegen einer automatisierten Datei die Möglichkeit, die Karte anhand von mindestens zwei personenbezogenen Merkmalen auswerten zu können. Damit sollten die Angabe „Adresse“ oder „Geokoordinate“ allein nicht ausreichen. Ähnlich auch *Dammann*, in: Simitis, Bundesdatenschutzgesetz, § 3 Rn. 79, 84.

⁴³⁰ Siehe oben C. II. 1.2.

⁴³¹ *Weichert*, DuD 2007, 113, 113.

⁴³² *Weichert*, DuD 2009, 347, 350

dienstes wie Google Street View, dass aus diesem latenten Personenbezug nicht immer auf die Anwendbarkeit des Datenschutzrechts geschlossen werden darf.

In diesem Zusammenhang kann auf das Beispiel⁴³³ verwiesen werden, wonach die geographische Lage von Wien unstreitig ein reines Sachdatum darstellt und damit datenschutzrechtlich nicht relevant ist. Dieses (reine) Sachdatum kann allerdings durch die Verbindung mit einer Person eine Information beinhalten, die wiederum etwas über die betroffene Person aussagt, wodurch dieses Datum personenbezogen wird. Die Aussage „Frau Huber wohnt, arbeitet und lebt in der Stadt XY“ hat durchaus dann persönlichkeitsrechtliche Relevanz, wenn aus dieser Stadt ein Hinweis auf die soziale und finanzielle Lage gesehen werden kann. Dieser wird umso deutlicher ausfallen, sofern Frau Huber in Monaco lebt und wohnt. Nichtsdestotrotz wird hierdurch nicht die Stadt an sich zu einem personenbezogenen Datum, sondern allenfalls die Information, dass Frau Huber an diesem Ort wohnt. Daneben ist auch die Tatsache zu berücksichtigen, dass die meisten ortsgebundenen Geodaten ohnehin problemlos von der Öffentlichkeit wahrgenommen werden können und damit frei verfügbar sind (§ 1 Abs. 1 Satz 2 DSG).

Die bisherigen Überlegungen in der Literatur haben noch keine genauen Kriterien hervorgebracht, wo diese Grenze zwischen einem datenschutzrechtlich irrelevanten (reinen) Sachdatum und einem Datum mit Personenbezug verläuft. Dies ist im Bereich der Geodaten besonders schwierig, da hier meist die Übergänge fließend sind und oft von der Detailliertheit der Sachinformation abhängen.⁴³⁴

2.3.1 Abgrenzung zum Sammel- und Flächendatum

Ein Teil der Literatur versucht, eine Abgrenzung anhand der Bestimmung des Sammel- oder Flächendatums vorzunehmen. Der Personenbezug verringert sich im Bereich eines Sammel- oder Flächendatums umso mehr, je größer die dargestellte Fläche oder die Anzahl der hierbei erfassten Daten ist. Bei einer Vielzahl von Personen steigt die Wahrscheinlichkeit, sich einem reinen Sammeldatum anzunähern.

Gleichwohl herrscht Uneinigkeit bei der Frage, von wie vielen Personen die Daten letztlich zusammengefasst werden müssen, um den Personenbezug aufzuheben. *Dammann*⁴³⁵ schlägt vor, dass hierfür die Angaben von mindestens drei Personen zusammengefasst sein müssen,

⁴³³ Ähnlich nach *Forgó/Krügel*, MMR 2010, 17, 18.

⁴³⁴ *Weichert*, DuD 2009, 347, 351; *Forgó/Krügel*, MMR 2010, 17, 20; *Schmittmann*, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimediarecht, Teil 9, Rn. 106

⁴³⁵ *Dammann*, in: *Dammann/Simitis*, BDSG, § 3 Rn. 16.

um einen Personenbezug auszuschließen und damit von aggregierten bzw. zusammengefassten Daten sprechen zu können. Weichert⁴³⁶ vertritt in Bezug auf Geodaten und der Frage nach einem reinen Flächendatum die Auffassung, dass die Daten von mindestens drei oder auch vier Grundstücken zusammengefasst werden müssten, um letztlich ein Sachdatum annehmen zu können. In der Ampelstudie des ULD⁴³⁷ wurde u. a. vorgeschlagen, wenn nicht den Personenbezug an sich, so doch zumindest das Schutzinteresse des Betroffenen erst dann entfallen zu lassen, wenn die Kartendarstellung eine Pixelgröße von 40 cm oder eine größere Darstellung als im Verhältnis 1:10.000 aufweist.

Den vorgenannten Aspekten ist insoweit beizupflichten, als dass mit zunehmender Anzahl von Personen oder Grundstücken die Zuordnung einer Person zu einer reinen Sachinformation sinkt. Wo hier allerdings die genaue Grenze zu ziehen ist, bleibt offen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb von einer Zuordnungsmöglichkeit bei zwei Personen oder drei Grundstücken ausgegangen werden soll, hingegen bei drei Personen oder fünf Grundstücken nicht mehr. Noch willkürlicher erscheint die Darstellung, die auf die Pixelgröße bzw. Auflösung des dargestellten Datums abstellt. Zumindest erscheinen sie nach Ansicht des Verfassers wenig praxistauglich, denn auch bei mehr als vier Grundstücken oder auch bei einem Kartenmaßstab von 1:10.000⁴³⁸ kann sich ein Betroffener letztlich nicht darauf verlassen, dass ein reines Sammeldatum⁴³⁹ vorliegt. Die Abgrenzung im vorliegenden Fall allein anhand eines Sammel- oder Flächendatums vorzunehmen, erscheint folglich wenig hilfreich.⁴⁴⁰

2.3.2 Abgrenzung anhand einer Persönlichkeitsrelevanz

Daneben wird u. a. von Weichert⁴⁴¹ die Auffassung vertreten, dass das entsprechende (Geo-)Datum an sich eine gewisse persönlichkeitsrechtliche Relevanz haben und eine Aussagekraft über die Individualität einer Person aufweisen müsse, um noch einen Personenbezug bejahen zu können. Diesen Ansatz verfolgt auch die Art. 29-Datenschutzgruppe,⁴⁴² die bei der

⁴³⁶ Weichert, DuD 2009, 350, 351.

⁴³⁷ Karg, Datenschutzrechtliche Rahmenbedingungen für die Bereitstellung von Geodaten für die Wirtschaft, ULD vom 22.09.2008, S. 10, 67 ff., abrufbar unter:
<http://www.geobusiness.org/Geobusiness/Redaktion/PDF/Publikationen/ampelstudie-datenschutzrechtliche-rahmenbedingungen-bereitstellung-geodaten-lang.property=pdf,bereich=geobusiness,sprache=de,rwb=true.pdf>.

⁴³⁸ Vgl. Knyrim, in: FS Zankl, 423, 441.

⁴³⁹ Ebenso Forgó/Krügel, MMR 2010, 17, 20.

⁴⁴⁰ Vgl. hierzu auch das anschauliche Beispiel von Knyrim, in: FS Zankl, 423, 439.

⁴⁴¹ Weichert, DuD 2009, 347, 350; ders. DuD 2007, 113, 118.

⁴⁴² Art.-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 4/2007 zum Begriff „personenbezogene Daten“, S. 5, 10. Hierzu heißt es zudem einleitend, dass der Anwendungsbereich der Datenschutzbestimmungen nicht zu stark aus-

Abgrenzung und Bewertung des Personenbezugs darauf abstellt, welche Beziehungen und Verbindungen zwischen dem Datum und dem jeweiligen Individuum bestehen. Dies ist dann der Fall, wenn entweder:

- ein Inhaltselement (es handelt sich um eindeutige Daten über die betreffende Person),
- ein Zweckelement (das Datum wird benutzt, um die betreffende Person in einer bestimmten Weise zu beurteilen, in einer bestimmten Weise zu behandeln oder ihre Stellung oder ihr Verhalten zu beeinflussen) oder ein
- Ergebniselement (die Verwendung des Datums wirkt sich auf die Rechte und Interessen einer bestimmten Person aus) die Verbindung zur betroffenen Person herzustellen vermag.

Im Gegensatz zur vorgenannten Abgrenzung zum Sammel- und Flächendatum werden hier also solche Angaben vom Anwendungsbereich des Datenschutzes ausgenommen, die keine – wie auch immer geartete – Aussage über eine Person beinhalten. Die unterschiedlichen Ansätze machen deutlich, dass eine exakte Abgrenzung nur schwer möglich ist. Daher bleibt die Zuordnung des Bezugs einer Sache zu einer bestimmten Person letztlich kontextabhängig⁴⁴³ und hat unter Bezugnahme auf den Schutzgehalt des informationellen Selbstbestimmungsrechts der von den Aufnahmen Betroffenen zu erfolgen.⁴⁴⁴ Nach Ansicht des Verfassers lässt sich dennoch die Abgrenzung mit den letztgenannten Merkmalen praktikabel vornehmen. Sofern eine dieser Verbindungen zwischen dem Datum und dem Betroffenen hergestellt werden kann, ist nicht mehr von einem reinen Sachdatum und damit von der Anwendbarkeit des Datenschutzrechts auszugehen.

geweitet werden sollte und in der Folge die Aussage, wonach „*der Wert einer Immobilie eine Information über einen Gegenstand ist*“ und hier „*keine Datenschutzbestimmungen Anwendung finden, wenn die Information ausschließlich dazu verwendet wird, die Immobilienpreise in einem bestimmten Wohngebiet zu veranschaulichen*“. Siehe hierzu auch *Jahnel*, in: *Datenschutzrecht und E-Government*, S. 30.

⁴⁴³ Zu weit gehend hingegen *Forgó/Krügel*, MMR 2010, 17, 21, die darauf abstellen, ob die datenverarbeitende Stelle gerade die Absicht verfolgt, die Geodaten mit den betroffenen Personen zu verknüpfen. Hierauf kommt es jedoch wohl nicht an.

⁴⁴⁴ *Caspar*, Gutachten zu Rechtsfragen betreffend den Internet-Dienst Google Street View vom 02.02.2009, S. 13, abrufbar unter: <http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl16/umdrucke/3900/umdruck-16-3924.pdf>.

3. Aufnahme von Gebäuden und Häuserfassaden

Die Frage, ob es sich bei den fotografierten Gebäuden und Häuserfassaden um personenbezogene Daten handelt, ist umstritten. Hierbei ist zunächst zu klären, ob noch von dem Merkmal einer (Einzel-)Angabe⁴⁴⁵ zu sprechen ist.

3.1 Angaben über sachliche oder persönliche Verhältnisse

Die Abbildung einer Häuserfront oder eines Gebäudes stellt zunächst einmal eine Information über einen Gegenstand bzw. eine Sache dar. Wie zuvor erwähnt, umfasst der Begriff „Information“ aber alle Arten von Aussagen über eine Person. Zugleich sind auch Aussagen über alle Arten von Aktivitäten der Person oder ihres ökonomischen oder sozialen Verhaltens erfasst, mit denen ein Bezug zu einer Person hergestellt werden kann.

Die im Zuge des Street-View-Dienstes erstellten Aufnahmen von Gebäuden und Häuserfassaden lassen zunächst unter Umständen Rückschlüsse auf das soziale und möglicherweise wirtschaftliche Umfeld zu, in dem sich das Gebäude befindet. Keine Aussagen muss die entsprechende Aufnahme jedoch von vornherein über die Verhältnisse der – insoweit relevanten – Person machen. Eine Aussage darüber, ob die Person wohnhaft in der Straße XY, tatsächlich dem wirtschaftlichen oder sozialen Anschein des Gebäudes entspricht, ist wohl nicht möglich. Die Fotografie einer Häuserfassade ist zunächst ein Datum über das Gebäude selbst und kein Datum, das Rückschlüsse auf Personen zulässt.⁴⁴⁶ Andernfalls wäre auch hier – wie zuvor im Zusammenhang mit der Abgrenzung zum Sammeldatum beschrieben – eine praxistaugliche Abgrenzung nicht möglich. Sofern bei Eingabe einer Adressangabe die Häuserfront eines Hochhauses zu sehen wäre, ließe sich ein Rückschluss auf den Zustand und die Lage in der jeweiligen Stadt ziehen. Eine Angabe über eine Person – oder auch mehrerer Personen – in dem Gebäude ist nicht möglich. Wenn jedoch bereits kein direkter Rückschluss auf die persönlichen oder sachlichen Verhältnisse der Bewohner gezogen werden kann, wo sollte dann – ein Rückschluss unterstellt – eine entsprechende Abgrenzung vorgenommen werden? Wenn das aufgenommene Bild aus – vermeintlich – zehn Parteien besteht, so bleibt doch offen, für welche Person der vermeintliche Rückschluss gelten soll. Es mag zwar richtig sein,⁴⁴⁷ dass zu den persönlichen und sachlichen Verhältnissen auch soziale und wirtschaftliche Beziehungen

⁴⁴⁵ Im Gegensatz zum BDSG spricht das DSG lediglich von Angabe. Allerdings bedarf es auch im österreichischen Datenschutzrecht der Abgrenzung zum aggregierten Datum. In diese Richtung auch *Jahnel*, in: *Jahnel, Datenschutz und E-Government*, S. 29, 30.

⁴⁴⁶ Ähnlich *Forgó*, MMR 2010, 217, 217.

⁴⁴⁷ Vgl. *Jahn/Striezel*, K&R 2009, 753, 755 m. w. N.

zur Umwelt gehören. Dies trifft jedoch nicht auf das Datum „Gebäude oder Häuserfassade“ zu. Es erscheint nach diesseitiger Auffassung auch als zu weitgehend, aus Aspekten wie „Pflegezustand des Hauses“, ungefähre Höhe, geschätztes Alter, gegebenenfalls erforderlichen Modernisierungsmaßnahmen und sonstigen Merkmalen⁴⁴⁸ des Gebäudes Rückschlüsse auf eine oder mehrere Personen zu ziehen.

Als zentrale Frage erscheint vielmehr, ob ein Personenbezug auch für solche Daten gilt, die einen solchen erst durch Hinzutreten weiterer Umstände aufweisen können. Mit anderen Worten, ob eine Zuordnung von einer Adresse zur Abbildung eines aufgenommen Gebäudes und dessen geografischen und (vermeintlich) sozialen Umfelds einen eigenen Personenbezug zu dessen Nutzern, Bewohnern und Eigentümern hergestellt werden kann. Dies ist allerdings eine weitergehende Frage nach der Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit der einzelnen Person.

Es erscheint bis dahin aber fraglich, ob es sich bei den Aufnahmen der Gebäude und der Häuserfassaden überhaupt um Angaben bzw. Informationen über sachliche oder persönliche Verhältnisse einer Person handelt.

3.2 Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit

Ob ein konkretes Datum letztlich den erforderlichen Personenbezug aufweist, muss anhand des Kriteriums der Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit festgemacht werden.

Bei der Frage, welche Kriterien hinsichtlich der Bestimmbarkeit anzusetzen sind, kann auf die oben⁴⁴⁹ gemachten Ausführungen verwiesen werden. Bei Google Street View handelt es sich nicht um ein geschlossenes Netzwerk, sondern um einen Dienst, der von einer unbeschränkten Anzahl von Nutzern verwendet werden kann. Es erscheint zunächst zweifelhaft, ob für Google selbst als datenverarbeitende Stelle bereits eine Bestimmbarkeit vorliegt, weil das Unternehmen über die Verbreitung im Internet – in der Theorie – die erforderlichen Informationen für eine Identifizierung beschaffen kann.⁴⁵⁰ Es ist jedoch bei der Frage nach der Bestimmbarkeit auf die individuelle Erkennbarkeit (auch) durch Dritte abzustellen.

⁴⁴⁸ *Spiecker gen. Döhmman*, K&R 2010, 311, 315, führt hierzu noch Aspekte wie Umfang von sichtbarem Graffiti, Gestaltung des Gebäudes und vorhandene Gegenstände wie Spielzeug und Garagen an.

⁴⁴⁹ Siehe oben C.II 1.2.

⁴⁵⁰ Vgl. *Jahn/Striezel*, K&R 2009, 753, 755; ebenso *Caspar*, Gutachten zu Rechtsfragen betreffend den Internet-Dienst Google Street View vom 02.02.2009, S. 13, abrufbar unter: <http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl16/umdrucke/3900/umdruck-16-3924.pdf>.

Es wirft sich nun die Frage auf, ob aus einem dargestellten Gebäude oder einer Häuserfassade deshalb ein personenbezogenes Datum wird, weil ein Dritter bei der Angabe „Straße XY mit einer bestimmten Hausnummer“ unter Umständen über das Zusatzwissen verfügt, dass hinter der abgelichteten Häuserfassade eine konkrete Person Z wohnt. Nach Ansicht des Verfassers ist dies nicht der Fall.⁴⁵¹ Ein Gebäude oder eine Fassade lässt sich zwar stets mit den jeweiligen Bewohnern, Mietern oder Eigentümern in Verbindung bringen. Dies ist allerdings auch ohne den Dienst von Google Street View möglich. Eine solche Sichtweise scheitert daran, dass eine Häuserfassade oder ein Gebäude als Information allgegenwärtig und von jedermann wahrnehmbar ist. Schutzobjekt sind die Personen, die sich in dem jeweiligen Gebäude befinden, nicht hingegen die Ansicht eines Gebäudes.

Im Übrigen wäre kaum feststellbar, wer bei einer Häuserfassade eines mehrstöckigen Hauses für sich in Anspruch nehmen könnte, die Ansicht sei als personenbezogenes Datum schutzfähig. Abgesehen davon, dass z. B. bei Mehrfamilienhäusern ein Rückschluss auf den einzelnen Bewohner nicht zwangsläufig möglich ist, verfügt auch derjenige, der konkrete Informationen über einen Bewohner hat, über dieselben Möglichkeiten wie derjenige, der vor Ort das Gebäude und die Fassade besichtigt.⁴⁵²

3.3 Ergebnis

Bei der Ablichtung von Gebäuden und Häuserfassaden handelt es sich nach hier vertretener Auffassung nicht um personenbezogene Daten i. S. d. § 4 Z 4 DSGVO.

4. Aufnahmen von Personen und Gesichtern

Wie bereits erwähnt, gewährt § 1 Abs. 1 DSGVO jedem das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten gegenüber jedermann, soweit ein schutzwürdiges Interesse hieran besteht.

4.1 Datenschutzrechtliche Aspekte

Wie bereits oben dargelegt, sind personenbezogene Daten Angaben über Betroffene, deren Identität bestimmt oder bestimmbar ist, wobei Angaben sämtliche (persönlichen oder sachli-

⁴⁵¹ Ebenso wohl *Knyrim*, in: FS Zankl, 421, 442; a. A. im Ergebnis wohl *Moritz*, K&R 2/2010, 1, 5.

⁴⁵² Vgl. auch jüngst LG Köln, Urt. v. 13.01.2010, Az. 28 O 578/09, MMR 2010, 278, 278. Das Gericht führte hier aus, dass es zwar grundsätzlich möglich sei, bei Kenntnis einer bestimmten Straße und Hausnummer die Person zu ermitteln, die dort leben. Dies sei aber auch durch eine Einsichtnahme vor Ort möglich. Dem Betrachter wird daher also nicht mehr dargeboten, als demjenigen, der selbst durch die Straße geht oder fährt. Andere Ansicht *Weichert*, DuD 2009, 347, 351.

chen) Informationen sein können, die mit einer Person oder einem Unternehmen in Verbindung stehen oder gebracht werden können.⁴⁵³ Bei den im Zuge der Fahrten aufgenommenen Bildern von Personen, die sich zum Zeitpunkt der Aufnahme an einem bestimmten Ort aufhalten, handelt es sich nach hier vertretener Ansicht unproblematisch um personenbezogene Angaben i. S. d. § 4 Abs. 1 DSG. Der Dienst von Google ist, wie bereits erwähnt, für jedermann nutzbar und für jeden einsehbar. Bei den abgebildeten Personen kann eine Wiedererkennung durch Dritte im Internet nicht ausgeschlossen⁴⁵⁴ werden.

4.2 Recht am eigenen Bild

Durch die hohe Auflösung der Bilder wird zudem das Recht am eigenen Bild (§ 78 UrhG) berührt. Das in § 78 UrhG geregelte Recht am eigenen Bild stellt als Persönlichkeitsrecht einen umfassenden Schutz vor Bildveröffentlichungen dar, die berechnete Interessen des Abgebildeten verletzen. Hiernach können je nach Art der beeinträchtigten Interessen Bildveröffentlichungen rechtswidrig sein, wenn sie die Ehre eines Menschen verletzen oder weil sie in seine schutzwürdige Geheimsphäre eindringen oder seinen Anspruch auf Achtung der Unschuldsvoraussetzungen beeinträchtigen.⁴⁵⁵ Daneben können auch Abbildungen, die einen irreführenden Zusammenhang herstellen oder den Betroffenen in herabsetzender Weise darstellen,⁴⁵⁶ rechtswidrig sein.

Bilder von Personen dürfen folglich keine Verletzung der Intim- oder Privatsphäre darstellen. Hiervon kann sowohl dann ausgegangen werden, wenn in die Wohnungen hinein fotografiert wird, als auch bei Aufnahmen von Personen in objektiv kompromittierenden Situationen, wenn diese auch noch erkennbar sind. Eine Reihe von im Internet veröffentlichten Google-Street View-Aufnahmen,⁴⁵⁷ die Personen in unangenehmen Situationen zeigen, belegt, dass es derartige Aufnahmen durchaus gibt. § 78 UrhG erfordert im Übrigen eine Interessenabwägung im Hinblick auf die berechtigten Interessen des Abgebildeten. Eine solche Abwägung

⁴⁵³ Knyrim, Datenschutzrecht, S. 15; Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, Datenschutzgesetz, § 4 Anm. 2.

⁴⁵⁴ Im Ergebnis ebenso, Forgó, Gutachten des Rechtsinstituts für Rechtsinformatik der Leibniz Universität Hannover vom 18.02.2010, S. 40; Caspar, S. 11, abrufbar unter: <http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl16/umdrucke/3900/umdruck-16-3924.pdf>. Jahn/Striezel, K&R 2009, 753, 758.

⁴⁵⁵ Berka, in: Berka/Höhne/Noll/Polley, Mediengesetz, Einl. §§ 6-8a, Rn. 10, 11; Schmidtmayr/Knyrim, Freie Werknutzung (Panoramafreiheit) in der virtuellen Realität, JurPC Web-Dok. 71/2001 <http://www.jurpc.de/aufsatz/20010071.htm>. Zur deutschen Rechtslage siehe ausführlich Ernst, CR 2010, 178 ff.

⁴⁵⁶ Knyrim, in: FS Zankl, 421, 432.

⁴⁵⁷ Siehe z. B. unter: <http://www.giga.de/news/00150226-google-street-view-die-besten-bilder-des-fahrenden-voyeurs/>.

wird immer dann zugunsten des Fotografierten ausfallen, wenn die Privat- und Intimsphäre oder die Verbreitung von Bildnissen mit negativen Tendenzen erfasst wäre.⁴⁵⁸ Da nicht ausgeschlossen ist, dass Aufnahmen von Personen die vorgenannten Sphären berühren und damit eine Interessenabwägung zu ihren Gunsten ausfällt, ist auch die Möglichkeit einer Verletzung des Rechts am eigenen Bild denkbar.

5. Zulässigkeit der Datenverwendung

Die Zulässigkeit der Datenverwendung soll nachfolgend im Hinblick auf die Abbildungen der Häuserfassaden bzw. Gebäude⁴⁵⁹ und der erfassten Personen untersucht werden.

5.1 Datenverwendungszweck

Die Erhebung bzw. die Ermittlung und Speicherung der Daten durch den Google Street View-Dienst muss gemäß § 6 Abs. 1 Z 2 DSG dem Zweckbindungsgebot genügen. Der Zweck der Datenverwendung liegt darin, entweder für gewerbliche oder private Zwecke eine umfassende Landschafts- und Straßenkartografie zu erstellen. Nach Ansicht des Verfassers kann allein aus der Tatsache, dass Google Street View möglicherweise auch für weitere – derzeit noch unbeschriebene – Verwendungszwecke genutzt werden kann, nicht auf den fehlenden Datenverwendungszweck geschlossen werden.⁴⁶⁰

5.2 Erforderlichkeit der Datenverwendung

Weiter ist hier zu problematisieren, ob die Datenverarbeitung dem Gebot der Erforderlichkeit i. S. d § 7 Abs. 3 DSG genügt. Das allgemeine Kriterium der Erforderlichkeit einer Datenverarbeitung findet im Datenschutzrecht seinen Niederschlag im Prinzip der Datenvermeidung und Datensparsamkeit. Hierdurch soll vermieden werden, dass Daten auf Vorrat gesammelt und unnötig lange aufbewahrt werden. Mit dem Gebot der Datensparsamkeit und Datenvermeidung geht zugleich die Forderung an Google einher, die ermittelten Daten so früh wie möglich zu anonymisieren oder zu pseudonymisieren⁴⁶¹ (vgl. § 6 Abs. 1 Z 6 DSG). Der Aspekt der Datenvermeidung wird durch die Kamerafahrten wohl noch nicht unverhältnismäßig belastet. Die Kameras verfügen über eine 360°-Perspektive und filmen damit den gesamten

⁴⁵⁸ Vgl. *Knyrim*, in: FS Zankl, 421, 432.

⁴⁵⁹ Hierbei wird unterstellt, dass es sich um eine Einzelangebe handelt.

⁴⁶⁰ Andere Ansicht offenbar *Zeger*, der bislang Google hier in der Erklärungspflicht sieht, siehe Stellungnahme vom 24.02.2010, abrufbar unter: <http://recht.extrajournal.net/2010/02/24/google-street-view-erwartet-in-osterreich-ein-heiser-empfang-5430/>, und wohl *Weichert*, DuD 2009, 347, 349.

⁴⁶¹ Vgl. zum Begriff: *Gola/Schomerus*, Bundesdatenschutzgesetz, § 3a, Rn. 1, 3.

Raum, ohne dass Google oder Dritte auf die konkrete Auswahl der Daten Einfluss nimmt oder bestimmte Bereiche gesondert darstellt.

Es stellt sich hier allerdings die Frage, welche konkreten Anforderungen an Google zu stellen sind, um möglichst umfassend und schnellstmöglich nach Ermittlung der Daten diese so zu verfremden, dass eine mögliche Identifizierung des Betroffenen ausgeschlossen ist.⁴⁶² Google müsste damit schnellstmöglich den Personenbezug der Aufnahmen beseitigen,⁴⁶³ um dem Erfordernis der Datensparsamkeit zu genügen. Hierbei sind zwei unterschiedliche Zeiträume zu unterscheiden. Der erste Datenverarbeitungsvorgang betrifft die Ermittlung bzw. Speicherung der Daten im Zeitpunkt des Filmens des öffentlichen Raumes, und der zweite relevante Vorgang betrifft die Übermittlung der Daten in dem Moment, in dem die Information vom Nutzer abgerufen wird. Die Verfremdung der Aufnahmen von Gesichtern erfolgt nämlich erst in dem Zeitpunkt, in dem der Nutzer das Bild bei Google Street View aufruft. Folglich ist hinsichtlich der Frage nach der Erforderlichkeit zwischen der Datenspeicherung und der anschließenden Datenübermittlung zu unterscheiden.

5.2.1 Datenverarbeitung

Google⁴⁶⁴ selbst führt aus, dass es derzeit technisch nicht umsetzbar sei, die Informationen von Gesichtern unmittelbar bei oder nach der Aufnahme durch den Kamerawagen zu verfremden, was in Anbetracht der zu erwartenden Rechenleistung wohl durchaus nachvollziehbar erscheint. Die ermittelten Daten werden vielmehr nach deren Speicherung bearbeitet. Hierbei werden die gewonnenen Daten mithilfe einer Software ausgewertet, die hierbei auf bestimmte Parameter wie Gesichter reagiert und diese Stellen elektronisch markiert.⁴⁶⁵ In dieser „vorbearbeiteten Fassung“⁴⁶⁶ werden die Daten für den Dienst Google Street View bereitgehalten, wobei Rohdaten von Bildern, auf welche sich ein Widerspruch bezieht, endgültig unkenntlich gemacht werden.

⁴⁶² Ebenso Knyrim, in: FS Zankl, 423, 430.

⁴⁶³ Forgó, Gutachten des Rechtsinstituts für Rechtsinformatik der Leibniz Universität Hannover vom 18.02.2010, S. 55.

⁴⁶⁴ Siehe Forgó, Gutachten des Rechtsinstituts für Rechtsinformatik der Leibniz Universität Hannover vom 18.02.2010, S. 56.

⁴⁶⁵ Siehe zur Blurring-Technik auch Frome/Ceung u. a., Large-scale Privacy Protection in Google Street View (Abstract), S. 4 ff., abrufbar unter: http://static.googleusercontent.com/external_content/untrusted_dlcp/research.google.com/de//archive/papers/cbprivacy_iccv09.pdf.

⁴⁶⁶ Google benötigt diese Daten in dieser Form (Rohdaten) nach eigener Aussage für einen begrenzten Zeitraum u. a. zur Verbesserung der Blurring-Technologie und zur Korrektur und Anreicherung von Verkehrsdaten wie Straßennamen oder Verkehrsleitungen in den Kartendaten des Dienste Google Maps; siehe Bericht von Fleischer, abrufbar unter: <http://googlepolicyeurope.blogspot.com/2009/10/navigating-europes-streets.html>.

Im Hinblick auf die verbleibenden Rohdaten hat Google eine Löschung gegenüber der Art. 29-Datenschutzgruppe von einem Jahr ab der Veröffentlichung der Bilddaten zugesagt.⁴⁶⁷ Es erscheint allerdings durchaus fraglich, ob die Speicherung dieser Daten für den Zeitraum von einem Jahr noch angemessen, mithin erforderlich und mit dem vorgenannten Prinzip der Datensparsamkeit und Datenvermeidung vereinbar ist. Es kann durchaus zugestanden werden, dass die Rohdaten dazu verwendet werden, die Technologie für die Anonymisierung der (Personen-)Aufnahmen zu verbessern. Ob dies allerdings für einen Zeitraum von zwölf Monaten erfolgen muss, erscheint zweifelhaft. Nach Ansicht des Verfassers sollte dieser Zeitraum erheblich verkürzt werden, um dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit zu genügen. Andernfalls wäre bereits die Datenspeicherung der Rohdaten unzulässig.

5.2.2 Datenübermittlung

Bei der Datenübermittlung, mithin der Anzeige der Street View-Aufnahme durch den Nutzer, ist wiederum die – nunmehr – verzerrte Aufnahme zu bewerten. Wie zuvor dargestellt,⁴⁶⁸ werden die Gesichter der zufällig aufgenommenen Passanten nicht „verfremdet“ gespeichert, sondern erst im Moment des Abrufs bzw. der Übermittlung verzerrt. Fraglich ist damit, ob bei diesen unkenntlich gemachten Daten dem Gebot der „Anonymisierung“ (§ 6 Abs. 1 Z 5 DSG) bereits Rechnung getragen wird. Sofern man hingegen davon ausgeht, dass es sich bei den übermittelten Daten bereits um anonyme Daten handelt, wären datenschutzrechtliche Aspekte bei den „verzerrten Gesichtsaufnahmen“ insgesamt außen vor zu lassen.⁴⁶⁹

5.2.2.1 Verfremdung der Gesichtsfelder

Von einer Anonymisierung der Daten kann gesprochen werden, wenn nach der Verschlüsselung die ursprünglichen Daten vollständig vernichtet werden und folglich niemand mehr die Identität einer bestimmten Person feststellen kann.⁴⁷⁰

*Caspar*⁴⁷¹ hat es im Zusammenhang mit der Verfremdung der Gesichter abgelehnt, von anonymisierten Daten zu sprechen. Es sei zwar grundsätzlich festzustellen, dass die Blurring-

⁴⁶⁷ Siehe u. a. Bericht bei Golem, abrufbar unter: <http://www.golem.de/0910/70342.html> sowie <http://www.googlewatchblog.de/2009/12/29/oktober-2009-wave,-street-view-rohdaten-und-twitter/>.

⁴⁶⁸ Siehe oben C. V. 2.

⁴⁶⁹ Selbstverständlich kommt es hierauf im Ergebnis nicht unmittelbar an, da bereits die Datenverarbeitung (Datenermittlung und Datenspeicherung) anhand datenschutzrechtlicher Bestimmungen des DSG zu messen ist.

⁴⁷⁰ *Knyrim*, Datenschutzrecht, S. 15; *Drobesch/Gosinger*, Das neue österreichische Datenschutzgesetz, Anm. zu § 4 Z 1.

Technik derzeit so weit ausgereift ist, dass das Gesichtsfeld, das von der Software erkannt wurde, vollständig verwischt wird.⁴⁷² Nach Ansicht *Caspers* ist es allerdings trotz des Einsatzes von Filtern weiterhin möglich, sowohl die Haarfarbe, Haaransatz als auch die Gesichtsförmigkeit der betroffenen Person zu erkennen. Unter Berücksichtigung des möglichen Zusatzwissens Dritter könne daher trotz der „Blurring-Technik“ nicht ausgeschlossen werden, dass eine Person identifiziert wird.⁴⁷³ Da die Technik – unstreitig – noch nicht vollständig ausgereift sei und zudem einen – wenn auch geringen – Teil der personenbezogenen Daten unter Umständen übersieht, könne von einer abschließenden Anonymisierung der Daten noch nicht gesprochen werden.⁴⁷⁴

Nach Ansicht des Verfassers bedarf es hierbei jedoch einer weiteren „inzidenten“ Erforderlichkeitsprüfung dahin gehend, ob bereits deshalb von einem Verstoß gegen das Prinzip der Datensparsamkeit und Erforderlichkeit im Hinblick auf die Übermittlung der Daten zu sprechen ist, nur weil die Anonymisierung derzeit Lücken aufweist und dadurch – theoretisch – Daten dargestellt werden können, deren Personenbezug entgegen § 6 Abs. 1 Z 5 DSGVO über den Übermittlungsvorgang hinaus anhalten. Eine manuelle Nachprüfung durch Google erscheint hier unverhältnismäßig und dürfte ebenfalls keine Gewähr dafür bieten, alle – von der Software übersehenen – Daten nachträglich zu verzerren. Hierbei ist auch der Umstand zu berücksichtigen, dass sich für den Betroffenen und auch jeden Dritten die Möglichkeit eines „Opt-Out“ ergibt. Demnach kann jeder Nutzer bei Feststellung eines unverfälschten Gesichts gegenüber Google die Verzerrung der Darstellung fordern. Hierbei ist letztlich auch der Umstand zu gewichten, dass Google durchgehend an der Software Weiterentwicklungen durchführt und eine vollständige Entfremdung bzw. Schwärzung sämtlicher Personen, wie es *Knoll*⁴⁷⁵ vorschlägt, den Dienst unverhältnismäßig einschränken würde. Dies erscheint wohl auch nicht zwingend erforderlich, da es für den erforderlichen Grad der Anonymisierung aus-

⁴⁷¹ Caspar, Stellungnahme des wissenschaftlichen Dienstes des Schleswig-Holsteinischen Landtages zu Google StreetView, S. 24, abrufbar unter: <http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl16/umdrucke/3900/umdruck-16-3924.pdf>.

⁴⁷² Ebenso *Knoll*, *jusIT* 1/2010, 16, 17.

⁴⁷³ Siehe hierzu die Beispiele bei *Knyrim*, in: FS Zankl, 423, 426. Ebenso die Darstellungen, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/0,1518,487708,00.html>, <http://www.bild.de/BILD/digital/technikwelt/2008/10/22/google-streetviewStreetView/startet-in-deutschlandberlin-muenchen-frankfurt-kontroverse-um-datenschutz.html> und <http://www.blog.datenwachschatz.de/2008/08/fotografiert-fuer-google-street-view/>.

⁴⁷⁴ Google führt hierzu aus, dass eine Software mit einer Genauigkeit von 100 % derzeit nicht verfügbar und eine manuelle Sichtung der Daten nicht möglich sei.

⁴⁷⁵ *Knoll*, *jusIT* 1/2010, 16, 19.

reichend ist, das gesamte Gesichtsfeld bzw. die Kopfpattie zu verzerren und unkenntlich zu machen.

Eine inzidente Abwägung zwischen den Interessen an Google an einer vollständigen Löschung aller Personen und dem Gebot der Datensparsamkeit sollte mithin zugunsten von Google ausfallen. Dies ändert selbstverständlich nichts daran, dass die generelle Verwischung der Gesichtsfelder zwingende Voraussetzung für die Einhaltung der Grundsätze von § 6 DSGVO ist. Nichtsdestotrotz sollte im Hinblick auf den Prüfungspunkt der Erforderlichkeit der Datenverarbeitung der Umstand Berücksichtigung finden, dass Google sich verpflichtet⁴⁷⁶ hat, die Filtersoftware fortlaufend weiterzuentwickeln und zu verbessern, um dem Grundsatz der Datensparsamkeit zu entsprechen. Der Grundsatz der Datensparsamkeit wird durch die von der Software nicht erkannten Gesichtsaufnahmen daher nach Ansicht des Bearbeiters nicht verletzt.

5.2.2.2 Gebäude und Häuserfassaden

Ebenso wie im Bereich der Personen und der Aufnahmen der Gesichter stellt sich auch bei der Datenverarbeitung durch die Erfassung der Häuser und Gebäude die Frage, ob Google gegen den Grundsatz der Erforderlichkeit der Datenverwendung verstößt, wenn diese Daten – wenn nicht bei der Datenspeicherung so zumindest bei der Datenübermittlung – nicht unkenntlich gemacht werden. Unabhängig von der hier vertretenen Ansicht, wonach bereits erhebliche Zweifel am Personenbezug eines Gebäudes bzw. einer Häuserfassade bestehen, ist im Hinblick auf diese Aufnahmen das Gebot der Erforderlichkeit gewahrt.

Im Gegensatz zu den Gesichtern erkennt die Software von Google Street View keine Gebäude oder Häuserfassaden. Das Erfordernis, die Gebäude (vorab) unkenntlich zu machen oder zu verzerren, würde aber gleichzeitig bedeuten, den Dienst – wenn nicht nutzlos, so doch – unpraktikabel zu machen, da hierdurch das gesamte Straßenbild „entstellt“⁴⁷⁷ würde.

5.3 Schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen

Ausweislich der Verfassungsbestimmung des § 1 Abs. 1 DSGVO hat jeder Betroffene Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden, personenbezogenen Daten, soweit ein schutzwürdiges Interesse daran besteht. Das Bestehen dieses Interesses ist jedoch ausgeschlossen, wenn

⁴⁷⁶ Siehe Bericht von *Fleischer*, abrufbar unter:
<http://googlepolicyeurope.blogspot.com/2009/10/navigating-europes-streets.html>.

⁴⁷⁷ So auch *Spiecker gen. Döhmman*, CR 2010, 311, 315; *Jahn/Striezel*, K&R 2009, 753, 756.

Daten infolge ihrer allgemeinen Verfügbarkeit einem Geheimhaltungsanspruch nicht zugänglich sind (§ 1 Abs. 1 Satz 2 DSG).

5.3.1 Allgemein verfügbare Daten

Von dem Begriff der „allgemein verfügbaren Daten“ ist auszugehen, wenn die Daten infolge ihrer allgemeinen Verfügbarkeit oder wegen ihrer mangelnden Rückführbarkeit auf einen Betroffenen einem Geheimhaltungsanspruch nicht zugänglich sind.⁴⁷⁸

Die Aufnahmen von Häusern und Gebäuden sind dem Grunde nach allgemein für jedermann zugänglich.⁴⁷⁹ Bei der Häuserfassade könnte es sich mithin um für jedermann wahrnehmbare Vorgänge oder Zustände im öffentlichen Raum handeln. Informationen, die jedoch für jedermann ohnehin zugänglich sind, genießen keinen gesonderten Datenschutz.

*Forgó*⁴⁸⁰ führt hierzu aus, dass der öffentlich einsehbare und für jedermann sichtbare Verkehrsraum⁴⁸¹ ebenso zu beurteilen sei wie der öffentliche Luftraum. Der deutsche Gesetzgeber hat in Umsetzung der INSPIRE-Richtlinie⁴⁸² das sog. Geoinformationsgesetz (GeoZG) erlassen, wonach gemäß § 4 Abs. 1 (Anhang II Nr. 3 der INSPIRE-Richtlinie) Orthofotografien, d. h. georeferenzierte Bilddaten der Erdoberfläche von Satelliten- oder luftfahrzeuggestützten Sensoren, für jedermann zugänglich zu machen sind. Hieraus folgert *Forgó*, dass damit erst recht Straßenaufnahmen von Kameras als allgemein zugänglich gelten müssen.

Zumindest eine solche Schlussfolgerung ist nach diesseitiger Überzeugung zu weitgehend. Satelliten und Luftaufnahmen sind nicht mit den von Kameras abfotografierten Häuserfassaden zu vergleichen. Das österreichische Pendant, das Geodateninfrastrukturgesetz (Geo-

⁴⁷⁸ *Knyrim*, Datenschutzrecht, S. 7, 117.

⁴⁷⁹ Ebenso *Weichert*, DuD 2009, 247, 250, im Hinblick auf den Begriff „allgemein zugängliche Daten“; *Jahn/Striezel*, K&R 2009, 753, 756.

⁴⁸⁰ *Forgó*, Gutachten des Rechtsinstituts für Rechtsinformatik der Leibniz Universität Hannover vom 18.02.2010, S. 54.

⁴⁸¹ Ähnlich *Bull*, NJW 2009, 3279, 3282. „Wer öffentliche Straßen befährt, ‚offenbart‘ damit selbst einen ‚Lebenssachverhalt‘ und kann nicht beanspruchen, dabei unerkannt zu bleiben. Er muss es ertragen, dass andere davon Kenntnis nehmen, und er hat gar keine Möglichkeit mehr zu bestimmen, was mit den entsprechenden Informationen geschehen soll. Richtig ist allerdings, dass Behörden strenger als private Informationsinteressenten an rechtliche Regeln über die Kenntnisnahme (‚Datenerhebung‘) gebunden sind und in den meisten Fällen einer Ermächtigungsgrundlage schon für die Beschaffung von Informationen benötigen – aber eben nicht immer.“

⁴⁸² Richtlinie 2007/2/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2007 zur Schaffung einer Geodateninfrastruktur in der Europäischen Gemeinschaft (INSPIRE), abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:108:0001:0014:DE:PDF>.

DIG),⁴⁸³ spricht – im Gegensatz zur deutschen Fassung⁴⁸⁴ – zudem von einer ausdrücklichen datenschutzrechtlichen Beschränkung des Zugangs zu Geodaten und Geodatendiensten. Eine solche Beschränkung soll dann vorliegen, wenn die Vertraulichkeit personenbezogener Daten Nachteile erleiden könnte und ein schutzwürdiges Interesse an der Geheimhaltung i. S. d. DSG besteht (§ 8 Abs. 2 Nr. 6 GeoDIG). Hieraus ließe sich schlussfolgern, dass zumindest der öffentliche Raum an sich nicht zu den allgemein verfügbaren Daten i. S. d. § 1 Abs. 1 Satz 2 DSG⁴⁸⁵ zählt, da in einem solchen Fall bereits kein schutzwürdiges Interesse betroffen sein könnte.⁴⁸⁶ Auch wenn sich durchaus Anhaltspunkt anführen lassen, die Ansichten der Gebäude und Fassaden dem Datenschutz aufgrund einer allgemeinen Verfügbarkeit (§ 1 Abs. 1 Satz 2 DSG) gänzlich zu entziehen, so hält der Verfasser im Ergebnis eine Bewertung anhand der jeweils schutzwürdigen Interessen im Rahmen einer Interessenabwägung im Fall von Google Street View – wie auch im Geodateninfrastrukturgesetz angedeutet – dennoch für sachgerechter.

Es sollte nämlich auch der Umstand Berücksichtigung finden, dass die Aufnahmen aus einer Höhe von rund drei Metern gemacht werden und hierdurch Aufnahmen möglich sind, die normalerweise gerade nicht mehr für jedermann verfügbar oder einsehbar sind.⁴⁸⁷ Dies räumt auch *Forgó* ein, der davon ausgeht, dass ein hinreichender Sichtschutz erst ab einer Höhe von rund zwei Metern gegeben wäre. Auf der anderen Seite kann jedoch auch der Umstand nicht vollkommen unberücksichtigt bleiben, dass die ermittelten Daten – wenn auch aus einer Höhe von drei Metern – dem Grunde nach dem öffentlichen Raum entstammen. Theoretisch wäre es auch für einen Betrachter vor Ort möglich, die Gegend oder das jeweilige Objekt von einer solchen Höhe mit entsprechenden Hilfsmitteln zu betrachten.

⁴⁸³ 14. Bundesgesetz über eine umweltrelevante Geodateninfrastruktur des Bundes (Geodateninfrastrukturgesetz – GeoDIG), GP XXIV RV 400 AB 590 S. 53. BR: 8276 AB 8279, S. 781, abrufbar unter: http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2010_I_14/BGBLA_2010_I_14.pdf.

⁴⁸⁴ Nach § 12 Abs. 1 GeoZG i. V. m. § 9 Abs. 1 Umweltinformationsgesetz (dUIG) ist ein Informationsantrag abzulehnen, soweit durch das „Bekanntwerden der Informationen personenbezogene Daten offenbart und dadurch Interessen der Betroffenen erheblich beeinträchtigt würden“. Das deutsche Recht gelangt somit auf „Umwegen“ ebenfalls zur Frage nach der Interessenabwägung.

⁴⁸⁵ Zur grundsätzlichen Kritik an dem Begriff der allgemein verfügbaren Daten siehe ausführlich *Krenn*, DSG-Novelle 2010 – Ein mangelhafter Entwurf (ARGE Daten), abrufbar unter: http://www.argedaten.at/php/cms_monitor.php?q=PUB-TEXT-ARGEDATEN&s=03609aua. Hierbei ist darauf hinzuweisen, dass diese Bestimmung sich nicht in den europarechtlichen Vorgaben findet. Siehe auch EuGH, v. 16.12.2008, C 73/07, EuZW 2009, 108 ff. – *Tietosuojavaltuutettu*. Eine vertiefte Auseinandersetzung soll hier jedoch unterbleiben.

⁴⁸⁶ Ebenso *Knoll*, jusIT 1/2010, 16, 18, der die Bestimmbarkeit und Identität des abgelichteten Datums danach beurteilt, ob die Daten im Anschluss an die Erfassung identifizierbar werden. Es kommt seiner Ansicht damit darauf an, dass die Daten und nicht der Betroffene allgemein verfügbar und zugänglich sind.

⁴⁸⁷ *Caspar*, Gutachten des , S. 9, abrufbar unter: <http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl16/umdrucke/4400/umdruck-16-4431.pdf>.

Auch wenn in diesem Zusammenhang eingewendet wird, dass sich die Intensität des möglichen Eingriffs dadurch ergibt bzw. erhöht, dass Google die – öffentlich zugänglichen – Informationen im Internet veröffentlicht,⁴⁸⁸ so rechtfertigt dies wohl noch kein anderes Ergebnis. Es kann bei der Bewertung grundsätzlich keinen Unterschied machen, ob eine Privatperson eine Straße und deren Passanten mit vielen einzelnen Bildern erfasst und dann ins Internet stellt, oder ob dies Google automatisiert und mit technisch hochentwickeltem Equipment ausführt. Zumindest sollte allerdings der Aspekt, dass die gewonnenen Daten auch durch jeden Dritten – mit dem entsprechenden Aufwand – ermittelt werden könnten, bei der vorzunehmenden nachfolgenden Abwägung der gegenüberstehenden Interessen (vgl. § 8 Abs. 1 Z 4 DSG) Berücksichtigung finden.⁴⁸⁹

5.3.2 Qualität der Daten

Bei den Häuserfassaden und Gebäuden ist nach hier vertretener Auffassung von nicht sensiblen Daten auszugehen. Selbst wenn man eine Verknüpfung von Adressdaten und personenbezogenen Daten vornehmen würde, wodurch – unterstellt – Rückschlüsse darauf möglich wären, wie und in welchem sozialen Umfeld der Betroffene lebt, sind keine sensiblen Daten betroffen. Aus der Darstellung von Häusern und Gebäudeansichten ist weder auf die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinung, Gewerkschaftszugehörigkeit, religiöse oder philosophische Überzeugung, Gesundheit noch auf das Sexualleben der Person zu schließen (§ 4 Z 2 DSG).

Nicht anders verhält es sich nach Ansicht des Verfassers bei den Aufnahmen der Passanten. Durch die Verzerrung der Gesichtsfelder ist nicht davon auszugehen, dass hierdurch Hinweise auf die rassische oder ethnische Herkunft gezogen werden können.⁴⁹⁰

⁴⁸⁸ Vgl. insoweit den Hinweis von *Knyrim*, in: FS Zankl, 423, 437.

⁴⁸⁹ Diesen Weg scheint auch *Knyrim*, in: FS Zankl, 423, 437 f., vorzuschlagen.

⁴⁹⁰ Andere Ansicht indes *Knoll*, *jusIT* 1/2010, 16, 17. Dieser Darstellung ist allerdings insoweit zuzugestehen, dass unter Umständen ein Rückschluss auf eine Religionszugehörigkeit denkbar wäre, wenn auf dem Bild z.B. eine entsprechende religiöse Kopfbedeckung sichtbar wäre. Sofern der Abgebildete nicht verfremdet wäre, könnte man durchaus zu dem Schluss kommen, dass in einem solchen Fall unter Umständen sensible Daten betroffen sein können. Zu denken wäre z.B. auch daran, dass der Gefilmte gerade auf der Straße seine politische Meinung kund tut und demonstriert. Letztlich rechtfertigt dies nur den Schluss, dass die Aufnahmen von Personen zwingend zu verfremden sind. Sofern auf die mittels der Blurring-Technik verfremdeten Personen abzustellen ist, bleibt es hingegen dabei, dass insoweit keine Sensibilität des Datums i. S. d. § 4 Z 2 DSG vorliegt.

5.3.3 Zulässigerweise veröffentlichte Daten

§ 8 Abs. 2 DSG bestimmt, dass bei der Verwendung von „zulässigerweise veröffentlichten Daten“ die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen nicht verletzt werden. *Knyrim*⁴⁹¹ wies bereits frühzeitig völlig zu Recht darauf hin, dass dieser Ausnahmetatbestand im Bereich des Google Street View-Projekts nicht greifen kann, da die ermittelten und erfassten Daten von Google erst im Zuge der eigenen Speicherung, Bearbeitung und anschließender Übermittlung veröffentlicht werden.

5.3.4 Interessenabwägung

Im Rahmen der Interessenabwägung wird – soweit ersichtlich⁴⁹² – lediglich der Tatbestand des § 8 Abs. 1 Z 4 DSG diskutiert. Bei § 8 Abs. 1 Z 4 DSG ist hierbei eine Interessenabwägung zwischen den Interessen des Auftraggebers und den schutzwürdigen Interessen des Betroffenen vorzunehmen.

Die Interessen von Google an der Datenverwendung liegen unzweifelhaft darin, der Allgemeinheit Informationen über mögliche Reise- und Urlaubsziele oder auch potenzielle Wohn- und Geschäftsorte anzubieten. Daneben hat Google jedoch auch klar eigene unternehmerische Ziele im Auge.⁴⁹³ So bietet das Unternehmen an, bei Street View Anzeigen für das eigene Unternehmen zu schalten. Dieses grundsätzlich – rein wirtschaftliche – Interesse aufseiten von Google hat in der Bewertung mit einzufließen.

Wie bereits zuvor angedeutet, muss bei der vorzunehmenden Interessenabwägung wohl dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die erfassten Gebäudedaten dem Grunde nach – bis zu einer bestimmten Höhe (hier von rund zwei Metern) – für jedermann zugänglich und ebenfalls ermittelbar sind.

⁴⁹¹ *Knyrim*, in: FS Zankl, 423, 437.

⁴⁹² *Knyrim*, in: FS Zankl, 423, 437. Die Tatbestände des § 8 Abs. 1 Z 1 und 3 DSG sind offensichtlich nicht einschlägig. Die Betroffenen haben zudem der Datenverwendung nicht zugestimmt, weshalb auch § 8 Abs. 1 Z 2 DSG nicht zu problematisieren ist. § 8 Abs. 3 DSG enthält Beispiele, in denen eine Interessenabwägung jedenfalls zugunsten des Auftraggebers ausfällt. Allerdings ist auch insoweit kein einschlägiger Tatbestand ersichtlich.

⁴⁹³ Siehe *Google*, abrufbar unter:
<http://maps.google.de/intl/de/help/maps/streetview/using-street-view.html#business>.

Bei der Bewertung kann auf die Bestimmungen in den §§ 28, bzw. 29 dBDSG⁴⁹⁴ verwiesen werden. § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 dBDSG rechtfertigt die Verwendung bestimmter Einzeldaten, wobei das deutsche Datenschutzrecht auch bei allgemein zugänglichen bzw. verfügbaren Daten keine uneingeschränkte Verwendung erlaubt. § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 dBDSG erleichtert den Zugang zu allgemein zugänglichen Daten, die veröffentlicht bzw. erhoben werden dürfen, gibt die unbeschränkte Datenverwendung allerdings nicht frei. Die verantwortliche Stelle, mithin der Auftraggeber, ist vielmehr weiterhin verpflichtet, auf die Interessen der Betroffenen Rücksicht zu nehmen.⁴⁹⁵ Dieses Prinzip sollte auch bei der im Rahmen von § 8 Abs. 1 Z 4 DSG vorzunehmenden Interessenabwägung Berücksichtigung finden.

Kritiker⁴⁹⁶ des Dienstes führen hierbei an, dass besonders die Daten von Häusern, deren Ansichten sowie allgemein das Erscheinungsbild dazu führen können, dass diese Daten für Bonitäts- und Scoring-Bewertungen herangezogen werden. Darüber hinaus bestehe die Möglichkeit, dass Kriminelle⁴⁹⁷ sich einen einfachen Überblick von den Objekten machen und möglicherweise Sicherheitssysteme sowie deren Lage risikolos im Internet auskundschaften können. In diesem Bereich gewinnt der Aspekt, dass es sich um ein Bild der Straßenansicht handelt, das von einer allgemein zugänglichen Stelle erstellt worden ist und auch von jedem Dritten jederzeit gemacht werden kann, besondere Bedeutung. Sofern man einem Gebäude oder einer Häuserfassade nach dem Vorgenannten überhaupt einen Personenbezug beimessen möchte, ist ferner zu beachten, dass ein wesentlich genaueres Abbild erstellt werden könnte, wenn das Gebäude persönlich aufgesucht und fotografiert würde.⁴⁹⁸ Hierbei wird von Kritikern des Dienstes eingewendet, dass die Darstellungen bei Street View potenziellen Einbrechern die einfache Möglichkeit einräumen, sich über die örtlichen und damit auch wirtschaft-

⁴⁹⁴ Auf eine darstellende Differenzierung zwischen § 28 dBDSG (Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung für eigene Zwecke) und § 29 dBDSG (geschäftsmäßige Datenerhebung und -speicherung zum Zwecke der Übermittlung) wird hier verzichtet.

⁴⁹⁵ *Simitis*, in: *Simitis*, Bundesdatenschutzgesetz, § 28, Rn. 200, 201; *Gola/Schomerus*, Bundesdatenschutzgesetz, § 28 Rn. 44. Siehe hierzu auch jüngst das Urteil des BGH, Urt. v. 23.06.2009, Az. VI ZR 196/08, ZUM 2009, 753 ff. Der BGH führte hier aus, dass der Einzelne keine absolute, uneingeschränkte Herrschaft über „seine“ Daten hat, denn er entfaltet seine Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft. In dieser stellt die Information, auch soweit sie personenbezogen ist, einen Teil der sozialen Realität dar, der nicht ausschließlich dem Betroffenen allein zugeordnet werden kann. Vielmehr ist über die Spannungslage zwischen Individuum und Gemeinschaft i. S. d. Gemeinschaftsbezogenheit und -gebundenheit der Person zu entscheiden.

⁴⁹⁶ Eine Übersicht von weiteren kritischen Beispielen findet sich bei *Weichert*, Datenschutzrechtliche Bewertung des Projektes „Google Street View“, abrufbar unter: <https://www.datenschutzzentrum.de/geodaten/20080930-googlestreetview-bewertung.htm>.

⁴⁹⁷ Siehe Bericht bei *The Register* vom 12.04.2010, abrufbar unter: http://www.theregister.co.uk/2010/04/12/man_blasts_street_view_after_garage_breakin/.

⁴⁹⁸ Ebenso *Forgó*, Gutachten des Rechtsinstituts für Rechtsinformatik der Leibniz Universität Hannover vom 18.02.2010, S. 63.

lichen Verhältnisse der Anrainer zu informieren. Auch wenn diese Möglichkeit durchaus denkbar erscheint, rechtfertigt dies wohl noch nicht die Abwägung zugunsten der Eigentümer und Bewohner der Gebäude. Der genaue Sicherheitsstandard der Einrichtung wird sich aus den Aufnahmen bei Google Street View ohnehin nicht erkennen lassen. Darüber hinaus werden sich potenzielle Straftäter auch ohne diesen Dienst ein Bild der Lage machen und sich aus anderen „Quellen“ Informationen über die „Lage und den Lebensstandard“ der betroffenen Gegend besorgen können.⁴⁹⁹ Sofern es Einbrecher auf ein bestimmtes Gebäude abgesehen haben, ist es letztlich unerheblich, welche Aufnahmen bei Street View überhaupt von diesem Gebäude zu finden sind.

Die Grenze der Verhältnismäßigkeit wird freilich dort überschritten, wo die Ablichtung der Gebäude und Häuserfassaden dazu führt, dass in die Gebäude „hinein gefilmt“ oder über bestehende Sichtbarrikaden wie Gartenzäune „hinweg gefilmt“ wird. Insoweit liegen auch keine Daten vor, die für jedermann verfügbar sind. In die Abwägung hat hierbei das Recht der Betroffenen⁵⁰⁰ einzufließen, den Garten oder sonstige private Bereiche von Einblicken Dritter oder Google zu entziehen und seine Privat- und Intimsphäre vor Einsichtnahme durch Dritte zu schützen.

Dieses Recht scheint nach Ansicht des Verfassers nicht nur auf nicht einsehbare Grundstücksteile⁵⁰¹ beschränkt zu sein oder von der konkreten Höhe des Sichtschutzes abzuhängen.⁵⁰² Allein die Tatsache, dass jemand einen verringerten Sichtschutz an seinem Gebäude angebracht hat, rechtfertigt nicht die Annahme, dass er auf einen Teil seiner Privatsphäre verzichten möchte oder weniger schutzwürdig ist. Vielmehr ist hier die Höhe entscheidend, von der aus die Aufnahmen gemacht werden. Da bei einer Höhe von rund drei Metern Bilder möglich sind, die für den „normalen“ Verkehr nicht mehr verfügbar sind, ist der Dienst auch anhand

⁴⁹⁹ Siehe hierzu auch VG Karlsruhe, Urt. v. 01.12.1999, Az. 2 K 2911/99, MMR 2000, 181 ff. In diesem Verfahren ging es um ein Verlagsunternehmen, das mit Präzisionskameras ausgestattete Kleintransporter verwendete, um eine elektronische Häuser- und Gebäudekarte zu erstellen. Das Gericht lehnte eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Anlieger ab. Die Außenansicht der Wohngebäude ist der Öffentlichkeit zugewandt, kann von jedermann wahrgenommen werden und daher allenfalls einen sehr begrenzten Schutz genießen. Nur gegen unrichtige oder ehrverletzende Darstellungen könnte sich der Betroffene mit Erfolg zur Wehr setzen. Solche Eingriffe drohen von dem völlig objektiven und wertneutralen Aufnahmeverfahren aber offensichtlich nicht.

⁵⁰⁰ Siehe AG München, Urt. v. 19.08.2009, Az. 161 C 3130/09, MMR 2010, 263 ff. – *Luftbilddaufnahmen*.

⁵⁰¹ So aber das KG Berlin, Urt. v. 05.05.2000, Az. 9 U 555/00, NJW-RR 2000, 1714, 1716.

⁵⁰² So zumindest *Forgó*, Gutachten des Rechtsinstituts für Rechtsinformatik der Leibniz Universität Hannover vom 18.02.2010, S. 81, welcher die Meinung vertritt, dass ein räumlicher Schutz bei fehlender Sichtschutzvorrichtung überhaupt nicht gewollt ist. Derjenige, der auf einen solchen Sichtschutz verzichtet, setze sich bewusst den Blicken der Öffentlichkeit aus und könne sich damit nicht auf das Recht auf Privatsphäre berufen.

dieser Eigenschaft zu messen. Im Hinblick auf die hierdurch ermittelten Daten helfen auch die oben genannten Argumente nicht mehr, wonach bei einer reinen Häuserfassade und Gebäudefront voraussichtlich der Personenbezug fehlen wird. Google führt hierzu zwar an, die Höhe von 2,90 m sei erforderlich, um über Hindernisse im Straßenverkehr – wie z. B. geparkte Fahrzeuge – hinwegsehen zu können. Dies kann jedoch kein entscheidendes Kriterium darstellen, sofern der Eingriff in die Privatsphäre möglich erscheint. Dem Betroffenen wird es letztlich egal sein, dass die freie Sicht über den stehenden Verkehr in seiner Straße für Google möglich ist, wenn die Aufnahme vor seinem Haus einen direkten Einblick in seinen Garten oder dessen Wohnzimmer zulässt. Ein solches Datum ist schutzwürdig und unterliegt dem Datenschutz.

Sofern im konkreten Einzelfall über einen – für den normalen Verkehr – nicht frei einsehbaren Bereich Bilder erstellt werden, verlagert sich die Abwägung daher zugunsten der Betroffenen. Ob dies der Fall ist, ist anhand des konkreten Einzelfalls zu klären. Ein überwiegendes Interesse der Betroffenen gegenüber Google im Hinblick auf die Darstellung der Gebäude an sich ist jedoch nach diesseitiger Auffassung zu verneinen. Die Datenverwendung der Aufnahmen von Häuserfassaden und Gebäuden – Personenbezug unterstellt – wäre hiernach zulässig.

Bei der Interessenabwägung⁵⁰³ im Hinblick auf die fotografierten Passanten stellt sich die Sachlage allerdings anders dar. Zwar ist auch hier der Aspekt zu berücksichtigen, dass sich die Passanten im öffentlichen Raum befinden und deren Daten damit grundsätzlich „frei verfügbar“ wären. Gleichwohl handelt es sich hier um eine Momentaufnahme, die eine bestimmte, individualisierbare Person zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem bestimmten Ort darstellt. Insofern unterscheidet sich dieser Bereich bereits von der Darstellung der Gebäude, die sich durchgehend, also auch nach der Datenermittlung und Datenspeicherung, an dem Geodatum befinden. Insoweit ist auch der Schilderung von *Forgó* zu widersprechen, wonach sich die Zulässigkeit dieser Aufnahmen bereits daraus ergeben soll, dass es aufgrund der großen Verbreitung von Digitalkameras und der Häufigkeit von Filmaufnahmen heutzutage ohnehin

⁵⁰³ *Knoll*, *jusIT* 1/2010, 16, 18, sieht hingegen in den Daten von Personen, die im Zuge der Kamerafahrten abgelichtet wurden, sensible Daten i. S. d. § 4 Z 2 DSGVO. Die Rechtfertigung der Datenverwendung würde sich in diesem Fall allein anhand von § 9 DSGVO orientieren. Allerdings stellt Knoll den Bezug zu sensiblen Daten über die allgemeine Identifizierungsmöglichkeit der Personen her. Dies erscheint hingegen fraglich. Allein der Umstand, dass eine Person identifizierbar ist, macht dieses Datum nicht gleich zu einem sensiblen Datum, nur weil eventuell Rückschlüsse auf die Religionszugehörigkeit möglich sind. Ein sensibles Datum kann sich letztlich aus einer Zusammenschau unterschiedlicher Informationen ergeben.

sehr wahrscheinlich sei, in der Öffentlichkeit fotografiert zu werden. Diese Wahrscheinlichkeit rechtfertigt zumindest nicht die Datenspeicherung zum Zwecke der Übermittlung bzw. Veröffentlichung dieser Daten.

Entscheidend ist wohl aber letztlich auch, dass die personenbezogenen Daten in Form der Aufnahmen von Passanten für den Dienst von Google nicht relevant sind. Für die Erstellung eines Kartendienstes, mit dem über örtliche Begebenheiten informiert werden soll, ist die Darstellung dieser Daten in Form der Personen nicht zwingend notwendig. Der Verwendungszweck wird auch ohne die Darstellung der Gesichter erfüllt, was die Schlussfolgerung zulässt, dass die Unkenntlichmachung der Gesichter zwingende Voraussetzung für die Zulässigkeit dieser Datenverwendung ist.

5.4 Ergebnis

Bei den Passanten und Aufnahmen von deren Gesichtern bedarf es aus datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten sowie aus Gründen des Rechts am eigenen Bild nach Ansicht des Verfassers der Verzerrung bzw. Unkenntlichmachung des Gesichtsfeldes. Andernfalls sind die Datenverwendungen nicht zulässig. Nichtsdestotrotz ist die derzeitige Vorgehensweise geeignet, den Interessen der Betroffenen ausreichend Rechnung zu tragen. Im Hinblick auf die Darstellung der Gebäude fällt die Interessenabwägung wohl grundsätzlich zugunsten von Google aus, da hier keine überwiegenden Geheimhaltungsinteressen betroffen sind, sofern man einem Gebäude oder einer Häuserfassade überhaupt die Eigenschaft eines personenbezogenen Datums beimessen möchte. Hiervon unberührt bleibt aber die Notwendigkeit, Eingriffe in die Privatsphäre zu unterlassen, die infolge von Aufnahmen aufgrund der derzeitigen Höhe der Kamera möglich sind. Dies dürfte insbesondere dann der Fall sein, wenn die Kamera über Gartenzäune etc. hinweg filmt. Letztlich ist allerdings auch hier das „Opt-out-Modell“ angemessen, wonach die Betroffenen die Verzerrung dieser Darstellungen nachträglich fordern können.

D. Google AdWords

„Das Internet wird nicht zentral kontrolliert und dies ist vielleicht der Schlüssel für seinen Erfolg und sein Wachstum.“⁵⁰⁴

I. Einleitung

Mit der steigenden Anzahl an Unternehmen, die ihre Produkte und Dienstleistungen über das Internet anbieten, vermehren sich auch die Probleme, sich am Markt entsprechend zu positionieren. Auch durch die Anzahl der Internetseiten und der fortlaufenden technischen Entwicklung im Bereich der Suchmaschinenoptimierung wird es dabei für Unternehmen immer wichtiger, sich von Wettbewerben abzugrenzen und die eigenen Angebote so dazustellen und zu platzieren, dass sie bestmöglich wahrgenommen werden. Besonderes Augenmerk gewinnt hierbei auch die Tatsache, dass die Internetnutzer oftmals nur die ersten Treffer in der Ergebnisliste bei Eingabe ihrer Suchwörter zur Kenntnis nehmen. Deshalb ist es besonders wichtig, auf dieser Seite bereits wahrgenommen und zugleich mit einer großen Anzahl an Suchbegriffen in Verbindung gebracht zu werden.

Um dieses Ziel zu erreichen, bedienen sich die Unternehmen zahlreicher – zum Teil zulässiger und zum Teil diskussionswürdiger – Maßnahmen, wodurch Suchmaschinen unweigerlich in den Fokus der rechtlichen Diskussion geraten, da sie nicht nur die – oftmals einzige – Möglichkeit eröffnen, Angebote überhaupt zu finden und wahrzunehmen.

Das sog. Keyword Advertising als spezielle Form der Internetwerbung entwickelt sich hierbei immer mehr zu dem Schlüsselthema des europäischen Markenrechts. Die Frage nach der Zulässigkeit der Nutzung fremder Kennzeichen und Marken im Rahmen des Keyword Advertising zählt hierbei zu einem der am kontroversesten diskutierten Rechtsprobleme der vergangenen Jahre. Was für den einen eine unzulässige Ausbeutung des vom Kennzeicheninhabers aufgebauten „Good Will“ und ein unlauteres „Segeln im fremden Kielwasser“⁵⁰⁵ darstellt, ist für andere ein innovatives Geschäftsmodell, fremde Kennzeichen dazu zu nutzen, potenziellen Abnehmern die Orientierung (hin zu den eigenen Produkten) auf dem Markt zu erleichtern.

Die Interessenlagen der Beteiligten überschneiden sich hierbei logischerweise erheblich. Für den Werbenden stellt das Keyword Advertising eine attraktive und in Anbetracht der Verbrei-

⁵⁰⁴ Siehe Schlussantrag des Generalanwalts vom 22.09.2009, Rs. C-236/08, C-237/08 und 238/08, Rn. 110.

⁵⁰⁵ Steinberg, MarkenR 2009, 185, 185.

tung des Internets und seiner medialen Vertriebswege wohl auch inzwischen unerlässliche Form der kontextsensitiven Werbung dar. Google wiederum erzielt hierdurch den Großteil⁵⁰⁶ seiner Einnahmen, wodurch letztlich der Internetnutzer profitiert, da er dank der Werbefinanzierung sowohl die Suchmaschine als auch eine Vielzahl weiterer Angebote von Google kostenfrei nutzen kann. Die Inhaber von Marken wiederum möchten sich dagegen wehren, dass Dritte oder Google selbst von ihren Marken, deren Bekanntheit oder dem Ansehen profitieren, indem mithilfe der fremden Zeichen auf das eigene Angebot hingewiesen wird.

Dahinter steckt damit letztlich die Frage, ob das Markenrecht in erster Linie die klassische Herkunftsfunktion einer Marke schützen oder aber dem Markeninhaber eine umfassende und letztlich auch weitreichende Kontrollbefugnis über jede Art der kommunikativen Nutzung seiner Marke zuweisen sollte.⁵⁰⁷

Das Keyword Advertising bei Google bezeichnet sich als Google AdWords und zählt zum Kerngeschäft des Suchmaschinenanbieters. Bei Google AdWords können Kunden gegen Entgelt Schlüsselwörter (Keywords) buchen, um bei Eingabe bestimmter Suchworte von Nutzern der Suchmaschine die Werbeanzeigen (AdWords-Anzeigen oder Ads) „auszulösen“. Die AdWords-Anzeigen erscheinen bei Eingabe eines zum Suchbegriff passenden Keywords in einer farblich abgesetzten Spalte entweder unterhalb der Überschrift „Anzeige“⁵⁰⁸ direkt über der Trefferliste oder in einer gesonderten Spalte rechts neben den Suchergebnissen.

II. Begriffsbestimmung und Funktionsweise von Google AdWords

Google bietet derzeit vier unterschiedliche Methoden⁵⁰⁹ an, mit denen Keywords gebucht werden können. Die von Google voreingestellte Standardeinstellung ist die Option „weitgehend passende Keywords“. Bei der Verwendung eines weitgehend passenden Keywords wird die Schaltung der Anzeige auch dann ausgelöst, wenn dieses Keyword oder ein ähnlicher Begriff in der Abfrage eines Suchmaschinennutzers vorkommt.⁵¹⁰ Damit können auch Variationen der gebuchten Keywords wie Synonyme, Singular- und Pluralformen und andere Varian-

⁵⁰⁶ Ruess, GRUR 2007, 198, 203, spricht davon, dass Google 99 % seiner Einnahmen aus Werbung (AdWords und Google AdSense) erwirtschaftet.

⁵⁰⁷ Ohly, GRUR 2009, 709 f.

⁵⁰⁸ Google verwendet den Begriff „Anzeige“, Yahoo überschreibt die Werbeeinblendung mit „Sponsoren-Links“, Lycos verwendet die Bezeichnung „Sponsored Links“, bezüglich der Microsoft-Dienste bei der Suchmaschine BING wird auf die Bezeichnung „gesponserte Seiten“ zurückgegriffen.

⁵⁰⁹ Vgl. zu den Funktionsweisen der einzelnen „Keyword-Optionen“ auch OLG Karlsruhe, Urt. v. 26.09.2007, Az. 6 U 69/07, GRUR-RR, 2008, 169 f. – *stellenonline.de*; ebenfalls Backu, CR 2009, 326, 327.

⁵¹⁰ Vgl. die Darstellung bei Google, abrufbar unter:
<https://adwords.google.com/support/aw/bin/answer.py?hl=de&answer=66292>.

ten, welche die Keywords enthalten, die Anzeigendarstellung auslösen. Die letztlich relevanten Suchbegriffe des Nutzers müssen hierfür nicht ausdrücklich bei Google gebucht worden sein.

Als weitere Varianten können die Optionen „passende“ und „genau passende Keywords“ gebucht werden. Bei der erstgenannten Option wird die Werbeanzeige ausgelöst, wenn die Suchanfrage die gebuchten Keywords in derselben Reihenfolge enthält. Die Anzeigenschaltung kann damit auch bei Suchanfragen erfolgen, die zusätzliche Wörter enthalten, solange die genau passende und festgelegte Wortgruppe verwendet wird. Im Gegensatz hierzu wird die Werbeanzeige bei der Option „genau passende Keywords“ eingeblendet, wenn genau dieser Begriff in dieser Reihenfolge und ohne Beigabe weiterer Wörter als Suchbegriff eingegeben wird.

Mit der vierten Option „ausschließliche Keywords“ hat der Werbende die Möglichkeit, gewisse Begriffe auszuschließen, bei deren Eingabe die Anzeige folglich nicht eingeblendet werden soll.

Google erhält jedes Mal, wenn ein Internetnutzer auf den in der Anzeige (Ad) enthaltenen Link klickt, eine Vergütung (Preis-pro-Klick), wobei ein Keyword grundsätzlich von einer unbegrenzten Zahl von Kunden ausgewählt werden kann. Sofern die Werbeanzeigen nicht alle gleichzeitig angezeigt werden können, werden sie in einer Rangliste geführt. Dieses Ranking entscheidet, welche Werbekunden an welcher Position geführt werden und wann ihre Werbeanzeige erscheint. Zu den Kriterien dieser Rangliste zählen u. a.⁵¹¹ die Höhe der Vergütung, die bei Aufruf der Werbeseite entrichtet werden muss (Preis-pro-Klick), und die Anzahl der Klicks, die der Link in der Werbeanzeige von den Internetnutzern bislang erhalten hat. Der Werbende bucht also beim AdWords-Programm von Google ein oder mehrere Schlüsselwörter, legt den entsprechenden Übereinstimmungsgrad zwischen diesen AdWords und den Sucheingaben des Internetnutzers fest und definiert, für welchen Nutzer⁵¹² die Anzeigen dargestellt werden sollen. Ob die Anzeige letztlich nur von Anfragen der Suchmaschinennutzer ausgelöst werden soll, welche mit dem gebuchten Wort völlig identisch sind, oder ob auch ähnliche oder thematisch verwandte Wörter oder Wortgruppen die Darstellung auslösen sollen, kann damit vom Werbekunden durch die Auswahl der Keyword-Optionen be-

⁵¹¹ Siehe hierzu auch unten: D. III. 1.1.

⁵¹² Eine Einschränkung kann z. B. dahin gehend gemacht werden, dass die Werbung auf bestimmte Landesteile, ganz Österreich oder den gesamten deutschsprachigen Raum begrenzt werden soll.

stimmt werden. Bei der Auswahl der Schlüsselwörter unterstützt Google den Werbekunden bei Bedarf, indem ihm ein automatisierter Keyword-Dienst⁵¹³ zur Verfügung gestellt wird, mit dessen Hilfe weitere oder zu einer bestimmten Website möglicherweise passende Schlüsselwörter vorgeschlagen werden.

Anders als bei der Wahl der Schlüsselwörter, bei denen dem Werbenden vonseiten Google kaum Grenzen gesetzt werden, unterliegt die Anzeige des Werbenden selbst strikten formellen, inhaltlichen sowie funktionellen⁵¹⁴ Reglementierungen. So dürfen bei Google AdWords z. B. weder Ausrufezeichen noch direkte Handlungsaufforderungen wie „hier klicken“ verwendet werden. Zudem ist es u. a. untersagt, Werbung für hochprozentige Spirituosen oder Werbung für pränatale Diagnostik in bevölkerungsreichen Ländern zu machen. Steht der Verwendung des als Schlüsselwortes gebuchten Begriffs keines dieser Hindernisse entgegen, bleibt es dem Werbenden überlassen, das Schlüsselwort auch in der Anzeige zu verwenden („Adv+“) oder nicht („Adv-“). Der Werbekunde hat hierbei auch die Möglichkeit, unter bestimmten Umständen von Google ein gebuchtes Keyword dem Werbetext eigenständig hinzufügen zu lassen.⁵¹⁵

Bei Google ist neben der Darstellung der Werbeanzeigen über den Suchergebnissen (Top-Ad) auch eine Darstellung rechts neben den Suchergebnissen (Side-Ad) möglich, wobei die Werbetreibenden im Rahmen einer fortlaufenden Versteigerung Gebote für die bessere Darstellung ihrer Anzeigen abgeben können. Für Markeninhaber besteht grundsätzlich die Möglichkeit, sich bei vermuteter rechtsverletzender Verwendung ihres geschützten Zeichens zunächst im Wege einer sog. Markenbeschwerde an die Google Ireland Ltd. zu wenden.⁵¹⁶ Google überprüft hierbei die AdWords-Anzeige und die Verwendung des geschützten Zeichens an-

⁵¹³ Google's Keyword Suggestion Tool, <http://www.google.com/sktool/>, sowie: https://adwords.google.de/o/Targeting/Explorer?_u=10000000000&_c=10000000000&stylePrefOverride=2#search.none!ideaType=KEYWORD&requestType=IDEAS.

⁵¹⁴ Auf der Website des Werbenden dürfen keine Pop-ups angezeigt werden, und die sog. „Back“-Funktion muss funktionieren. Ferner muss die als „Anzeige-URL“ verwendete Webadresse zur Website des Werbenden führen. AdWords-Werberichtlinien für Textanzeigen unter: <http://adwords.google.com/support/bin/static.py?page=guidelines.cs&topic=9271>.

⁵¹⁵ Schubert/Ott, MarkenR 2009, 338, 339; Google-Darstellung, abrufbar unter: <http://adwords.google.com/support/aw/bin/answer.py?hl=de&answer=74996>. Hierbei muss zwischen den statischen Texten und dynamischen Texten unterschieden werden. Bei Ersteren wird der Text vom Werbenden eingegeben und den Nutzern in Folge dargestellt. Bei Letzteren bietet Google die Möglichkeit von Keyword-Platzhaltern, bei welchen der vom Nutzer eingegebene Suchbegriff unter Umständen automatisch in den Text der Anzeige übernommen wird.

⁵¹⁶ Abrufbar unter: http://www.google.de/intl/de/tm_complaint.html.

hand der vom Markeninhaber vorgelegten Nachweise und Unterlagen. Sollte eine Markenverletzung bejaht werden, sperrt Google das Keyword für AdWords-Anzeigen.⁵¹⁷

Bevor auf die markenrechtlichen Probleme im Bereich des AdWords-Programms eingegangen wird, soll sich in Grundzügen zunächst einem eher weniger beachteten Bereich des Werbeprogramms gewidmet werden. Dieser betrifft den möglichen Anspruch des Einzelnen auf Aufnahme seiner Werbung in das AdWords-Programm.

III. Kartellrechtliche Problematik bei Google AdWords

1. Einleitung

Google zählt weiterhin zur größten Suchmaschine und verfügt damit über einen immensen Einflussbereich auch auf den Werbemarkt. Wie bereits angeführt, liegen die Marktanteile von Google in Deutschland und Österreich nach wie vor bei rund 90 %. Auch wenn Google bislang noch kein Missbrauch seiner Marktposition nachgewiesen werden konnte, beschäftigt das Unternehmen dennoch immer wieder dahin gehende Verfahren. Dies betraf zum einen den Vorwurf von verschiedenen Unternehmen, zu Unrecht aus dem Index von Google ausgeschlossen oder erheblich im Ranking herabgestuft worden zu sein. Zum anderen ging es um die angebliche Weigerung von Google, bestimmte Keywords zuzulassen. Google wurde hierbei des Öfteren vorgeworfen, mit diesen Maßnahmen den Wettbewerb bei umkämpften und begehrten AdWords zu fördern, um hierdurch die „Klickpreise“ erhöhen zu können.⁵¹⁸

Wegen der Bedeutung und des Einflusses von Google im Bereich der Internetvermarktung sind die kartellrechtlichen Fragen immer wieder Gegenstand der Literaturdiskussion. Soweit ersichtlich, sind hierzu jedoch weder in Deutschland noch in Österreich Gerichtsentscheidungen ergangen. In der Literatur⁵¹⁹ wird allerdings die Ansicht vertreten, dass sich ein solcher Anspruch auf Aufnahme in den Index im Einzelfall bei einem nicht berechtigten oder miss-

⁵¹⁷ Hierbei gilt auch die am 14.09.2010 in Kraft getretene, geänderte Markenrichtlinie von Google, im Hinblick auf die Buchung fremder Marken diese als AdWord zu beachten. Vgl. <http://adwords-de.blogspot.com/2010/08/anderungen-der-google-markenrichtlinie.html>.

⁵¹⁸ *Person v. Google*, C 06-7297 JF (RS) (N.D. Cal. Mar. 16, 2007). Entscheidung abrufbar unter: <http://www.scribd.com/doc/2615557/Person-v-Google-Inc-Documents-No-39>.

⁵¹⁹ Vgl. hierzu ausführlich *Ott*, MMR 2006, 195, 196 ff.; ders. K&R 2007, 375, 377 ff.; *Kühling/Gauß*, MMR 2007, 751, 754 ff. *Bahr*, Rechtsanspruch auf Aufnahme in den Suchmaschinen-Index (am Beispiel Google)?, abrufbar unter: <http://www.suchmaschinen-und-recht.de/rechtsanspruch-auf-aufnahme-in-den-suchmaschinen-index.html>. Eine eingehende Analyse der kartellrechtlichen Bewertung des Anspruchs auf Aufnahme in den Index soll hier allerdings unterbleiben, um den Rahmen der Arbeit nicht zu sprengen.

bräuchlichen Ausschluss ergeben kann. Sofern ein Gericht Google eine marktbeherrschende Stellung⁵²⁰ (vgl. § 4 KartG) im Suchmaschinenbereich zusprechen würde, wäre es gemäß § 5 KartG⁵²¹ Google untersagt, ein anderes Unternehmen unbillig zu behindern oder gleichartige Unternehmen ohne sachlichen Grund unterschiedlich zu behandeln. Hieraus folgt die Literatur, dass es demnach dem Suchmaschinenanbieter auch untersagt sein dürfte, willkürlich den Ausschluss aus dem Index zu „erklären“, wohingegen er einen begründeten Ausschluss oder die Herabsetzung des Google PageRanks vornehmen dürfe, sofern dieser aufgrund der allgemeinen Richtlinien von Google zur Suchmaschinenoptimierung nachvollziehbar wäre.

Sofern man eine solche Marktbeherrschung annimmt, wäre nämlich erschwerend zu berücksichtigen, dass für (neue) Wettbewerber auf dem Suchmaschinenmarkt sehr hohe Markteintrittsschranken⁵²² bestehen, da hierfür zunächst erhebliche Serverkapazitäten geschaffen werden müssten, um die weltweit verfügbaren Websites „konkurrenzfähig“ zu indexieren. Da zugleich die Werbeeinnahmen von der Verbreitung und dem Informationsangebot abhängen, wird zunächst einige Zeit vergehen, bevor die Suchmaschine diesen Ausgaben auch nennenswerte Einnahmen gegenüberstellen kann. Daneben spielen auch der sog. Lock-in-Effekt⁵²³ sowie die steigende Verbindung und Verknüpfung mit weiteren Angeboten der Suchmaschine Google eine erwähnenswerte Rolle.

Um den Vorwurf des Ausnutzens einer Marktmacht von Google nachvollziehen zu können, bedarf es zunächst der Darlegung der technischen Funktionsweise und Hintergründe des Rankings bei Google AdWords.

⁵²⁰ Vgl. insoweit zur deutschen Rechtslage *Kühling/Gauß*, MMR 2007, 751, 755; *Tiedge*, EU will Google Monopol brechen, abrufbar unter: <http://www.manager-magazin.de/it/artikel/0,2828,678871,00.html>; Stellungnahme des US-Kartellamtes, abrufbar unter: <http://www.bloomberg.com/apps/news?pid=20601103&sid=axXPruy4lOul&refer=us>, sowie *Ott*, K&R 2007, 375, 378.

⁵²¹ § 5 KartG 2005 hat den Zweck, konkrete Verhaltensweisen im wirtschaftlichen Wettbewerb, die sich negativ auf den Markt auswirken können, zu unterbinden. Missbräuchlich sind sämtliche Verhaltensweisen eines Unternehmers in beherrschender Stellung, welche die Strukturen eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmers bereits geschwächt ist, und welche die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, die von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen, vgl. OGH, 19.01.2009, 16 Ok 13/08 – *KombiPaket* in *jusline.at*, KartG, § 5.

⁵²² *Ott*, WRP 2009, 351, 363.

⁵²³ Als „Lock-In-Effekt“ bezeichnet *Ott* (WRP 2009, 351, 363) den wachsenden Einfluss der sog. Googlebots. Bei den Googlebots handelt es sich um die speziellen Robots von Google. Einige Websites akzeptieren nur noch diese Googlebots, d. h., diese Seiten gestatten es ausschließlich den Googlebots, die robots.txt-Datei auszulesen. Konkurrenten von Google stehen damit vor der Wahl, den Robots Exclusion Standard zu ignorieren oder einen unvollständigen Index in Kauf zu nehmen.

1.1 Rankingkriterien bei Google AdWords

Der Rang und die Reihenfolge der Google-AdWords-Anzeigen hängen zum einen vom Preis ab, den ein Kunde bereit ist, maximal zu bezahlen, und zum anderen von sog. Qualitätsfaktoren. Diese Faktoren werden von Google⁵²⁴ u. a. wie folgt beschrieben:

- die bisherige Klickrate (Click-through-Rate – CTR) des Keywords und der zugehörigen Anzeige bei Google,
- die bisherige Klickrate der Anzeigen-URLs in der Anzeigengruppe,
- die Qualität der Zielseite,
- die Relevanz des Keywords für die Anzeigen in seiner Anzeigengruppe,
- die Relevanz des Keywords und der zugehörigen Anzeige für die Suchanfrage,
- andere Relevanzfaktoren.

Sofern diese Kriterien von Google als positiv eingestuft werden, ist die Wahrscheinlichkeit, recht weit oben neben oder über der Trefferliste bei Eingabe eines bestimmten Suchbegriffs zu erscheinen, relativ hoch. Ein wesentlicher Faktor⁵²⁵ für den zu bezahlenden Preis für eine Werbeanzeige ist dabei auch die Qualität der Zielseite. Vor allem Websites, die kostenlose Informationen sowie Dienstleistungen oder Waren gegen die Herausgabe personenbezogener Daten anbieten, werden von Google schlecht oder gar nicht geführt. Dies betrifft auch Seiten, die Malware vertreiben oder vorwiegend zur Anzeigenschaltung dienen. Google⁵²⁶ gibt allerdings auch an, dass Angebotsvergleiche oder Reisewebsites von schlechter Qualität, deren primärer Zweck es ist, die Nutzer an andere Shopping- und Reisewebsites weiterzuleiten, von dem schlechteren Ranking betroffen sein können.

Bevor auf einige bisherige Verfahren um die Aufnahme der eigenen Werbung in das AdWords-Programm eingegangen wird, soll kurz die diesbezügliche US-amerikanische Rechtsprechung skizziert werden.

⁵²⁴ Google-AdWords-Erläuterungen, abrufbar unter:
<https://adwords.google.com/support/aw/bin/answer.py?hl=de&topic=10818.&answer=10215>.

⁵²⁵ Ott, WRP 2010, 435, 454; Ruessmann/Melin, CRi 2009, 161, 161.

⁵²⁶ Google-AdWords-Erläuterungen, abrufbar unter:
<http://adwords.google.com/support/aw/bin/answer.py?hl=de&answer=66238>.

1.2 **Kinderstart.com v. Google**

In den USA zählt hierzu weiterhin das Verfahren *KinderStart v. Google*⁵²⁷ zu den bedeutendsten Verfahren im Bereich der kartellrechtlichen Zulässigkeit des Ausschlusses aus bzw. Herabstufung in dem Index der Suchmaschine. In diesem Fall ging es um eine Internetseite, die gleichzeitig als Suchmaschine fungierte. Um sich zu finanzieren, bediente sich der Seitenbetreiber des Google-AdSense-Programms, bei dem dieser für die von Google auf der Seite geschalteten Werbeanzeigen pro Klick eine Vergütung erhielt. Ab März 2005 verzeichnete die Seite *kinderstart.com* einen erheblichen Rückgang der Besucherzahlen und eine deutliche Verschlechterung der Werbeeinnahmen. Grund hierfür war die Herabstufung des Google PageRanks⁵²⁸ auf 0, was zur Folge hatte, dass der Link zur Seite von *kinderstart.com* nicht mehr in den vorderen Treffern zu finden war. Hieraus resultierte auch voraussichtlich der Einbruch der Besucherzahlen, da die Nutzer bislang ihren Weg über die Suchmaschine von Google zu der Seite fanden.

Weshalb sich Google zu dieser Maßnahme veranlasst sah, blieb weitestgehend ungeklärt.⁵²⁹ Das Gericht wies die Klage gegen Google allerdings letztlich ab, da nicht nachgewiesen werden konnte, dass Google tatsächlich Konkurrenten benachteiligen oder vom Markt zu drängen versuchte. Da es nach Auffassung der Richter keine Pflicht zur Unterstützung eines Konkurrenten gebe, sei allein die Herabsetzung des PageRanks nicht geeignet, kartellrechtliche Ansprüche zu rechtfertigen. Im Urteil vom 16.03.2007 wiesen die Richter zudem darauf hin, dass sie keinen Markt in sachlicher Hinsicht ausmachen konnten, auf dem Google ein Monopol haben könnte.

1.3 **Person v. Google**

Eines der ersten Verfahren, in denen es um die kartellrechtliche Bewertung des Anspruchs auf die Aufnahme in das Werbeprogramm von Google ging, war der Fall *Person v. Google*. Carl

⁵²⁷ *KinderStart.com LLC v. Google, Inc.*, C 06-2057 JF (N.D. Cal. March 16, 2007).

⁵²⁸ Je häufiger eine Seite verlinkt ist, umso bedeutender ist diese Seite für Google bei der Bewertung. Der PageRank zeigt an, welche Linkpopularität die Seite hat, und weist hierzu einen Wert zwischen 0 und 10 zu. Eine Seite, die überhaupt keine Links aufweist und damit für Google „kaum eine Beachtung findet“, hat den Wert 0. Siehe hierzu auch jüngst die Beschwerden gegen Google bei der EU-Kommission, Hinweis bei Ott, Beschwerden gegen Google bei der EU-Kommission, abrufbar unter: <http://www.linksandlaw.de/news1655-beschwerden-google-kommission.htm>.

⁵²⁹ Es wurde gemutmaßt, dass das Unternehmen von *kinderstart.com* möglicherweise gegen die Qualitätsrichtlinien von Google verstoßen haben könnte. *Kinderstart.com* selbst war der Ansicht, Google wolle mit der Vorgehensweise nur eine unliebsame, weil zusehends erfolgreicher werdende Suchmaschine in die Schranken weisen. Ein umfassende Darstellung des Verfahrens und der einzelnen Standpunkte findet sich bei Ott, abrufbar unter: <http://www.linksandlaw.de/google-kinderstart.htm>.

Person warf in diesem Verfahren Google u. a. vor, seine Marktmacht und seine Monopolstellung im Bereich der kontextbezogenen Werbung zu missbrauchen. Google soll nach dem damaligen Vortrag von Person bestimmte Keywords nicht zugelassen haben, um hierdurch Einfluss auf die Preisgestaltung der Werbeanzeigen bei Google AdWords nehmen zu können.

Sowohl das Bezirksgericht⁵³⁰ als auch das Berufungsgericht⁵³¹ lehnten letztlich eine solche Monopolstellung von Google und damit kartellrechtliche Ansprüche ab. Hierzu verwiesen die Richter letztlich darauf, dass der Bereich der (Online-)Werbung bei Google letztlich nur ein Teil eines größeren Marktes in der Internetwerbung an sich sei, auf dem Google jedoch insgesamt keine marktbeherrschende Stellung habe („because we hold that Person has failed adequately to allege that Google engaged in exclusionary, anticompetitive, or predatory behavior, we do not reach the question whether Person pleaded facts sufficient to show a relevant market“). Es erscheint allerdings durchaus fraglich, ob man diese Rechtsauffassung auch nach der Expansion von Google auf dem Werbemarkt und den heutigen Verhältnissen bei der Onlinevermarktung noch teilen würde.

1.4 TradeComet v. Google

Eines der jüngsten Verfahren um die kartellrechtlichen Fragen rund um den vermeintlichen Missbrauch der Marktposition von Google betraf die Klage von TradeComet⁵³² aus dem Jahr 2009. TradeComet ist Inhaber einer Spezialsuchmaschine, in der es um Angebote im Bereich von „B2B“ geht und bei der – ähnlich dem AdWords-Programm – Anzeigen von Kunden vermarktet werden. Zur Bewerbung dieses Dienstes hat TradeComet auf Google AdWords zurückgegriffen und arbeitete mit Google auch längere Zeit erfolgreich zusammen.⁵³³

Anfang Mai 2006 erhöhte Google den Mindestklickpreis für die Werbeanzeigen, was dazu führte, dass TradeComet die Werbekampagnen nicht weiter aufrechterhalten konnte und erhebliche Einbrüche bei den Besucherzahlen verbuchen musste. TradeComet warf Google in seiner Klage vor, aufgrund seiner Marktmacht gezielt einen Konkurrenten schädigen zu wollen. TradeComet stützte seine Klage insbesondere auf die Darstellung, dass Google im Be-

⁵³⁰ Person v. Google, Inc., C 06-7297 JF (RS) (N.D. Cal. Mar. 16, 2007).

⁵³¹ Person v. Google, Inc., 07-16367 United States Court of Appeals for the ninth circuit. Die Bestätigung der Entscheidung ist abrufbar unter: <http://www.ca9.uscourts.gov/datastore/memoranda/2009/09/24/07-16367.pdf>. Siehe ebenso Langdon v. Google, Inc., 2007 WL 530156 (D. Del. Feb. 20, 2007), abrufbar unter: <http://claranet.scu.edu/tempfiles/tmp31170/langdongoogleopinion.pdf>; umfassend zu diesem Verfahren auch Ott, WRP 2008, 393, 408.

⁵³² TradeComet.com LLC. v. Google, Inc., (S.D.N.Y.), 416; (2d Cir.) Die Klage ist abrufbar unter: <http://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2009cv01400/340565/1/>.

⁵³³ Ott, WRP 2010, 435, 453.

reich des Onlinewerbemarkts eine marktbeherrschende Stellung inne habe und auch allein auf diesen Markt (Onlinewerbung) abzustellen sei („*The relevant Market in this case is the provision of advertising as a result of online search queries in the United States – The „Search Advertising Market“*“). Dieser Markt würde – so TradeComet – von Google beherrscht. Zudem wurde vorgetragen, dass die von Google vorgegebenen Rankingfaktoren der Werbeanzeigen intransparent („*Google offers limited and incomplete information for advertisers about its Landing Page Quality methodology*“) und nicht allein von der Anwendung eines Algorithmus abhängig seien. Über die Qualität der Zielseiten würde vielmehr auch Personal entscheiden, und hier könnte Google willkürlich eigene Interessen durchsetzen („*On information and belief, Landing Page Quality is determined both by application of an algorithm and by human review. This hybrid approach further affords Google an opportunity to exclude specific rivals and to provide inequitable results.*“).

In der Literatur⁵³⁴ wurde dieses Verfahren als das mit dem größten Potenzial für eine Niederlage für Google aufgrund einer vermeintlichen Marktbeherrschung und Diskriminierung angesehen. Allerdings wird eine Entscheidung noch einige Zeit auf sich warten lassen, da das New Yorker Gericht⁵³⁵ inzwischen die Klage als unzulässig verworfen hat. Da TradeComet Vertragspartner von Google im AdWords-Programm ist, unterliegt dieser dessen Vertragsbedingungen und damit auch der Gerichtsstandsvereinbarung (venue selection clause). Gemäß dieser Vereinbarung darf eine Klage, die Google AdWords betrifft, nur in Kalifornien erhoben werden. TradeComet kann nun die Klage in Kalifornien erneut einreichen.⁵³⁶

2. Rechtsprechung in Deutschland

Die Gerichte in Deutschland hatten sich ebenfalls bereits mit der Frage nach dem möglichen Anspruch auf Aufnahme in das Werbeprogramm von Google zu beschäftigen.

⁵³⁴ Ott, WRP 2010, 435, 453.

⁵³⁵ Siehe Bericht von Telman, abrufbar unter: http://lawprofessors.typepad.com/contractsprof_blog/2010/04/court-enforces-forum-selection-clause-in-tradecometcom-v-google.html; siehe auch Stellungnahme von Google vom 05.03.2010, abrufbar unter: <http://www.courthousenews.com/2010/03/08/Google%20opinion.pdf>.

⁵³⁶ Siehe hierzu auch Ott, TradeComet: Klage am falschen Gerichtsstand, vom 14.03.2010, abrufbar unter: <http://www.linksandlaw.de/news1663-tradecomet-gerichtsstand.htm>.

In den Verfahren vor dem LG Hamburg⁵³⁷ hatten Usenet-Provider gegen Google geklagt, weil der Suchmaschinenanbieter sie aus dem Google-AdWords-Programm ausgeschlossen hatte.

Das Gericht verneinte den Tatbestand des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäß § 20 dGWB (§ 5 Abs. 1 KartG). Da es im Bereich des Usenet-Angebots oftmals zu Urheberrechtsverletzungen⁵³⁸ der Teilnehmer kommt, habe Google grundsätzlich ein berechtigtes Interesse daran, im Falle der Werbung für diese Angebote nicht in Mithaftung genommen zu werden. In Anbetracht der hohen Anzahl an Werbeanzeigen sei zudem eine gezielte Kontrolle der Anzeigeninhalte im Hinblick auf den Werbeinhalt mit einem verhältnismäßigen Aufwand nicht möglich, sodass es auch keine Rolle spiele, dass es möglicherweise Drittanbieter mit „ähnlichem Inhalt“ und Werbung bei Google gibt. Entscheidend sei allein, dass Google tätig wird und die Werbekunden ausschließt, wenn auf derartige Anzeigen hingewiesen wird. Alles in allem fehlte es nach Auffassung der Hamburger Richter an einer kartellrechtlich relevanten Diskriminierung.

Erwähnenswert ist hierbei allerdings, dass in den Entscheidungen zumindest angedeutet wurde, dass Google eine marktbeherrschende Stellung im Bereich der Onlinewerbung zuteil wird, auch wenn dies in den Urteilen nicht ausdrücklich Erwähnung findet. (*„Eine solche tatsächliche Beeinträchtigung der Betätigungsmöglichkeiten der Antragsgegnerin im Wettbewerb ist anzunehmen, weil der Suchmaschine der Antragsgegnerin zweifellos eine bedeutende Rolle zukommt und damit die kontextbezogene Werbung im Zusammenhang mit der Eingabe von Suchbegriffen in der Suchmaschine eine erhebliche Attraktivität gegenüber anderen Formen der Online-Werbung zukommt.“*).

Im Gegensatz zu den vorgenannten Verfahren in den USA haben die deutschen Gerichte damit zumindest anklingen lassen, dass der Markt in sachlicher Hinsicht lediglich den Markt für kontextbezogene Werbung bei Suchmaschinen umfasst und es nicht einen größeren für Werbung im Internet allgemein gibt.⁵³⁹ Es erscheint deshalb nicht ausgeschlossen, dass in naher Zukunft weitere kartellrechtliche Klagen bei derartigen Sachlagen angestrengt werden.

⁵³⁷ LG Hamburg, Urt. v. 13.12.2007, Az. 315 O 553/07, BeckRS 2009, 07097; LG Hamburg, Urt. v. 06.03.2008, Az. 315 O 906/07, BeckRS 2008, 25031. Siehe auch Bericht bei Heise vom 21.03.2008, abrufbar unter: <http://www.heise.de/newsticker/meldung/LG-Hamburg-Usenet-Provider-unterliegen-gegen-Google-192056.html>.

⁵³⁸ Die Betreiber der Usenet-Plattformen warben u. a. mit der Formulierung „Alles frei downloaden – Filme, MP3s, Bilder, Spiele u. v. m. sofort und kostenlos downloaden“.

⁵³⁹ Vgl. auch Ott, WRP 2009, 353, 363.

IV. Marken- und wettbewerbsrechtliche Problematik bei AdWords

Es wird bereits seit Langem darüber diskutiert, unter welchen Voraussetzungen die Verwendung fremder Marken oder Unternehmensbezeichnungen im Internet untersagt werden kann. Dies betraf zunächst die Debatte um die Internetdomains, gefolgt von den Auseinandersetzungen im Zusammenhang mit den Manipulationsmöglichkeiten von Suchmaschinen.

Während die rechtlichen Auseinandersetzungen um die Beeinflussung der Suchmaschinen durch die Verwendung sachfremder Metatags oder durch „Weiß-auf-Weiß“-Schrift aufgrund der stetigen technischen Anpassung und Verbesserung der Suchmaschinenteknik rückläufig sind, treten die sog. AdWords-Verfahren in den Blickpunkt der Debatte. Um die markenrechtliche Problematik und die hierzu geführte Kasuistik der vergangenen Jahre nachvollziehen zu können, bedarf es zunächst einer vertieften Auseinandersetzung mit den Grundprinzipien des Markenrechts.

Der Kern der rechtlichen Auseinandersetzung im Bereich des Keyword Advertising betrifft zum einen die Frage, ob die Buchung einer fremden Marke als Keyword eine rechtsverletzende (kennzeichenmäßige bzw. markenmäßige) Benutzung (Art. 5 der MarkenRL⁵⁴⁰) im geschäftlichen Verkehr darstellt. Von einer Benutzung oder Verwendung ist hiernach auszugehen, wenn die Marke derart verwendet wird, dass sie im Rahmen des Produktabsatzes und im Zusammenhang mit einer auf einen wirtschaftlichen Vorteil gerichteten Tätigkeit, jedenfalls auch zur Unterscheidung der Waren eines Unternehmens von denen anderer Unternehmen dient.⁵⁴¹ Daneben ist entscheidend, ob durch diese markenmäßige Benutzung durch den Kunden von Google AdWords oder durch Google selbst die Funktion einer Marke und hierbei insbesondere ihre Hauptfunktion⁵⁴² beeinträchtigt wird oder zumindest beeinträchtigt werden könnte.

Zum anderen ist zu diskutieren, ob trotz der Kennzeichnung als Werbeanzeige über oder neben den Suchergebnissen eine Verwechslungsgefahr zwischen der eingegebenen Marke in das Suchfeld von Google und der anschließenden Darstellung der Werbung vorliegt. In diesem Zusammenhang kommt es immer wieder auf die jeweils geltende Verkehrsauffassung und die

⁵⁴⁰ Richtlinie 2008/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.10. 2008 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (kodifizierte Fassung), ABl. EG Nr. L 299 vom 08.11.2008, S. 25 = GRUR Int. 2009, 126 ff.

⁵⁴¹ Vgl. nur EuGH, v. 12.11.2002, C – 206/01, MarkenR 2002, 394 ff.= WRP 2002, 1415 ff. – *Arsenal Football*.

⁵⁴² Zu den Funktionen einer Marke siehe unten: D.IV.2.

damit einhergehende Frage an, welche Erwartungen und welches Verständnis der durchschnittliche Internetnutzer hat, wenn er nach bestimmten Begriffen bei Google sucht und ihm hierbei Werbeanzeigen entweder oberhalb oder neben der Trefferliste präsentiert werden. Hierzu soll vorab dargestellt werden, welchen Maßstab der EuGH an die Benutzung einer Marke bisher angesetzt hat.

1. Der Benutzungsbegriff des EuGH

Die Rechtsprechung zum Benutzungsbegriff wurden in letzter Zeit besonders durch die Entscheidungen „Opel./.Autec“⁵⁴³, „O2“⁵⁴⁴ sowie „Céline“⁵⁴⁵ und „L’Oréal/Bellure“⁵⁴⁶ geprägt.

Die erste Auslegungsregel des Art. 5 Abs. 1 MarkenRL⁵⁴⁷ setzt voraus, dass das Zeichens für Waren des Dritten benutzt wird.⁵⁴⁸ Der EuGH hat zunächst im O2-Urteil die Benutzung einer fremden Marke in einer vergleichenden Werbung als eine solche Benutzung qualifiziert. Der EuGH⁵⁴⁹ stellte hierzu fest, dass der Werbende in diesem Fall die fremde Marke genutzt hat, um seine eigenen Waren zu identifizieren, worin damit auch die Benutzung i. S. d. Art. 5 Abs. 1 MarkenRL liege.

Zugleich stelle diese Benutzung jedoch auch eine vergleichende Werbung dar, wenn sie vom Durchschnittsverbraucher als Hinweis auf den Markeninhaber oder dessen Waren aufgefasst wird.⁵⁵⁰ Hieraus ließ sich schlussfolgern,⁵⁵¹ dass die Benutzung einer fremden Marke zumindest in einer vergleichenden Werbung eine Doppelfunktion besitzt, nämlich dahin gehend, dass zum einen eine Markenbenutzung vorliegt und zum anderen eine vergleichende Werbung, wenn der Durchschnittsverbraucher in der Benutzung der Marke einen Hinweis auf den

⁵⁴³ EuGH, v. 25.01.2007, C-48/05, GRUR Int. 2007, 404 ff. – Opel./.Autec.

⁵⁴⁴ EuGH, v. 12.06.2008, C-533/06, GRUR Int. 2008, 825 ff. – O2.

⁵⁴⁵ EuGH, v. 11.09.2007, C-17/06, GRUR Int. 2007, 1007 ff. – Céline.

⁵⁴⁶ EuGH, v. 18.06.2009, C-487/07, GRUR 2009, 756 ff. – L’Oréal/Bellure.

⁵⁴⁷ Art. 5 Abs. 1 MarkenRL lautet wie folgt:

(1) Die eingetragene Marke gewährt ihrem Inhaber ein ausschließliches Recht. Dieses Recht gestattet es dem Inhaber, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr

a) ein mit der Marke identisches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die mit denjenigen identisch sind, für die sie eingetragen ist;

b) ein Zeichen zu benutzen, wenn wegen der Identität oder der Ähnlichkeit des Zeichens mit der Marke und der Identität oder Ähnlichkeit der durch die Marke und das Zeichen erfassten Waren und Dienstleistungen für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht, die die Gefahr einschließt, dass das Zeichen mit der Marke gedanklich in Verbindung gebracht wird.

⁵⁴⁸ EuGH, v. 25.01.2007, C-48/05, GRUR Int. 2007, 404, Rn. 28 – Opel./.Autec; EuGH, v. 11.09.2007, C-17/06, GRUR Int. 2007, 1007, Rn. 22, 27 – Céline.

⁵⁴⁹ EuGH, v. 12.06.2008, C-533/06, GRUR Int. 2008, 825 Rn. 36 – O2

⁵⁵⁰ EuGH, v. 12.06.2008, C-533/06, GRUR Int. 2008, 825, Rn. 44 – O2.

⁵⁵¹ Knaak, GRUR Int. 2009, 551, 552.

Markeninhaber oder dessen Waren sieht. Nach dem O2-Urteil konnte damit zunächst festgehalten werden, dass eine Markenverletzung die Benutzung eines – mit der Marke identischen oder ihr ähnlichen – Zeichens durch einen Dritten zur Unterscheidung eigener Waren erfordert und diese Voraussetzung einheitlich für den Benutzungsbegriff in Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2⁵⁵² MarkenRL gilt.⁵⁵³

Die zweite Auslegungsregel des EuGH zur Frage des Benutzungsbegriffs befasst sich mit den geschützten Funktionen der Marke, die nachfolgend veranschaulicht werden sollen.

2. Funktionen einer Marke

In Bezug auf die Funktion(en) einer Marke wurde insbesondere durch den EuGH in den vergangenen Jahren eine ständige Fortentwicklung vorgenommen, die besonders für den Bereich des Keyword Advertising von Bedeutung ist. Bis vor Kurzem hat der EuGH lediglich eine Funktion der Marke definiert, nämlich die von ihm als die Hauptfunktion der Marke qualifizierte Herkunftsfunktion. Sie besteht nach seiner ständigen Rechtsprechung⁵⁵⁴ darin, dem Verbraucher oder Endabnehmer die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Ware oder Dienstleistung zu garantieren, indem sie ihm ermöglicht, diese Ware oder Dienstleistung ohne Verwechslungsgefahr von Waren oder Dienstleistungen anderer Herkunft zu unterscheiden. Die Marke muss damit Gewähr dafür bieten, dass alle Waren, die mit ihr versehen sind, unter der Kontrolle eines einzigen Unternehmens hergestellt oder erbracht worden sind, das für ihre Qualität verantwortlich gemacht werden kann.

Nach Auffassung des EuGH in der zitierten Opel/Autec-Entscheidung⁵⁵⁵ werden diese Funktion der Marke und die Interessen des Markeninhabers bei identischer Benutzung (Art. 5 Abs. 1 lit a) MarkenRL) insbesondere dann nicht beeinträchtigt, wenn die maßgeblichen Verkehrs-

⁵⁵² Art. 5 Abs. 2 MarkenRL lautet wie folgt

(2) *Die Mitgliedstaaten können ferner bestimmen, dass es dem Inhaber gestattet ist, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr ein mit der Marke identisches oder ihr ähnliches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die nicht denen ähnlich sind, für die die Marke eingetragen ist, wenn diese in dem betreffenden Mitgliedstaat bekannt ist und die Benutzung des Zeichens die Unterscheidungskraft oder die Wertschätzung der Marke ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt.*

⁵⁵³ EuGH, v. 12.06.2008, C-533/06, GRUR Int. 2008, 825, Rn. 35, 36 – O2; ebenso Büscher, GRUR 2009, 230, 234.

⁵⁵⁴ EuGH, v. 29.09.1998, C-39/97, WRP, 1998, 1165, 1167, Rn. 28 – Canon; EuGH v. 27.04.2006, C-145/05, GRUR 2006, 495, 497, Rn. 15 – Levi Strauss; EuGH v. 26.04.2007, C-412/05 P, GRUR Int. 2007, 718, 720, Rn. 53 f. – Alcon.

⁵⁵⁵ EuGH, v. 25.01.2007, C-48/05, GRUR Int. 2007, 404 Rn. 24 – Opel./Autec.

kreise die Verwendung der Marke im konkreten Fall⁵⁵⁶ nicht als Angabe darüber verstehen, dass die mit der Marke versehene Ware vom Markeninhaber oder einem mit diesem wirtschaftlich verbundenen Unternehmen stammt.

Im Céline-Urteil wurde von einer Beeinträchtigung dieser Funktion im Bereich des Identitätsschutzes (Art. 5 Abs. 1 lit. a) MarkenRL) gesprochen, wenn das geschützte Zeichen von einem Dritten für seine Waren in der Weise benutzt wird, dass die Verbraucher es als Bezeichnung der Herkunft dieser Waren auffassen.⁵⁵⁷ Im Gegensatz zum Opel/Autec-Fall stellte der EuGH also nicht darauf ab, ob der relevante Verkehr in dem Zeichen einen Hinweis auf den Markeninhaber oder ein mit ihm verbundenes Unternehmen sieht, sondern darauf, ob der Verkehr einen Hinweis auf die Herkunft der Waren des Dritten, also des Zeichenbenutzers, sieht.⁵⁵⁸

Im O2-Urteil wird die Beeinträchtigung der Hauptfunktion der Marke im Rahmen des Ähnlichkeitsschutzes gegen Verwechslungsgefahr gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. b) MarkenRL (Verwehlungsschutz) problematisiert.⁵⁵⁹ Der EuGH erklärt hier, dass eine Beeinträchtigung der Hauptfunktion der Marke als Voraussetzung einer Benutzung i. S. d. Art. 5 Abs. 1 lit. b) MarkenRL dann vorliegt, wenn die Zeichenbenutzung eine Verwechslungsgefahr hervorruft, wodurch in dieser Entscheidung die Verwechslungsgefahr im Rahmen des Ähnlichkeitsschutzes explizit zum Bestandteil des Benutzungsbegriffs gemacht worden ist.⁵⁶⁰

Weitere Funktionen der Marke wurden vom EuGH zwar bislang nicht explizit definiert, was im Schrifttum⁵⁶¹ teilweise zu der Annahme führte, dass jedenfalls von den Verletzungstatbeständen des Art. 5 Abs. 1 MarkenRL nur markenmäßige Benutzungshandlungen erfasst würden, die an der Herkunftsfunktion der Marke ausgerichtet seien. Auf der anderen Seite ließ sich der Wortwahl des EuGH aufgrund der Pluralverwendung „Funktionen“⁵⁶² bereits entneh-

⁵⁵⁶ In dem Verfahren Opel/Autec ging es um Spielzeugautos der Firma Autec, die mit dem Opel-Logo des Autoherstellers Opel versehen waren.

⁵⁵⁷ EuGH, v. 11.09.2007, C-17/06, GRUR Int. 2007, 1007, Rn. 27 – *Céline*.

⁵⁵⁸ Nach Auffassung des EuGH werden die Herkunftsfunktion der Marke und damit die entsprechenden Interessen des Markeninhabers ferner dann nicht berührt, wenn die Marke lediglich mündlich im Rahmen eines Verkaufsgesprächs und zudem ausschließlich beschreibend im Hinblick auf das Merkmal der Ware benutzt wird, vgl. hierzu EuGH, v. 14.05.2002, C-2/00, WRP 2002, 664, 665f, Rn. 16 f. – *Hölterhoff*.

⁵⁵⁹ EuGH, v. 12.06.2008, C-533/06, GRUR Int. 2008, 825, Rn. 58 – *O2*.

⁵⁶⁰ Vgl. *Knaak*, GRUR Int. 2009, 551, 552; EuGH, v. 12.06.2008, C-533/06, GRUR Int. 2008, 825, Rn. 57-59 – *O2*.

⁵⁶¹ Vgl. *Hacker*, in: Ströbele/Hacker, § 14, Rn. 77.

⁵⁶² Siehe z. B. EuGH, v. 12.11.2002, C 206/01, WRP 2002, 1415, 1419 – *Arsenal Football Club*; EuGH, v. 16.11.2004, C-245/02, GRUR 2005, 153, 155 – *Anheuser-Busch*; EuGH, v. 11.09.2007, C-17/06, GRUR Int. 2007, 1007, Rn. 16, 26 – *Céline*.

men, dass für ihn die Herkunftsfunktion wohl nicht abschließend ist. In seinem L'Oréal/Bellure-Urteil vom 18.06.2009⁵⁶³ hat der EuGH sodann erstmals weitere Markenfunktionen neben der Herkunftsfunktion – wenn auch nicht definiert, so doch zumindest explizit – genannt.

In dieser Entscheidung hat der EuGH neben der Herkunftsfunktion in Art. 5 Abs. 1 lit. a) MarkenRL beispielhaft die Qualitäts-, die Kommunikations-, die Investitions- sowie Werbefunktion der Marke ausdrücklich als eigenständig geschützte Funktion aufgeführt. In diesem Zusammenhang führte der EuGH aus,⁵⁶⁴ dass die streitgegenständliche Verwendung der Marken in den Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 1 lit. a) MarkenRL und somit unter den Bereich des Identitätsschutzes fällt. Zugleich bestätigte er seine bisherige Rechtsprechung, wonach Ansprüche nur in Betracht kommen, wenn die Benutzung des Zeichens durch einen Dritten die Funktionen der Marke und insbesondere ihre Hauptfunktion beeinträchtigt oder beeinträchtigen könnte. Gleichwohl nannte der EuGH, wie bereits erwähnt, im Anschluss daran auch erstmals weitere Funktionen, deren Beeinträchtigung ebenfalls zur Verwirklichung des Tatbestandes des Art. 5 Abs. 1 lit. a) MarkenRL führen können.⁵⁶⁵

Da auch in den nachfolgend erläuterten AdWords-Verfahren durchweg Bezug auf diese Funktionen genommen wird, sollen diese erläutert werden.

2.1 Qualitätsfunktion oder Garantiefunktion einer Marke

Diese Funktion der Marke,⁵⁶⁶ die auch als Qualitätsfunktion, Vertrauensfunktion oder Garantiefunktion⁵⁶⁷ bezeichnet wird, soll dem Markeninhaber ermöglichen, bei den Kunden und Interessenten der Ware oder Dienstleistungen mit der Marke die Erwartung zu wecken, beim Erwerb der betreffenden Markenware oder Markendienstleistung mit einer bestimmten und gleichbleibenden Qualität bzw. Güte der Waren und Dienstleistungen rechnen zu können.

⁵⁶³ EuGH, v. 18.06.2009, C-487/07, GRUR 2009, 756 ff. – *L'Oréal/Bellure*.

⁵⁶⁴ EuGH, v. 18.06.2009, C-487/07, GRUR 2009, 756, Rn. 56 – *L'Oréal/Bellure*.

⁵⁶⁵ EuGH, v. 18.06.2009, C-487/07, GRUR 2009, 756, Rn. 58 – *L'Oréal/Bellure* („Zu den Funktionen gehört nicht nur die Hauptfunktion der Marke, die Gewährleistung der Herkunft der Ware oder Dienstleistung gegenüber den Verbrauchern, sondern es gehören dazu auch ihre anderen Funktionen wie u.a. die Gewährleistung der Qualität dieser Ware oder Dienstleistung oder die Kommunikations-, Investitions- oder Werbefunktion“).

⁵⁶⁶ Der EuGH hatte diese Funktion bereits zuvor schon zumindest einmal angedeutet, vgl. EuGH, v. 11.07.1996, C-427/93, C-429/93 und C 436/93, WRP 1996, 880, 885, Rn. 43 – *Bristol-Myers Squibb*.

⁵⁶⁷ *Völker/Elskamp*, WRP 2010, 64, 67.

Diese Qualitätsfunktion der Marke kommt auch in Art. 7 Abs. 2 MarkenRL und Art. 8 Abs. 2 c) MarkenRL zumindest mittelbar zum Ausdruck.⁵⁶⁸

Die Qualitätsfunktion einer Marke kann insbesondere dann beeinträchtigt werden, wenn ein Dritter unter Benutzung der identischen Marke Waren oder Dienstleistungen anbietet, die aber gleichzeitig nicht den Anforderungen bzw. Vorgaben des Markeninhabers genügen, sich also von den Waren, die mit Zustimmung des Markeninhabers unter der Marke vertrieben werden, in relevanter Weise⁵⁶⁹ unterscheiden. Nach Darstellung des EuGH ist zudem für die Verwirklichung des Tatbestandes von Art. 5 Abs. 1 lit a) MarkenRL die Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion nicht zwingend erforderlich. Lediglich eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 lit b) MarkenRL setzt auf jeden Fall eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion zwingend voraus.⁵⁷⁰

2.2 Werbefunktion der Marke

Zudem wird nunmehr ausdrücklich die „Werbefunktion“ als weitere Funktion der Marke vom EuGH genannt. Demnach wirkt eine Marke mit ihrem guten Ruf und damit auch dann werbewirksam, wenn sie auf einem Produkt angebracht ist. Der Marke wird damit insgesamt ein Werbewert zugesprochen. Ein qualitativ gutes Produkt „wirbt“ dementsprechend für die Marke, unter der es vertrieben wird, und zugleich wirbt eine solche Marke wiederum auch durch den positiven Ruf, den sie durch die Verwendung für qualitativ gute Produkte erworben hat. Die Werbefunktion einer – bekannten – Marke mit einem guten Ruf betrifft darüber hinaus nicht nur die eigenen Waren und Dienstleistungen, sondern strahlt auch auf andere Produkte und Dienstleistungen aus. Dabei kann ein erfolgreicher Einsatz der Marke für einen – bereits seit Langem benutzten Warenbereich – durchaus den Bekanntheitsgrad und den Ruf der Marke insgesamt steigern, was sich wiederum auf den Werbewert und die Werbewirkung der Marke in allen Produkt- und Dienstleistungssegmenten auswirken kann.

⁵⁶⁸ Hacker, MarkenR 2009, 333, 334; Völker/Elskamp, WRP 2010, 64, 67.

⁵⁶⁹ Relevant sind hierbei nicht nur (negative) qualitative Abweichungen im engeren Sinne, also z. B. die Verwendung geringwertiger Zutaten oder Vorprodukte, sondern jede aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise (im negativen Sinn) spürbare Abweichung. Für eine mögliche Beeinträchtigung der Qualitäts- oder Garantiefunktion sind mithin alle Abweichungen des von einem Dritten unter der Marke vertriebenen Produkts hinsichtlich seiner für das Publikum relevanten Produkteigenschaften vom Originalprodukt zu berücksichtigen, das mit Zustimmung des Markeninhabers hergestellt und vertrieben wird; Völker/Elskamp, WRP 2010, 64, 67.

⁵⁷⁰ EuGH, v. 18.06.2009, C-487/07, GRUR 2009, 756 Rn. 59 – *L'Oréal/Bellure*; ebenso Hacker, MarkenR 2009, 333, 334.

Auch der OGH⁵⁷¹ und der BGH⁵⁷² haben die Werbefunktion im Bereich des Keyword Advertising bereits angesprochen und im Zuge ihrer Vorabentscheidungsersuchen gefragt, ob die Werbefunktion selbstständig neben der Herkunftsfunktion geschützt ist und diese durch Keyword Advertising beeinträchtigt wird. Der OGH sieht die mögliche Beeinträchtigung der Werbefunktion in einer Beeinträchtigung der Markttransparenz, die eintreten könnte, wenn durch die Verwendung der Marke als Keyword Werbung für andere Waren erscheint und der Internetnutzer damit in Bezug auf die Werbefunktion der Marke verunsichert wird.

Bei der Beeinträchtigung der Werbefunktion einer Marke ist darauf abzustellen, inwieweit bei den angesprochenen Verkehrskreisen konkrete Vorstellungen über die Marke hervorgerufen werden. Die Werbefunktion einer Marke zeigt damit gewisse Ähnlichkeiten mit den Begriffen der Wertschätzung und Unterscheidungskraft im Bereich der bekannten Marken i. S. d. Art. 5 Abs. 2 MarkenRL. Das bedeutet, dass eine Beeinträchtigung der Werbefunktion einer Marke umso wahrscheinlicher ist, desto bekannter und unterscheidungskräftiger⁵⁷³ die Marke bzw. je besser ihr Ruf bei den angesprochenen Verkehrskreisen ist. *Völker/Elskamp*⁵⁷⁴ werfen hierbei die Frage auf, ob eine potenzielle Beeinträchtigung der Werbefunktion einer Marke in diesem Sinne damit auch dann in Betracht kommt, wenn die Werbekraft einer Marke durch die Drittbenutzung in erster Linie ausgenutzt bzw. ausgebeutet wird, es also erkennbar u. a. Ziel des Drittbenutzers ist, von der Werbewirkung und dem guten Ruf der eingeführten Marke zu profitieren. Hierbei geht es mithin um die Abgrenzung von einer mittelbaren Schädigung der Marke (Beeinträchtigung) zu dem „lediglich“ schmarotzerischen Ausnutzen des Werbewerts der Marke. Zumindest der EuGH hat jüngst in seiner *L'Oréal/Bellure*-Entscheidung⁵⁷⁵ nur von einer möglichen Beeinträchtigung der Markenfunktion gesprochen.⁵⁷⁶

⁵⁷¹ OGH, v. 20.05.2008, 17 Ob3/08b, ecolex 2008, 348, 349 = GRUR Int. 2009, 446, 447 – *Bergsprechte*. Ebenso die anschließende Entscheidung des OGH nach Antwort des EuGH auf dessen Vorlagefrage, OGH, 21.06.2010, 17 Ob3/08b.

⁵⁷² BGH, Beschl. v. 22.01.2009, Az. I ZR 125/07, GRUR 2009, 498, 499 = MarkenR 2009, 213, 214 – *Banana-bay*.

⁵⁷³ Unter dem Begriff der Unterscheidungskraft versteht man die einer Marke innewohnende (konkrete) Eignung, die Waren und Dienstleistungen, für welche die Eintragung beantragt wird, als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Waren und Dienstleistungen von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden. Die Unterscheidungskraft ist zum einen im Hinblick auf die angemeldeten Waren und Dienstleistungen und zum anderen im Hinblick auf die beteiligten Verkehrskreise zu beurteilen, wobei auf die mutmaßliche Wahrnehmung eines durchschnittlich informierten aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher der fraglichen Waren oder Dienstleistungen abzustellen ist.

⁵⁷⁴ *Völker/Elskamp*, WRP 2010, 64, 68.

⁵⁷⁵ EuGH, v. 18.06.2009, C-487/07, GRUR 2009, 756 Rn. 58 – *L'Oréal/Bellure*.

⁵⁷⁶ *Ohly*, GRUR 2009, 709, 712, interpretiert den EuGH derart, dass eine Ausnutzung der Kommunikations-, Investitions- und Werbefunktion damit ohne gleichzeitige Beeinträchtigung nicht ausreichen soll.

Es ist allerdings mit *Völker/Elskamp*⁵⁷⁷ nicht davon auszugehen, dass der EuGH in seiner Entscheidung eine bewusste terminologische Anlehnung an die im Bereich des Sonderschutzes von bekannten Marken verwendeten Begriffe und damit eine entsprechende Abgrenzung zwischen den Begriffen „Ausnutzung“ und „Beeinträchtigung“ vornehmen wollte. Deshalb kann hieraus auch nicht geschlossen werden, dass auch nur eine Ausnutzung der Werbewirkung bzw. der Werbekraft einer Marke grundsätzlich eine mögliche Beeinträchtigung ihrer Werbefunktion darstellt.

Nach den weiteren Ausführungen des EuGH im *L'Oréal/Bellure*-Urteil zur bekannten Marke kann sich der Vorteil, den ein Dritter aus der Ausnutzung der Unterscheidungskraft oder Wertschätzung zieht, jedoch auch als unlauter erweisen, wenn hierdurch weder die Unterscheidungskraft noch die Wertschätzung dieser bekannten Marke beeinträchtigt wird. Daher ließe sich argumentieren, dass diese Wertung auch für eine Ausnutzung der Werbewirkung einer – sei es bekannten, sei es einer normal unterscheidungskräftigen – Marke bei identischer Verwendung im Bereich identischer Waren gelten könnte.

Das *L'Oréal/Bellure*-Urteil des EuGH legte damit zumindest den Schluss nahe,⁵⁷⁸ dass es für eine Beeinträchtigung der Werbefunktion einer Marke ausreichend ist, wenn lediglich der Werbewert ausgenutzt wird und sich dieses Ausnutzen in einer Gesamtwürdigung aller Umstände als unlauter darstellt. Sofern damit durch die Buchung einer fremden Marke als Keyword zugleich der Werbewert der eingegebenen Marke ausgenutzt wird, wäre unter Berücksichtigung des *L'Oréal/Bellure*-Urteils eine Rechtsverletzung zumindest denkbar.

2.3 Kommunikationsfunktion einer Marke

Der Begriff der Kommunikationsfunktion besitzt im Verhältnis zu den vorgenannten Funktionen die größte begriffliche Reichweite. Die Kommunikationsfunktion betrifft zunächst alle Inhalte, welche die Marke bei ihrem Gebrauch gegenüber den Adressaten vermittelt. Damit stellt die Kommunikationsfunktion den Inbegriff aller Vorstellungen, Assoziationen und Gefühle dar, die durch den Markengebrauch bei den angesprochenen Verkehrskreisen hervorgerufen werden.⁵⁷⁹

⁵⁷⁷ *Völker/Elskamp*, WRP 2010, 64, 68.

⁵⁷⁸ Anders jedoch *Ohly*, GRUR, 2009 709, 712; Wukoschitz, RdW 2009, 69, 70, allerdings noch vor dem *L'Oréal/Bellure*-Urteil des EuGH.

⁵⁷⁹ *Fezer*, MarkenG, Einl., Teil D. Rn. 10.

Insbesondere bei seit Längerem eingeführten und den Verbrauchern durch Werbung und andere Umstände – bekannten⁵⁸⁰ – Marken, die ihnen schon häufig in verschiedenen Situationen begegnet sind, werden die angesprochenen Verkehrskreise mit einer Marke ein ganzes Bündel von Vorstellungen, Assoziationen und Emotionen verbinden. Man spricht hier auch von „Corporate Identity“ bzw. „Brand Identity“, in dessen Zusammenhang Markeninhaber versuchen, ein einheitliches Bild der Marke oder des Unternehmens und deren Außendarstellung herzustellen. Es geht hier also um eine konsequente und nachhaltige bzw. einheitliche Vermittlung aller Vorstellungen, Werte, Assoziationen und Emotionen, die ein Unternehmen mit seinen Marken in der Psyche des Verbrauchers verbunden sehen möchte.

Dadurch kann eine Beeinträchtigung der Kommunikationsfunktion dann in Betracht kommen, wenn ein Drittgebrauch der Marke sich nicht im Einklang mit der vom Markeninhaber intendierten Positionierung der Marke befindet, und namentlich auch dann, wenn durch die abweichende Art und Weise der Markenbenutzung die konsequente Einheitlichkeit des Markenauftritts gefährdet wird.⁵⁸¹

2.4 Investitionsfunktion einer Marke

Von der Investitionsfunktion einer Marke wird in aller Regel dann zu sprechen sein, wenn die Funktion nicht unmittelbar in Bezug zu den Adressaten des Markengebrauchs steht, sondern in erster Linie die Beziehung des Markeninhabers zur Marke betrifft. Bei einer Marke handelt es sich regelmäßig um ein Wirtschaftsgut, in das der Markeninhaber investiert. Folglich gehört der einer Marke innewohnende wirtschaftliche Wert zu einem bedeutenden Vermögenswert, der den Wert eines Unternehmens insgesamt ausmacht. Ein Gebrauch der Marke durch einen Dritten, der geeignet ist, den ökonomischen Wert der Marke zu beeinträchtigen, kann somit nach Lage des Einzelfalls die Investitionsfunktion der Marke beeinträchtigen.

2.5 Zwischenergebnis

In markenrechtlicher Hinsicht handelt es sich bei der Herkunftsfunktion auch nach der L'Oréal/Bellure-Entscheidung des EuGH⁵⁸² immer noch um die Hauptfunktion und damit um die bedeutendste Funktion bei der Bewertung der Beeinträchtigung einer Marke durch Dritte.

⁵⁸⁰ Der Schutz der Kommunikationsfunktion setzt keine Bekanntheit der Marke selbst voraus. Bekannte Marken genießen allerdings in der Regel ein besonderes Image, das wiederum einen gesteigerten Schutz genießt; vgl. *Hacker*, MarkenR 2009, 333, 334.

⁵⁸¹ *Völker/Elskamp*, WRP 2010, 66, 70.

⁵⁸² Dies wurde auch in den AdWords-Entscheidungen des EuGH nicht infrage gestellt. Siehe hierzu unten: D.VIII.2.1.

Die Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion eröffnet damit sowohl die Anwendung von Art. 5 Abs. 1 lit a) als auch lit b) MarkenRL (10 Abs. 1 Z 2, § 10 Abs. 1 Z 1 MSchG). Die Bedeutung der anderen Markenfunktionen erscheint insoweit geringer, als dass ihr Vorliegen allein – ohne dass die Herkunftsfunktion beeinträchtigt wäre – nach der Rechtsprechung des EuGH zumindest nicht zur Bejahung eines Verstoßes gegen Art. 5 Abs. 1 lit b) MarkenRL (§§ 10 Abs. 1 Z 1 MSchG) führt und damit nicht im Bereich des Verwehlungsschutzes ausreicht. Hierbei muss (zwingend) die Herkunftsfunktion berührt sein.

Demgegenüber wird man aber mit dem EuGH – auch unter Berücksichtigung seiner nachfolgend dargestellten AdWords-Entscheidungen – auch davon auszugehen⁵⁸³ haben, dass bei Art. 5 Abs. 1 lit a) MarkenRL (§§ 10 Abs. 1 Z 2 MSchG) zumindest die weiteren Markenfunktionen mehr oder weniger „gleichberechtigt“ nebeneinander stehen. Im Bereich des Identitätsschutzes der Marke sind alle Funktionen der Marke geschützt, im Anwendungsbereich des Verwehlungsschutzes hingegen nur die Herkunftsfunktion als Hauptfunktion der Marke.

Daraus folgt indes auch, dass eine Beeinträchtigung der weiteren Funktionen auch bei solchen Arten der Markenbenutzung möglich ist, die nicht herkunftshinweisend wirken, bei denen also ein Dritter durch den Gebrauch der Marke gerade nicht bzw. nicht offensichtlich erkennbar auf die betriebliche Herkunft seiner eigenen Waren und Dienstleistungen hinweisen will. Umgekehrt ist natürlich nicht ausgeschlossen, dass die Beeinträchtigung der weiteren Funktionen, wie z. B. der Werbefunktion auch dann in Betracht kommt, wenn zugleich die Herkunftsfunktion der Marke betroffen ist. In diesem Fall wird es jedoch bei der Frage nach der Markenverletzung in aller Regel nicht auf diese weiteren Funktionen entscheidend ankommen. Hieraus lässt sich auch schlussfolgern, dass die weiteren Markenfunktionen künftig vor allem für diejenigen Formen des Markengebrauchs eine wesentliche Rolle spielen werden, die gerade nicht herkunftshinweisend sind.⁵⁸⁴

Gerade dieser Aspekt wird für die Frage der markenrechtlichen Beurteilung der AdWords-Problematik von entscheidender Bedeutung sein.

⁵⁸³ EuGH, v. 23.03.2010, Rs. C-236/08, C-237/08, 238/08, NJW 2010, 2029, Rn. 92 – *Google France und Google*.

⁵⁸⁴ *Völker/Elskamp*, WRP 2010, 64, 71.

3. Begriff der Verwechslungsgefahr

Der Tatbestand der Verwechslungsgefahr ist der zentrale markenrechtliche Verletzungstatbestand. Von einer Verwechslungsgefahr spricht man, wenn die Öffentlichkeit glauben könnte, die Waren oder Dienstleistungen stammen aus demselben oder aus wirtschaftlich miteinander verbundenen Unternehmen.⁵⁸⁵ Die Verwechslungsgefahr muss hierbei tatsächlich festgestellt⁵⁸⁶ und darf nicht schon aufgrund bestimmter Indizien vermutet werden. Da es sich hierbei letztlich um einen reinen Gefährdungstatbestand handelt, ist es insoweit ausreichend, dass allein die Gefahr der Verwechslung besteht, ohne dass letztlich eine konkrete Verwechslung nachgewiesen werden muss.⁵⁸⁷ Das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr ist dabei unter Berücksichtigung aller Umstände⁵⁸⁸ des Einzelfalls umfassend zu beurteilen.⁵⁸⁹ Bei der Beurteilung, ob für das Publikum bzw. die Öffentlichkeit die Gefahr von Verwechslungen besteht, ist auf einen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher⁵⁹⁰ abzustellen.

V. Darstellung der bisherigen Rechtsprechung zu Google AdWords

Bis zu Beginn des Jahres 2010 standen sich nicht nur in Österreich und Deutschland, sondern in ganz Europa und auch den USA Befürworter und Gegner einer markenrechtlichen Zulässigkeit des Keyword Advertising gegenüber. Zu den Ländern, die sich bereits mit Verfahren rund um die Zulässigkeit der Buchung von geschützten Marken als Keywords beschäftigt haben, zählen neben Gerichten in Deutschland und Österreich auch besonders solche u. a. in

⁵⁸⁵ StRspr; EuGH, v. 29.09.1998, C-39/97, WRP, 1998, 1165, 1167, Rn. 28, 29 – *Canon*, OGH, 24.02.2009, 17 Ob 36/08f, ecolex 2009, 697, 698 (Horak); BGH, Urt. v. 02.04.2009, Az. I ZR 78/06, GRUR 2009, 672, 674 – *Ostsee-Post*.

⁵⁸⁶ OGH, 30.01.2001, 4 Ob 327/00t, MR 2001, 194, 195 (Pilz) – *cyta.at*.

⁵⁸⁷ *Hildebrandt*, § 12 Rn. 3; OGH, 25.11.1997, 4 Ob 330/79a, MR 1998, 87 ff. – *GO*.

⁵⁸⁸ Zu diesen Umständen zählen nach dem ErWG 11 MarkenRL die gedankliche Verbindung, die das benutzte oder eingetragene Zeichen zu der Marke hervorrufen kann, der Grad der Ähnlichkeit zwischen den damit gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen, die Kennzeichnungskraft (Unterscheidungskraft, Verkehrsgeltung) der (älteren) Marke sowie der Grad der Ähnlichkeit der kollidierenden Zeichen. Hierbei spricht man von der sog. Wechselwirkung zwischen den in Betracht zu ziehenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der Marken und der Ähnlichkeit der mit ihnen gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen. Richtungsweisend hierzu EuGH, v. 29.09.1998, C-39/97, WRP, 1998, 1165, 1167 – *Canon*.

⁵⁸⁹ StRspr.: EuGH, v. 11.11.1997, C-251/95, GRUR Int. 1998, 56 ff. – *Sabèl/Puma*; EuGH, v. 29.09.1998, v. 29.09.1998, C-39/97, WRP 1998, 1165, 1167 – *Canon*; in Österreich zuletzt OGH 24.02.2009, 17 Ob 36/08f; in Deutschland zuletzt BGH, Urt. v. 05.02.2009, Az. I ZR 167/06, MMR 2009, 362 ff. – *METROBUS*.

⁵⁹⁰ Genauer gesagt, ist hier auf den relevanten Verkehrskreis der betreffenden Waren und Dienstleistungen abzustellen. Vgl. hierzu die ausführliche Darstellung zu Kriterien der Verwechslungsgefahr bei *Hildebrandt*, § 12 Rn. 7, 197.

den USA⁵⁹¹, Frankreich⁵⁹², Großbritannien⁵⁹³, Italien⁵⁹⁴, den Niederlanden⁵⁹⁵, Israel⁵⁹⁶, Argentinien⁵⁹⁷, Brasilien und Australien⁵⁹⁸.

Die Tendenz in Europa zu der Behandlung von Keyword-Fällen war dabei seit jeher uneinheitlich. Während in Frankreich die Gerichte bislang eher zugunsten der Markeninhaber und gegen die Werbekunden von Google und Google selbst tendierten, sprachen sich britische Gerichte häufiger für die Liberalisierung des AdWords-Marktes aus. Besonders in den USA⁵⁹⁹ war in letzter Zeit ein erheblicher Anstieg von Gerichtsverfahren bzgl. Google AdWords zu verzeichnen, wobei auch hier seit Jahren die Fragen nach der Benutzung der Marke im geschäftlichen Verkehr (use in commerce) und die nach der Verwechslungsgefahr (likelihood of confusion) umstritten sind. Nachdem es hierzu im vergangenen Jahr richtungsweisende Entscheidungen gab, soll nachfolgend in der gebotenen Kürze auf die dortige Rechtslage und die in den USA ergangenen Urteile eingegangen werden.

1. **Rechtsprechung in den USA**

Die gegen Google gerichteten Klagen in den USA betrafen bisher sowohl den Vorwurf einer eigenen unmittelbaren als auch einer mittelbaren Markenverletzung. Die eigene Rechtsverletzung wurde meist darauf begründet, dass die geschützten Marken durch das von Google an-

⁵⁹¹ Ott, WRP 2009, 351, 352 ff. Siehe nachfolgend auch D.VI.1.

⁵⁹² Baars/Schuler/Lloyd, CRI 2007, 137, 139; Well-Szőnyi, GRUR Int. 2009, 557 ff.; Für einen Überblick über die Rechtslage in Frankreich siehe auch Ott, AdWord Lawsuits in France, abrufbar unter: www.linksandlaw.com/adwords-google-keyword-lawsuit-France.htm.

⁵⁹³ Baars/Schuler/Lloyd, CRI 2007, 137, 141; Reed Executive PLC v. Reed Business Information LTD (2004) EWCA Civ 159, Case No: A3/2003/0141, siehe <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/159.html>.

⁵⁹⁴ Key 21 v. Multiutility and Google Italy, Urteil vom 15.10.2007 (Court of Milan).

⁵⁹⁵ Siehe Ott, AdWord Lawsuits in the Netherlands, abrufbar unter: www.linksandlaw.com/adwords-google-keyword-lawsuit-netherlands.htm.

⁵⁹⁶ Matim-Li Fashion Chain for Large Sizes Ltd et al v. Crazy Line Ltd & Google Israel Ltd, Tel Aviv District Court (IIC 2007, 38(2), 204-223 at 212).

⁵⁹⁷ Veraz Equifax v. Open Discovery (Globinfo), Urteil vom 10.12.2007, vgl. hierzu die Darstellung unter: https://www.aippi.org/download/reports/forum/forum09/2/ForumSession2_Presentation_Perrez.pdf.

⁵⁹⁸ Die Verfahren in den drei zuletzt genannten Ländern werden im von der US Securities and Exchange Commission (SEC) jährlich geforderten Form-10-K-Bericht von Google für das Jahr 2008 erwähnt, siehe auch die Rechtsprechungsübersicht bei Schubert/Ott, MarkenR 2009, 338, 340.

⁵⁹⁹ Seit dem 04.06.2009 erlaubt Google nicht nur in den USA, Kanada und Großbritannien, fremde Marken als Keyword zu buchen, sondern hat diese Praxis auch auf weitere, derzeit rund 190 Staaten ausgedehnt. Eine Liste dieser Staaten ist abrufbar unter: <https://adwords.google.com/support/aw/bin/answer.py?answer=144298>. In diesen Ländern verfolgt Google entsprechende Beschwerden der Rechteinhaber nicht weiter. Darüber hinaus gestattet Google seit dem 15.06.2009 den Unternehmen, auch die Marke im Anzeigentext zu verwenden, wenn das jeweilige Produkt vom dem Werbekunden angeboten wird. Siehe hierzu den Beitrag bei Google, abrufbar unter: <http://adwords.blogspot.com/2009/05/update-to-us-ad-text-trademark-policy.html>. Seit dem 14.09.2010 ist es auch in Österreich und Deutschland grundsätzlich möglich, fremde Marken als Keywords zu buchen.

gebotene „Keyword Suggestion Tool“⁶⁰⁰ vorgeschlagen wurden. Die mittelbaren Markenrechtsverletzungen sahen die Rechteinhaber darin, dass Google die Werbekunden in ihrem Vorhaben „unterstütze“ und zugleich von dem Werbekonzept AdWords wirtschaftlich profitiere⁶⁰¹.

Ausgangspunkt der rechtlichen Auseinandersetzungen in den USA im Bereich von Google AdWords war die Frage nach der Benutzung im geschäftlichen Verkehr (use in commerce) und der Frage nach der Verwechslungsgefahr. Hierzu ist auf den sog. Lanham Act⁶⁰² bzw. 15 U.S.C. §§ 114, 1125 abzustellen.

1.1 Rescuecom v. Google

Eines der am meisten beachteten Verfahren in den USA war der Fall Rescuecom v. Google.⁶⁰³ Die Firma Rescuecom hatte geklagt, weil Google die Buchung ihrer Marke auch für Wettbewerber zuließ. In der ersten Instanz unterlag Rescuecom noch, weil das zuständige Gericht einen „use in commerce“ und damit eine Benutzung von Google im geschäftlichen Verkehr verneinte, sofern die Marke nicht in der Werbeanzeige erscheine („*more importantly, there is no allegation that any of the links among the search results, except those belonging to plaintiff, display plaintiff's trademark or that defendant's activities effect the 'appearance or functionality' of plaintiff's website*“). Das Gericht folgte hierbei der bis dahin fortwährend vertretenen Auffassung der Bezirksgerichte des Second Circuit, die markenrechtliche Ansprüche stets verneint hatten. Die Bezirksgerichte stützten sich hierbei besonders auf die Entscheidung des Second Circuit in dem Verfahren 1-800 Contacts v. WhenU.com⁶⁰⁴, in dem ebenfalls ein „use in commerce“ abgelehnt wurde.

⁶⁰⁰ Siehe hierzu oben, D. II.

⁶⁰¹ Die Markeninhaber warfen Google u. a. eine Verletzung aufgrund von Angaben einer falschen Herkunft (*False Designation of Origin*, 15 U.S.C. § 1125 (a), 37) und der Verwässerung der Marken (*Dilution of Plaintiff's Trademark*, 15 U.S.C. § 1125 (c)) vor. Der Vorwurf der mittelbaren Rechtsverletzung gründete sich auf den Rechtsfiguren der „*vicarious liability* bzw. *contributory infringement*“. Zudem werden deliktsrechtliche (*tortious interference with prospective economic advantage*) und wettbewerbsrechtliche Anspruchsgrundlagen (*California Unfair competition and unjust enrichment claim*) angeführt.

⁶⁰² Ausführliche Informationen zum Lanham Act finden sich bei *Lensing-Kramer/Ruess*, WRP 2006, 815 ff.

⁶⁰³ *Rescuecom Corp. v. Google Inc.*, 456 F. Supp. 2d 393 (N.D.N.Y. 2006), CRi 2009, 110 ff. Eine ausführliche Darstellung des Verfahrens findet sich bei *Westermeier*, CRi 2009, 97 ff.

⁶⁰⁴ *1-800 Contacts Inc. v. WhenU.com*, 414 F.3d 400 (2d Cir. 2005). Bei WhenU wurde eine Pop-up-Werbeanzeige eingeblendet, wenn ein Nutzer eine bestimmte Website aufgerufen hat, die wiederum zu der vom Werbekunden gewünschten Kategorie gehört. Im Gegensatz zu Google AdWords konnte eine Marke hier vom Werbekunden nicht gebucht werden.

Die Berufungsinstanz, der Second Circuit,⁶⁰⁵ hingegen hob die Entscheidung gegen Rescuecom auf und widersprach dieser Auffassung.⁶⁰⁶ Um die Frage der möglichen Verwechslungsgefahr letztlich abschließend zu klären,⁶⁰⁷ verwies das Gericht das Verfahren allerdings an das Ausgangsgericht zurück. Dessen ungeachtet endete dieses Verfahren – nachdem sich Rescuecom im März 2010 für den eigentlichen Sieger der Verfahren erklärte⁶⁰⁸ – ohne abschließende Bewertung, nachdem Rescuecom die Klage überraschend zurückgenommen hatte. Begründet wurde dieser Schritt u. a. damit, dass Google die Bezeichnung „Rescuecom“ nicht mehr in seinem Keyword Suggestion Tool anbietet und gewährleistet, dass die Marke im Anzeigentext nicht mehr erscheint (*„Google had changed its policy to disallow the use of trademarks in the text of a sponsored link a few years ago, with certain exceptions. Google has recently confirmed to Rescuecom that it has removed Rescuecom’s trademark from its Keyword Suggestion Tool. We have obtained two of the three things we initially sought in our complaint against Google“*).

1.2 Hearts on Fire v. Blue Nile

In dem Verfahren *Hearts on Fire v. Blue Nile*⁶⁰⁹ ging es um die Frage einer Markenverletzung durch einen Wettbewerber, der eine geschützte Bezeichnung bei der Suchmaschine Webcrawler.com gebucht hatte. Dieses Verfahren ist deshalb interessant, weil hier erstmals Kriterien aufgestellt wurden, mit deren Hilfe der Tatbestand der Verwechslungsgefahr in den Keyword-Verfahren bestimmt werden sollte. Nachdem das Gericht den „use in commerce“ unter Verweis auf die bis dato überwiegende Rechtsprechung⁶¹⁰ bejahte, setzte sich der First Circuit mit

⁶⁰⁵ Die Entscheidung des Berufungsgerichts ist abrufbar unter: <http://www.rescuecom.com/google-appellate-decision.pdf>.

⁶⁰⁶ Das Gericht stellte hierbei insbesondere die Unterschiede der beiden Werbesysteme von WhenU und Google heraus, wies jedoch zugleich in seinem Urteil das Argument von Google zurück, ein rein interner, für den Nutzer nicht sichtbarer Gebrauch der Marke sei vom Lanham Act nicht mehr erfasst. Zum anderen wollte es sich von einem Vergleich mit der zulässigen Platzierung von Produkten in Verkaufsgeschäften nicht überzeugen lassen, da dies kein „magischer Schutzschild sei, der eine Haftung ausschließe“, Ott, WRP 2010, 435, 436. Siehe zur Rechtslage in den USA auch die Darstellung bei Ott, abrufbar unter: <http://www.linksandlaw.de/adwords.htm#AdWords> - Einführung in die Rechtslage in den USA.

⁶⁰⁷ *Rescuecom Corp. v. Google Inc.*, 2009 WL 875447 (2d Cir. April 3, 2009). „We have no idea whether Rescuecom can prove that Google’s use of Rescuecom’s trademark in its AdWords program causes likelihood of confusion or mistake“, vgl. CRi 2009, 110, 112, sowie unter: <http://www.rescuecom.com/google-appellate-decision.pdf>.

⁶⁰⁸ Siehe Pressemitteilung von Rescuecom, abrufbar unter: <http://www.rescuecom.com/a-case-of-david-versus-googleiath.html>.

⁶⁰⁹ *Hearts on Fire Co. v. Blue Nile, Inc.*, 2009 WL 794482 (D. Mass. March 27, 2009). Die Entscheidung ist im Volltext abrufbar unter: <http://pacer.mad.uscourts.gov/dc/cgi-bin/recentops.pl?filename=gertner/pdf/heartsonfiremtd.pdf>.

⁶¹⁰ Siehe hierzu die umfassenden Rechtsprechungsnachweise bei Ott, WRP 2010, 435, 437 (Fn 15); *Schubert/Ott MarkenR* 2009, 339, 346.

der Frage der Verwechslungsgefahr auseinander und führte hierbei insgesamt sieben Faktoren auf. Diese sollten die Frage nach der zulässigen Vergleichsmöglichkeit von mehreren Produkten von der unzulässigen Verwirrung des Verkehrs und damit einer Unlauterkeit abgrenzen.⁶¹¹ Zu den wesentlichen Kriterien, die gegen eine solche Gefahr der Verwechslung sprechen, gehören nach Darstellung des Gerichts die Möglichkeit, (1) die aufgefundene Website wieder zu verlassen (the overall mechanics of web-browsing and internet navigation, in which a consumer can easily reverse course), (2) der Inhalt der Werbeanzeige sowie der Inhalt der Suchtrefferseite (the content of the search results webpage that was displayed, including the content of the sponsored link itself) sowie (3) der verlinkten Website (downstream content on the Defendant's linked website likely to compound any confusion). Darüber hinaus sei (4) entscheidend, wie lange der Betrachter durch die Anzeige vermeintlich verwirrt oder irritiert werden kann (the duration of any resulting confusion) und (5) welche Kenntnisse der Nutzer und Betrachter im Bereich des Internets habe⁶¹² (*the web-savvy and sophistication of the Plaintiff's potential consumers*).

2. Rechtsprechung in Deutschland

In Deutschland herrschte im Hinblick auf die rechtliche Bewertung der Keyword-Problematik jahrelang Uneinigkeit sowohl in Rechtsprechung als auch in der Literatur. Ausgangspunkt der Diskussion war voraussichtlich die Impuls-Entscheidung des BGH⁶¹³ aus dem Jahr 2006, bei der es um die markenrechtliche Behandlung von Metatags ging.

2.1 Einleitung und Ausgangslage

In diesem Zusammenhang wurden in den vergangenen Jahren immer wieder die Unterschiede und Parallelen zwischen den AdWords-Sachverhalten und den Metatag-Fällen erörtert. Dabei ging es um die Frage, ob die Buchung eines fremden Zeichens als AdWord ebenso wie die

⁶¹¹ Gegenstand dieser Untersuchung ist die Rechtsfigur des sog. „initial interest confusion“. Hiernach wird eine Werbemaßnahme auch dann sanktioniert, wenn ein Nutzer oder Kunde erkennt, dass er nicht mit dem tatsächlich angesprochenen Unternehmen in eine geschäftliche Verbindung tritt. Entscheidend ist, dass der Kunde von dem ursprünglich eingeschlagenen Weg „in rechtswidriger Weise abgelenkt“ worden und zumindest einem Irrtum unterlegen ist. Siehe hierzu Ott, WRP, 351, 354.

⁶¹² Sofern dem Verkehr die beiden betroffenen Marktteilnehmer und deren Einflüsse auf den Markt bekannt sind, wird eine Verwirrung schwer zu begründen sein. Das Gericht führt hier das Beispiel einer Werbeanzeige der Firma Pepsi mit dem Keyword „Coca Cola“ an. Hier kennt nahezu jeder Betrachter die Konkurrenzsituation, was gegen die Möglichkeit einer Verwirrung und damit gegen eine Verwechslungsgefahr sprechen würde. Siehe S. 16 der Entscheidung, abrufbar unter:
<http://pacer.mad.uscourts.gov/dc/cgi-bin/recentops.pl?filename=gertner/pdf/heartsonfiremtd.pdf>.

⁶¹³ BGH, Urt. v. 18.05.2006, Az. I ZR 183/03, MMR 2006, 812 ff. = WRP 2006, 1513 ff. – *Impuls*.

Nutzung einer fremden Marke in den Metatags eine markenmäßige Benutzung darstellt und damit die Rechte der Markeninhaber verletzt.

2.1.1 Impuls-Rechtsprechung des BGH

In dem Impuls-Urteil bejahte das Gericht – ebenso wie im Anschluss daran auch das OLG Wien⁶¹⁴ – eine Markenverletzung. Im Impuls-Verfahren ging es um die Verwendung eines fremden Unternehmenskennzeichens als Metatag im HTML-Code der beklagten Website. Der BGH sah hierin eine kennzeichenmäßige Benutzung, da das fremde Zeichen dafür verwendet werde, den Nutzer zu einer Internetseite des Verwenders zu führen und um auf das dort werbende Unternehmen sowie sein Angebot hinzuweisen. Die für die Frage der Markenrechtsverletzung erforderliche Verwechslungsgefahr lag nach Auffassung des BGH darin, dass mithilfe des Suchwortes das Ergebnis des Auswahlverfahrens der Suchmaschine „beeinflusst“ werde und die Internetseite des Verwenders in der Trefferliste erscheine.⁶¹⁵

Bei der Nutzung von fremden Marken als Metatags ist es nach Ansicht des BGH für eine Markenverletzung zudem unerheblich, ob das Suchwort für den Nutzer im Endeffekt sichtbar ist. Vielmehr sei entscheidend, dass mithilfe des Suchwortes das Ergebnis des Auswahlverfahrens der Suchmaschine beeinflusst⁶¹⁶ und der Nutzer auf die entsprechende Webseite gelenkt wird. Auch wenn der Internetnutzer darauf eingestellt sein sollte, dass sich nicht alle Treffer auf die eigentliche Suchanfrage beziehen, so muss dennoch damit gerechnet werden, dass der Internetnutzer sich mit den Treffern näher befasst, sofern die Treffer die gleichen Angebote aufweisen wie die des Inhabers des geschützten Kennzeichens. Da dies meistens nur durch Anklicken des jeweiligen Links herausgefunden werden kann, sei es wahrscheinlich, dass sich der Nutzer mit dem (fremden) Angebot des möglichen Konkurrenten eingehender beschäftigt. Hieraus resultierte im Fall von der Verwendung geschützter Marken als Metatags die Verwechslungsgefahr, ohne dass es darauf ankomme, ob dieser Irrtum letzten Endes bei näherer Befassung mit der gefundenen Internetseite ausgeräumt werden kann. Wenn das geschützte Zeichen somit zugleich von einem Dritten zur Kennzeichnung von eigenen Waren und Dienstleistungen in den Metatags der Internetseite verwendet würde, so würde hierdurch die Her-

⁶¹⁴ OLG Wien, 07.06.2006, 30 R 4/06p, ÖBl. 2007/7, 33, 35 – *Kieser Training*; ebenso zuvor OGH, v. 19.12.2000, 4 Ob 308/00y, ÖBl. 2001, 126 ff. – *Numtec-Interstahl*.

⁶¹⁵ BGH, Urt. v. 18.05.2006, Az. I ZR 183/03, MMR 2006, 812, 814 = WRP 2006, 1513, 1515 ff. – *Impuls*; BGH, Urt. v. 07.10.2009, Az. I ZR 109/06, GRUR 2009, 1167, 1169; vgl. ausführlich zum Impuls-Verfahren *Ullmann*, GRUR 2007, 633, 635.

⁶¹⁶ Zum Problem der vermeintlichen Beeinflussung durch Metatags bei Google siehe bereits oben A.II.5.1.

kunftsfunction als Hauptfunktion der Marke bzw. des Kennzeichens beeinträchtigt, denn das Metatagging weckt beim angesprochenen Verkehr Assoziationen hinsichtlich der Herkunft des Produktes.⁶¹⁷

2.1.2 Metatag und Keywords

In der Folge drehte sich die wissenschaftliche und auch gerichtliche Diskussion um die Frage, ob die für Metatags gefundenen Ansätze auch auf die Konstellation der AdWords übertragen werden können. Hierbei wurde vorgebracht,⁶¹⁸ dass beiden Formen – dem Metatagging und den AdWords – zunächst gleich sei, dass die geschützten Begriffe visuell für den Benutzer nicht wahrnehmbar sind. Bei AdWords wird dieser geschützte Begriff bei der Buchung als Schlüsselwort angegeben, bei den Metatags hingegen im Quellcode einer Webseite „versteckt“. Insofern sei keine abweichende Bewertung gerechtfertigt. An diese Auffassung hat in Deutschland insbesondere das LG Braunschweig⁶¹⁹ angeknüpft und eine Gleichbehandlung von AdWords und Metatags lange Zeit befürwortet.

Die Gegenauffassung,⁶²⁰ die bei der Buchung einer fremden Marke keine Gleichbehandlung mit Metatags befürwortete, stellte im Wesentlichen auf die technischen Gegebenheiten und auf das dem Markenrecht zugrunde liegenden Verbraucherleitbild ab. Das eigentliche Suchergebnis, so wie es auch der BGH in seiner „Impuls“-Entscheidung vor Augen hatte, ist die generierte Trefferliste, die von den hiervon getrennten Werbelinks zu trennen sei. Die generierte Trefferliste wird durch die AdWords bzw. Schlüsselwörter als solche weder beeinflusst noch verändert. Während jedoch die Metatags auf ein besseres Erscheinen innerhalb der Tref-

⁶¹⁷ BGH, Urt. v. 18.05.2006, Az. I ZR 183/03, MMR 2006, 812, 814 = WRP 2006, 1513, 1516 – *Impuls*; *Stögmüller*, CR 2007, 446, 448; *Jaeschke*, CR 2008, 375, 376. Im Jahr 2007 bestätigte der BGH seine Auffassung sowohl für Metatags als auch für die sog. Weiß-auf-Weiß-Schrift, BGH, Urt. v. 08.02.2007, Az. I ZR 77/04, GRUR 2007, 784, 785 – *AIDOL*. Siehe hierzu aber auch OLG Frankfurt, Beschl. v. 03.03.2009, Az. 6 W 29/09, MMR 2009, 401, 401, wonach eine markenmäßige Benutzung eines Zeichens als Metatag zumindest dann ausscheidet, wenn der Websitebetreiber im Titel deutlich macht, worum es geht.

⁶¹⁸ Für die Kennzeichenverletzung; *Dietrich*, K&R 2006, 71, 73; ders. CR 2008, 736; *Jaeschke*, CR 2008, 375.

⁶¹⁹ LG Braunschweig, Urt. v. 15.11.2006, Az. 9 O 1840/06, MMR 2007, 121 ff. – *Bananabay*. Das LG Braunschweig verwies darauf, dass sich der Verletzer die vom Kennzeicheninhaber aufgebaute Kraft der Marke zunutze macht und gerade die für Marken spezifische „Lotsenfunktion“ ausnutzt, die darin besteht, in einem großen Angebot gezielt zu den eigenen Waren und Dienstleistungen hinzuweisen. Ebenso OLG Braunschweig, Urt. v. 11.12.2006, Az. 2 W 177/06, MMR 2007, 249, 251 – *Jette*; OLG München, Urt. v. 06.12.2007, Az. 29 U 4013/07, MMR 2008, 334, 335 – *Impuls*; OLG Stuttgart, Urt. v. 09.08.2007, Az. 2 U 23/07, MMR 2007, 649, 650 – *pcb*; *Seichter*, MarkenR 2006, 375, 379; *Horak*, MarkenR 2007, 240, 242.

⁶²⁰ Eher gegen eine Kennzeichenverletzung; u. a. *Bernreuther*, WRP 2008, 1057, 1058; *Hüsch*, K&R 2006, 223, 224; ders. CR 2007, 190, 190; *Meyer*, K&R 2006, 557, 561; *Stögmüller*, CR 2007, 446, 452; *Wukoschitz*, RdW 2009/74, 69, 71; OLG Frankfurt/Main, Beschl. v. 26.02.2008, Az. 6 W 17/08, WRP 2008, 830, 830; OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.01.2007, Az. I-20 U 79/06, WRP 2007, 440, 441; OLG Köln, Urt. v. 31.08.2007, Az. 6 U 48/07, MMR 2008, 50, 51; KG Berlin, Urt. v. 09.09.2008, Az. 5 U 163/07, MMR 2009, 47, 47.

ferliste abzielen, soll die Buchung eines Schlüsselbegriffs zur Darstellung einer als Anzeige gekennzeichneten Werbebotschaft neben oder über der Suchergebnisliste führen. Eine Gleichsetzung von Metatags und AdWords würde indes lediglich bewirken, den Begriff „Suchergebnis“ äußerst weit zu fassen und letztlich auf die gesamte Internetseite zu erstrecken.⁶²¹ Ein solches Verständnis wäre indes mit den hierbei regelmäßig eingehaltenen Vorgaben des Trennungsgebots⁶²² nicht zu vereinbaren. Metatags und AdWord unterscheiden sich daher nicht nur im Hinblick auf den eigentlichen Zweck, sondern auch bereits in technischer Hinsicht. Die Bewertung der AdWords-Problematik kann daher nicht mit den Argumenten bei den Metatags-Verfahren beantwortet werden.⁶²³

Während die Fragen im Bereich der markenrechtlichen Bewertung von Metatags⁶²⁴ jedoch weitgehend geklärt sind, zählt die AdWords-Problematik – wohl auch nach den Entscheidungen des EuGH – weiterhin zu den viel diskutierten Fragen des Suchmaschinenrechts.

Mit seinen drei Entscheidungen in Sachen „pcb“⁶²⁵, „Beta Layout“⁶²⁶ und „Bananabay“⁶²⁷ hat das höchste deutsche Instanzgericht aufgrund der Vielzahl divergierender Entscheidungen inzwischen zu einigen Fragen und Problemen Stellung genommen. In zwei der drei von Kennzeicheninhabern angestregten Verfahren hat der BGH die Rechtswidrigkeit der angegriffenen AdWords-Anzeigen verneint. In dem dritten Verfahren hat der BGH die Frage, ob in dem Verhalten der Werbekunden eine markenmäßige Benutzung gesehen werden kann, zunächst unbeantwortet gelassen und die Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt.

⁶²¹ So auch Ott, MMR 2007, 123, 125.

⁶²² Bei dem Trennungsgebot in § 6 Abs. 1 Nr. 1 ECG handelt es sich um eine werberechtliche Transparenzvorschrift. Werbung in elektronischen Medien soll hiernach bestimmten grundlegenden Bedingungen entsprechen. Ziel der Bestimmung des § 6 Abs. 1 Nr. 1 ECG ist es, für Nutzer die kommerzielle Intention bestimmter Informationen offensichtlich zu machen, um sie von anderen Inhalten unterscheiden zu können. Vgl. zum Trennungsgebot auch Zankl, E-Commerce-Gesetz, § 6 Rn. 110; Blume/Hammerl, § 6 Rn 3.

⁶²³ In rechtlicher Hinsicht ist die Verwendung fremder Marken in einem versteckten Text („Hidden Text“) im Übrigen ebenso wie Metatags zu sehen. Der Vollständigkeit halber ist auch hier erneut darauf hinzuweisen, dass eine Manipulation mit Hilfe des Hidden Text bei einer Suchmaschine wie Google ohnehin eher erfolglos wäre. Auch die eingangs erwähnten Manipulationsmöglichkeiten mittels Doorway Pages und Cloaking sind in kennzeichenrechtlicher Hinsicht nicht anders zu beurteilen, vgl. Stögmüller, CR 2007, 446, 447. Wie bereits erwähnt, stimmt hier auch die Begründung des BGH zu den Metatag-Entscheidungen. Diese Methoden sind nach wie vor geeignet, das Suchergebnis unmittelbar zu beeinflussen, und werden nicht immer sofort von den Suchmaschinen entdeckt. Es besteht damit die Gefahr, dass ein Nutzer zu einem Angebot geführt wird, das er mit dem des Markeninhabers verwechselt und sich mit diesem beschäftigt.

⁶²⁴ Zur Unzulässigkeit von Metatagging siehe auch Anderl, RdW 2006, 143, 144. Vgl. auch Zankl, AnwBl. 2001, 316, 316; OGH, v. 19.12.2000, 4 Ob 308/00y, ÖBl. 2001, 126 ff. – Numtec-Interstahl.

⁶²⁵ BGH, Urt. v. 22.01.2009, Az. I ZR 139/07, GRUR 2009, 502 ff. = MarkenR 2009, 216 ff. – pcb.

⁶²⁶ BGH, Urt. v. 22.01.2009, Az. I ZR 30/07, GRUR 2009, 500 ff. = MarkenR 2009, 210 ff. – Beta Layout.

⁶²⁷ BGH, Beschl. v. 22.01.2009, Az. I ZR 125/07, GRUR 2009, 498 ff. = MarkenR 2009, 213, 214 – Bananabay.

2.2 Das „pcb“-Verfahren

In dem „pcb“-Verfahren ging es um die Frage, ob ein markenmäßiger Unterlassungsanspruch gegen den Kunden von Google AdWords auch dann vorliegt, wenn als Keyword zwar ein Bestandteil einer geschützten Marke gebucht wird, die Anzeige selbst jedoch erst infolge der Standardeinstellung „weitgehend passende Keywords“ von Google ausgelöst wird.

Der Beklagte buchte bei Google den Begriff „pcb“ als Keyword, der als Abkürzung für „printed circuit board“⁶²⁸ steht. Die Klägerin wiederum ist Inhaberin der geschützten Marke „pcb-Pool“. Die Schaltung der Werbeanzeige kam nunmehr zustande, weil der Beklagte die Einstellung „weitgehend passende Keywords“ gewählt hatte, wodurch bei Eingabe der Marke „pcb-Pool“ als Suchbegriff die Werbung des Beklagten rechts neben der Trefferliste angezeigt wurde. Der Begriff „pcb-Pool“ selbst erschien in der Anzeige nicht.

Während das Ausgangsgericht die Klage noch abgewiesen hatte, hob das Berufungsgericht – das OLG Stuttgart⁶²⁹ – das Urteil auf stellte fest, dass der Klägerin ein Anspruch auf Unterlassung der Verwendung des Zeichens zusteht, da der Beklagte durch die Verwendung des Zeichens „pcb-Pool“ als Keyword die Marke der Klägerin verletzt habe.

Der BGH teilte diese Auffassung nicht und stellte das landgerichtliche Urteil wieder her. Der BGH begründete seine Entscheidung im Wesentlichen damit, dass die eigentliche Marke „pcb-Pool“ weder vom Werbetreibenden (Beklagten) noch von Google im markenrechtlichen Sinne benutzt worden sei. Dies ist nach Ansicht des BGH zumindest so lange nicht der Fall, wie in der Werbeanzeige das gebuchte Keyword selbst nicht erscheint und auch sonst kein Hinweis auf die geschützte Marke enthalten ist. Dem Suchmaschinennutzer stellt sich indes der in der Suchzeile sichtbar bleibende Suchbegriff (pcb-Pool) nach wie vor zunächst als derjenige Begriff dar, den er selbst eingegeben hat. Eine markenmäßige Verwendung dieses Begriffs durch Google, die dem Beklagten unter Umständen unter dem Gesichtspunkt der Störerhaftung zugerechnet werden könnte, würde jedoch voraussetzen, dass der Internetnutzer in dem nach Erscheinen der aufgerufenen Seite im Textfeld sichtbar bleibenden Suchbegriff nicht lediglich seine eigene Verwendung dieses Begriffs (wieder-)erkennt, sondern zugleich die Verwendung dieses Begriffs durch Google.⁶³⁰ Nach der allgemeinen Lebensauffassung und entgegen der Meinung des Berufungsgerichts bestehe jedoch kein Anhaltspunkt. Für eine

⁶²⁸ Hierbei handelt es sich um einen gängigen Begriff für „Leiterplatten“.

⁶²⁹ OLG Stuttgart, Urt. v. 09.08.2007, Az. 2 U 23/07, MMR 2007, 649, 650.

⁶³⁰ BGH, Urt. v. 22.01.2009, Az. I ZR 139/07, GRUR 2009, 502, 504 ff. = MarkenR 2009, 216, 218 – *pcb*.

solche Annahme findet sich nach der Lebenserfahrung entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts jedenfalls dann kein Anhaltspunkt, wenn – wie hier – in der unter der Überschrift „Anzeigen“ erscheinenden Werbung das betreffende Suchwort nicht wiederholt wird und auch sonst kein Hinweis auf dieses Zeichen enthalten ist. Das objektive Erscheinungsbild der sich nach Eingabe des Suchworts öffnenden Internetseite lässt eine Verknüpfung zwischen dem Suchwort und der Anzeige des Beklagten nicht erkennen.

Für eine solche Verbindung müsste, so der BGH, der durchschnittliche Internetnutzer die Funktionsweise von Google AdWords und insbesondere die Einstellung „weitgehend passende Keywords“ kennen. Von einem solchen Verkehrsverständnis sei allerdings nicht auszugehen.

Zusätzlich wies der BGH darauf hin, dass ein Unterlassungsanspruch deshalb ausscheiden müsse, weil es sich bei der vom AdWords-Kunden gebuchten Bezeichnung „pcb“ um ein beschreibendes Zeichen handelt, das dem Markenrechtsschutz nicht zugänglich ist.⁶³¹ Beschreibende oder auch generische Begriffe wie die Abkürzung für Leiterplatten (pcb) können grundsätzlich nicht kennzeichenmäßig verwendet werden, wenn nach jeder Betrachtungsweise und praktischen Verwendungsmöglichkeit des Zeichens ausgeschlossen werden kann, dass der Begriff vom Verkehr als Marke aufgefasst wird.⁶³² Dementsprechend fehlt es regelmäßig an einer kennzeichenmäßigen Benutzung der Bezeichnung, wenn sie vom Verkehr als beschreibende Angabe und nicht als Hinweis auf ein Unternehmen oder auf eine bestimmte betriebliche Herkunft der im Zusammenhang mit der Bezeichnung angebotenen Produkte verstanden wird.⁶³³

Die Buchung von rein beschreibenden Zeichen als Keywords wurde damit für den Werbekunden zu Recht als zulässig erachtet.

⁶³¹ Beschreibende Kennzeichen sind solche, die ausschließlich aus Zeichen oder Angaben bestehen, welche im Verkehr zur Bezeichnung der Art, Beschaffenheit, Menge, Bestimmung, des Wertes, der geografischen Herkunft oder der Zeit der Herstellung der Ware oder der Erbringung der Dienstleistung oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Ware oder Dienstleistung dienen können. Zu solchen „schutzunfähigen“ Zeichen gehören auch Gattungsbezeichnungen (Zeichen, die aus Zeichen oder Angaben bestehen, die im allgemeinen Sprachgebrauch oder in den redlichen und ständigen Verkehrsgepflogenheiten zur Bezeichnung einer Ware oder Dienstleistung üblich sind); Mayer, in: *Kucsko*, marken.schutz, S. 312 f.; OGH, 20.03.2007, 17 Ob 1/07 g, OBl. 2007/39, 170, 173 – *Wein & Co*; OGH, 12.07.2006, 4 Ob 38/06 a, ÖBl 2007/5, 22, 24 – *Shopping City*.

⁶³² Vgl. auch BGH, Beschl. v. 24.04.2008, Az. I ZB 21/06, GRUR 2008, 1093, 1096 – *Marlene-Dietrich-Bildnis*; Hacker, in: Ströbele/Hacker, § 14 Rn. 68 m. w. N.

⁶³³ Vgl. BGH, Urt. v. 13.03.2008, Az. I ZR 151/05, GRUR 2008, 912, 913 – *Metrosex*; BGH, Urt. v. 03.02.2005, Az. I ZR 159/02, GRUR 2005, 583, 584 – *Lila Postkarte*; BGH, Urt. v. 16.12.2004, Az. I ZR 177/02, GRUR 2005, 419, 421 – *Räucherkatze*.

2.2.1 Verwechslungsgefahr und das Verständnis der Verkehrsteilnehmer

Der BGH hat nach Ansicht des Verfassers im Ergebnis vollkommen zu Recht einen Anspruch des Markeninhabers verneint. Die Verwendung von beschreibenden Zeichen muss – wie im Markenrecht allgemein – zulässig bleiben. So richtig das Ergebnis des BGH zu der Frage der Buchung von beschreibenden Keywords letztlich jedoch ist, so offener sind auch einige Fragen, die mit dieser Entscheidung verbunden sind.

Der BGH verneint zwar – grundsätzlich richtig – eine Zurechnung unter Verweis auf das objektive Erscheinungsbild der Trefferliste. Die Darstellung von Trefferliste und Anzeigen lässt keine Verknüpfung zwischen dem Suchwort und der Anzeige erkennen, da die geschützte Marke nicht wiederholt wird. Für den Nutzer der Suchmaschine stellen sich die Eingabe und Suche nach dem geschützten Begriff noch immer allein als den Begriff dar, den er eingegeben hat, und nicht zugleich als Hinweis auf die Herkunft von bestimmten Waren und Dienstleistungen aus einem bestimmten Unternehmen durch Google selbst oder gar dem Werbekunden.

Der BGH erklärt allerdings weiter, dass man zu einem solchen Schluss dann kommen könnte, wenn der Nutzer von der grundsätzlichen Funktionsweise des AdWord-Programms Kenntnis hätte und wüsste, dass die Anzeigen mit den Suchworten verknüpft sind.⁶³⁴ In diesem Fall – so der BGH – könnte man annehmen, dass der betreffende Verkehrsteilnehmer aufgrund des Erscheinungsbildes zu der Annahme gelangt, die von ihm eingegebene Marke sei von einem Dritten als Keyword gebucht worden. Folglich bestünde die Möglichkeit, eine Verknüpfung zwischen Suchwort und Anzeige herzustellen, auch wenn diese Marke in der Anzeige selbst nicht erscheint. Eine solche Annahme sei indes nach Auffassung des BGH deshalb nicht angebracht, da dem durchschnittlichen Internetnutzer die Funktion der Verwendung von Keywords bei Google in der hier gewählten Standardeinstellung „weitgehend passende Keywords“ nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht bekannt sei und er aus dem Erscheinen von Werbung im Anzeigenfeld bei Eingabe von Suchbegriffen keine Rückschlüsse ziehe.⁶³⁵

*Schubert/Ott*⁶³⁶ weisen hierbei richtigerweise darauf hin, dass zumindest eine solche Spekulation durchaus fragwürdig sei. Auch wenn der normale Suchmaschinennutzer mit den einzelnen Funktionen und Funktionsweisen von AdWords nicht im Detail vertraut ist, erscheint es dennoch nicht unwahrscheinlich, dass der Nutzer der Suchmaschine davon ausgeht, dass die

⁶³⁴ BGH, Urt. v. 22.01.2009, Az. I ZR 139/07, GRUR 2009, 502, 503 = MarkenR 2009, 216, 217 – *pcb*.

⁶³⁵ So auch *Engels*, MarkenR 2009, 292.

⁶³⁶ *Schubert/Ott*, MarkenR 2009, 338, 345.

angezeigten Werbungen und Anzeigen gerade durch Eingabe des Suchbegriffs ausgelöst wird und in irgendeiner Weise mit diesem in Verbindung steht. Denn gerade bei mehrmaliger Verwendung der Suchmaschine von Google wird den Nutzern voraussichtlich recht schnell klar, dass die Anzeigen zumindest thematisch zur Suche der Nutzer passen, auch wenn sie kein Detailwissen über die verschiedenen Einstellungsmöglichkeiten bei Google AdWords haben. Hierbei dürfe auch nicht verkannt werden, dass unabhängig davon, ob die Anzeige letztlich erscheint, weil die Marke unmittelbar als Keyword gebucht wurde oder lediglich aufgrund des „Broad Matchings“ erscheint, die Trefferliste in beiden Varianten gleich aussieht. Im Suchfeld steht die vom Nutzer eingegebene Marke, daneben oder oberhalb der Trefferliste befinden sich die jeweiligen Werbeanzeigen. Konsequenterweise müsste dann – da gerade auf die subjektive Vorstellung des Internetnutzers abgestellt werden muss und nicht auf die vom Werbenden tatsächlich getroffenen Einstellungen – allein die abstrakte Vorstellung der Nutzer vom Funktionieren der Werbeeinblendungen genügen.

Tatsächlich erscheint es damit durchaus fraglich, ob es wirklich so offensichtlich ist, wie der BGH es in seiner Entscheidung hat anklingen lassen, dass die Nutzer gar keinen Zusammenhang zwischen Werbeanzeige und Suchanfrage herstellen können. Es wird hier nämlich zugleich auch unterstellt, dass sich die Internetnutzer gleichsam wie Werbekunden und Unternehmen im Hinblick auf die Funktionen und technischen Entwicklungen des Internets bzw. der technischen Vermarktungsmöglichkeiten nicht weiterbilden. Es mag sein, dass derzeit der durchschnittlich informierte, objektive Internetnutzer die genauen Funktionen von AdWords noch nicht im Einzelnen darlegen kann. Es bleibt gleichwohl abzuwarten, wie dies in ein paar Jahren auch unter Berücksichtigung dieser AdWords-Urteile selbst aussehen wird.

Es ist jedoch auch zu beachten, dass dieses Argument für beide Seiten sprechen kann. Eben dieses Verständnis, wonach sich Internetnutzer mit den Vermarktungsmöglichkeiten des Internets und seiner Suchmaschinen vermehrt auseinandersetzen, kann auch dazu führen, dass den Nutzern der Suchmaschine letztlich klar sein wird, dass auch Werbeanzeigen erscheinen können, die nichts mit der eingegebenen Marke zu tun haben. Dies wird dadurch wieder gegen die Gefahr einer Verwechslung sprechen.

*Schubert/Ott*⁶³⁷ gehen indessen noch einen Schritt weiter. Wenn man das vom BGH begründete Verkehrsverständnis der Verkehrsteilnehmer zugrunde legt, muss zumindest in conse-

⁶³⁷ *Schubert/Ott*, MarkenR 2009, 338, 345.

quenter Weise eine Verwechslungsgefahr sowohl bei der Buchung der Marke als auch beim „Broad Matching“ (d. h. der Option „weitgehend passende Keywords“) zumindest so lange verneint werden, als die Marke sich nicht im Text der Anzeige befindet. Nutzer der Suchmaschine werden nichtsdestotrotz mit vielen Ergebnissen konfrontiert, bei denen sich das Suchwort im Text des gefundenen Treffers oder der jeweiligen Anzeige wiederfindet und dort entsprechend hervorgehoben ist. Sofern der Nutzer diesen Umstand nun verinnerlicht, muss sich ihm aber – nach dem hier dargelegten Verständnis – auch der Eindruck aufdrängen, dass es kein Zufall sein kann, wenn nach der Suche nach einem bestimmten Produkt gerade die Werbung von Unternehmen erscheint, die genau dieses anbieten. Wenn auf der anderen Seite der Suchbegriff nicht im Text der Anzeige erscheint, bestehen keine Anhaltspunkte, weshalb sie nicht dennoch von einem direkten Zusammenhang zwischen der Suchanfrage und der angezeigten Werbung ausgehen sollten.

Nach Ansicht des Verfassers sind diese Argumente nicht gänzlich von der Hand zu weisen. Es ist grundsätzlich im Hinblick auf die Anzeige der Werbekunden auf das generelle Vorstellungsbild der Nutzer abzustellen. Aber auch wenn dieses Verständnis letztlich immer von den Erfahrungen der Nutzer abhängig sein wird,⁶³⁸ erscheint eine solche Darstellung im Ergebnis doch recht weitgehend. Selbst wenn dem Nutzer die konkrete Technik von Google AdWords bewusst wäre, würde dies letztlich nur dazu führen, dass er gedanklich zwischen Werbeanzeige und Trefferliste bei Eingabe eines Markenwortes unterscheiden könnte.

2.2.2 Funktion des Broad Matching

Wie bereits festgestellt, ist die Buchung von generischen und rein beschreibenden Schlüsselwörtern bei Google AdWords für den Kunden unproblematisch zulässig. Insoweit ist das Urteil des BGH konsequent und nachvollziehbar.

Daneben ist jedoch auch der Aspekt zu bewerten, dass der Werbekunde zwar – zulässigerweise – einen beschreibenden Begriff bucht, jedoch – bewusst oder unbewusst – durch die Wahl der Option „weitgehend passende Keywords“ zumindest mitursächlich für die anschließende Werbeanzeige bei Eingabe der Marke ist.⁶³⁹ Auf den ersten Blick erscheint eine Zurechnung

⁶³⁸ In diesem Zusammenhang ist auf das oben beschriebene Verfahren *Hearts on Fire v. Blue Nile* zu erinnern, in dem das Gericht einen Katalog mit sieben Faktoren erarbeitet hat, anhand dessen die Bewertung der Verbindung bzw. die Möglichkeit der Verwirrung erfolgen sollte.

⁶³⁹ Das OLG Stuttgart, Urt. v. 09.08.2007, Az. 2 U 23/07, MMR 2007, 649, 651, war noch der Auffassung, dass auch eine Benutzung der Marke vorlag, da der Werbekunde mit der Wahl der Einstellung eine Ursache dafür gesetzt hat, dass Google die Marke neben dem beschreibenden Begriff verwendet hat.

durchaus konsequent, wenn man berücksichtigt, dass sich derjenige, der sich eines technischen Systems bedient, auch deren technischen Folgen zurechnen lassen muss.⁶⁴⁰ *Steinberg*⁶⁴¹ hingegen spricht davon, dass man den Werbenden ein unüberschaubares Haftungsrisiko aufbürden würde, sofern man diese Form der Werbung mit beschreibenden Begriffen untersagen würde. Dies trifft nach Ansicht des Verfassers zwar durchaus zu. Es darf jedoch auch nicht übersehen werden, dass es letztlich der Kunde selbst ist, der mit seiner Entscheidung zumindest Einfluss auf das Ergebnis nehmen kann, indem er einfach die entsprechende Option anpasst oder bestimmte – von Google unter Umständen auch vorgeschlagene⁶⁴² – Begriffe ausschließt. Damit könnte allerdings auch die Verwendung einer beschreibenden Angabe, insbesondere wenn sie Bestandteil einer geschützten Gesamtbezeichnung ist, grundsätzlich von AdWords-Kunden zu ihren Gunsten ausgenutzt werden. Ob man damit allein darauf abstellen kann, dass eine Zurechnung nur deshalb ausscheidet, weil sich der Kunde – bewusst oder unbewusst – keine weiteren Gedanken über eine mögliche Erweiterung der Keywords durch die Standardoption macht, erscheint zumindest fraglich. Hierzu könnte man anführen, dass der Werbekunde, der nunmehr weiß, dass auch bei Buchung von einem beschreibenden Zeichen in Verbindung mit der Standardoption bei Eingabe der geschützten Marke die Anzeige geschaltet wird, besser gestellt würde als derjenige, der sogleich die geschützte Marke bucht. Zumindest bestünden in diesem Fall erhebliche Beweisschwierigkeiten für den Markeninhaber, sofern sich der AdWords-Kunde immer auf die Option des Broad Matching zurückziehen würde. Theoretisch wären dem Einwand Tür und Tor geöffnet, eine Werbeanzeige beruhe durchweg auf dem Broad Matching. Seiner sekundären Darlegungslast kommt der Werbetreibende in diesem Fall jedenfalls durch die Angabe des (angeblich) gebuchten (und insoweit zulässigen) Keywords nach. Der Markeninhaber wird in den seltensten Fällen das Gegenteil beweisen können,⁶⁴³ wodurch letztlich die Gefahr von Schutzbehauptungen und einer Flucht in die Option „weitgehend passende Keywords“⁶⁴⁴ droht.

⁶⁴⁰ Ebenso *Sosnitza*, *MarkenR* 2009, 35, 38. Ob die Marke in das Keyword-Feld eingegeben wird oder ein anderer Begriff, der nach dem Betätigen eines Buttons letztlich zum gleichen Ergebnis führt, lässt auf den ersten Blick keinen Grund für ein unterschiedliches Ergebnis erkennen, so auch *Schubert/Ott*, *MarkenR* 2009, 346.

⁶⁴¹ *Steinberg*, *MarkenR* 2009, 185, 188.

⁶⁴² Es ist zu beachten, dass sich Keywords sowohl im Wege der Option „schnelles Hinzufügen“ einfach durch den Kunden im Textfeld eingeben oder mithilfe des „Keyword-Tools“ genauer recherchieren und erweitern lassen.

⁶⁴³ *Schubert/Ott*, *MarkenR* 2009, 338, 346.

⁶⁴⁴ *Schubert/Ott*, *MarkenR* 2009, 338, 346.

Das OLG Stuttgart⁶⁴⁵ hat hierzu noch ausgeführt, dass der Werbekunde mittels „negativer Keywords“ sicherstellen könnte, dass das konkrete Markenwort nicht die Anzeige auslöst. Dieser Ansatz in der Berufungsinstanz im „pcb-Verfahren“ vermag gleichwohl nicht zu überzeugen, da der Werbekunde möglicherweise Einfluss darauf nehmen kann, bei welchen Suchbegriffen des Nutzers seine Werbung geschaltet wird. Es kann aber nicht verlangt werden, vorab sämtliche Marken zu recherchieren, die mit dem geplanten Keyword oder der geschützten Bezeichnung in Konflikt treten könnten.

2.2.3 Fazit

Die pcb-Entscheidung war im Ergebnis richtig und ein klares Signal zugunsten der Werbefreiheit. Nach Ansicht des Verfassers könnten die Ausführungen in den Entscheidungsgründen allerdings dazu führen, dass sich auch in Zukunft Gerichte mit der Frage zu beschäftigen haben werden, wie der durchschnittliche Verkehrsteilnehmer Werbeanzeigen, Suchtreffer und die Funktionen der Suchmaschine an sich wahrnehmen wird. Der BGH hat zumindest insoweit klar Stellung bezogen, wonach die Gefahr einer Verwechslungsgefahr dann ausscheidet, wenn die Marke nicht im Anzeigentext selbst erscheint. Ob sich im Übrigen etwas an dem Merkmal der „Lebenserfahrung“ ändern und der Internetnutzer sich mit den unterschiedlichen Funktionen des Internets vertraut machen wird, bleibt in diesem Bereich aber abzuwarten.

Daneben erscheint es wohl auch konsequent, einen Anspruch gegen den Werbekunden im Hinblick auf die Wahl der Option („weitgehend passende Keywords“) zu verneinen. Entscheidend bleibt nach Ansicht des Verfassers der Entschluss des Kunden, einen beschreibenden und damit markenrechtlich zulässigen Begriff zu buchen. Auf das konkrete Ergebnis infolge der Wahl der „weitgehend passenden Keywords“ hat der Kunde hingegen keinen Einfluss. Dies ist eine „technische Funktion“ von Google und stellt sich in haftungsrechtlicher Hinsicht auch nur aufseiten des Suchmaschinenbetreibers. Das bloße „Ausnutzen“ dieser technischen Funktion kann jedoch nicht zu einer Verantwortlichkeit des Werbekunden führen. Dies würde tatsächlich ein ausuferndes Haftungsrisiko bedeuten, das seinen Ursprung in einer – markenrechtlich – zulässigen Handlung des Werbenden hat.

Hiervon zu trennen ist die Frage nach dem Beitrag von Google selbst, indem das Unternehmen seinen Kunden diese Option anbietet. Es wird noch zu diskutieren sein, ob man sich auch

⁶⁴⁵ OLG Stuttgart, Urt. v. 09.09.2007, Az. 2 U 23/07, MMR 2007, 649, 652; vgl. auch *Engels*, MarkenR 2009, 289, 296.

bei der Frage nach der Haftung bzw. Verantwortlichkeit von Google im Bereich der AdWords auf das Argument zurückziehen kann, eine Verantwortlichkeit scheide da aus, wo andernfalls das Geschäftsmodell – hier das von AdWords – gefährdet wäre.

2.3 Das „Beta Layout“-Verfahren

Bei dem Verfahren „Beta Layout“⁶⁴⁶ des BGH ging es hingegen nicht um die Buchung einer geschützten Marke, sondern um die Buchung einer Geschäftsbezeichnung⁶⁴⁷ (Unternehmensbezeichnung) als Keyword. Die Beklagte⁶⁴⁸ in diesem Verfahren trägt die Firmierung „Beta Layout GmbH“. Die Klägerin meldete den Begriff „Beta Layout“ bei Google als Keyword an, woraus resultierte, dass bei Eingabe dieses Begriffs in der Suchmaske von Google rechts neben der Trefferliste unter der Rubrik „Anzeigen“ eine Werbeanzeige der Klägerin eingeblendet wurde. In der Anzeige selbst kam das Unternehmenskennzeichen nicht vor. Die Beklagte mahnte die Klägerin daraufhin u. a. wegen der Verletzung ihres Unternehmenskennzeichens bzw. ihrer Geschäftsbezeichnung ab, woraufhin die Klägerin auf Feststellung klagte, dass der Beklagten kein Unterlassungsanspruch zusteht.

Im Gegensatz zu dem „pcb-Verfahren“ schloss sich der BGH hier den Auffassungen der Vorinstanzen⁶⁴⁹ an und gab der Klägerin Recht. In diesem Verfahren konnte jedoch dahingestellt bleiben, ob eine kennzeichenmäßige Benutzung der Unternehmensbezeichnung vorlag, da es jedenfalls an der erforderlichen Verwechslungsgefahr fehlte. Bereits das Berufungsgericht hatte festgestellt, dass die Nutzer der Suchmaschine aufgrund der grafischen Darstellung, der Abgrenzung sowie der Kennzeichnung als Werbeanzeige zwischen den Treffern in der Liste der Suchergebnisse und den bezahlten Anzeigen unterscheiden können. Zumindest für den Fall, dass das Suchwort nicht in der Anzeige erscheint, gehe der Nutzer nicht davon aus, die Anzeige stamme von dem Unternehmen, dessen Kennzeichen als Suchwort vom Internetnutzer eingegeben wurde.

⁶⁴⁶ BGH, Urt. v. 22.01.2009, Az. I ZR 30/07, GRUR 2009, 500 ff. = MarkenR 2009, 210 ff. – *Beta Layout*.

⁶⁴⁷ Vgl. insoweit § 9 UWG. § 9 UWG tritt als kennzeichenrechtliche Norm ergänzend neben die Vorschriften des Namens-, Firmen- und Markenrechts. Vgl. zum deutschen Recht der geschäftlichen Bezeichnung (§ 5 MarkenG, *Hacker*, in: Ströbele/Hacker, §§ 5 Rn. 1 ff., 15 Rn. 14; *Ohly*, GRUR 2009, 712; BGH, Urt. v. 16.12.2004, Az. I ZR 177/02, GRUR 2005, 419, 421 – *Räucherkatze*.

⁶⁴⁸ Die Parteibezeichnung ergibt sich daraus, dass die Werbekundin – hier die Klägerin – eine sog. negative Feststellungsklage gegen die Inhaberin der Geschäftsbezeichnung erhob.

⁶⁴⁹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 23.01.2007, Az. I-20 U 79/06, WRP 2007, 440, 441; LG Düsseldorf, Urt. v. 07.04.2006, Az. 34 O 179/05, CR 2007, 256 ff.

Der BGH⁶⁵⁰ bestätigte die Darstellung in den vorangegangenen Verfahren, wonach durch den Hinweis „Anzeigen“ auch dem unerfahrenen Internetnutzer deutlich gemacht wird, dass es sich bei den in dieser Rubrik aufgeführten Anbietern um Anzeigenkunden des Betreibers der Internetsuchmaschine handelt. Deren Werbung ist grafisch deutlich abgegrenzt von der Liste der Suchergebnisse. Der durchschnittlich aufmerksame Internetnutzer, der im Internet den Auftritt eines bestimmten Unternehmens sucht und zu diesem Zweck dessen Unternehmenskennzeichen eingibt, wird jedenfalls dann, wenn das Angebot eines anderen Anbieters nicht in der Trefferliste, sondern unter der Rubrik „Anzeigen“ erscheint, auf die als Link ausgewiesene Internetadresse achten. Zuvor hatte noch das OLG Braunschweig⁶⁵¹ die Ansicht vertreten, dass das Keyword Advertising bei Internetnutzern regelmäßig zu der Gefahr von Verwechslungen führt, und verwies hierbei auf die Parallelen zu den Metatag-Verfahren.

Völlig zu Recht hat sich der BGH in seiner Entscheidung auch dahin gehend geäußert, wonach die Unterschiede zwischen der Funktionsweise und dem Zweck von Metatags und Keywords eine entsprechende Gleichbehandlung ausschließen.⁶⁵² Anders als beim Metatagging kann der Nutzer das Suchergebnis jedenfalls dann einfach von der durch Keywords ausgelösten Werbung unterscheiden, wenn die Werbung in gesonderten Feldern über oder neben dem Suchergebnis angezeigt und durch das Wort „Anzeige“ gekennzeichnet ist. Für den durchschnittlich informierten, objektiven Internetnutzer ist es klar, dass keine zwingende geschäftliche Beziehung zwischen dem Kennzeicheninhaber und dem Werbenden besteht. Er wird auch nicht davon ausgehen, dass die Anzeige zwingend von einem Unternehmen stammt, dessen Kennzeichen als Suchwort eingegeben wurde.⁶⁵³

Relativ knapp, aber im Ergebnis ebenfalls völlig zu Recht lehnte der BGH in diesem Fall auch wettbewerbsrechtliche Ansprüche gegen den Werbekunden von Google ab. Der Anspruch

⁶⁵⁰ BGH, Urt. v. 22.01.2009, Az. I ZR 30/07, GRUR 2009, 500, 501 = MarkenR 2009, 210, 211 – *Beta Layout*. Da in diesem Verfahren die Verletzung eines Unternehmenskennzeichenrechts und nicht eines Markenrechts in Rede stand, konnte eine Vorlage an den EuGH gemäß Art. 234 EG unterbleiben. Die Regelungen über mögliche Verletzungen von Unternehmensbezeichnungen sind nicht durch das Gemeinschaftsrecht vorgegeben. Daher konnte der BGH letztlich selbst entscheiden.

⁶⁵¹ OLG Braunschweig, Urt. v. 05.12.2006, Az. 2 W 23/06, MMR 2007, 110, 111, mit Anm. *Terhaag* mit Verweis auf BGH, Urt. v. 18.05.2006, Az. I ZR 183/03, MMR 2006, 812 ff. = WRP 2006, 1513 ff. – *Impuls* und BGH, Urt. v. 08.02.2007, Az. I ZR 77/04, GRUR 2007, 784, 785 – *AIDOL*.

⁶⁵² Das OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.01.2007, Az. I-20 U 79/06, WRP 2007, 440, 441, hatte dies noch anders angedeutet.

⁶⁵³ Noch deutlicher formulierte dies jüngst das KG Berlin, Urt. v. 26.09.2008, Az. 5 U 186/07, MMR 2009, 47, 48, indem es ausführte, dass „*dem Durchschnittsinternetbenutzer [...] aus der Nutzung von Suchmaschinen und – jedenfalls vereinzelt – probenhalber erfolgten Klicks auf die aufleuchtende Werbung bekannt ist, dass ein unternehmensmäßiger Zusammenhang nicht gegeben ist, wenn nicht die Werbung auch das gesuchte Unternehmenskennzeichen enthält*“.

scheitere hier bereits an einer zu fordernden Rufausbeutung von Güte- und Wertvorstellungen. Es fehle der sog. Imagetransfer⁶⁵⁴ von dem in die Suchmaske eingegebenen geschützten Markenbegriff zum Angebot des Werbekunden. Die rechtswidrige Rufausbeutung setzt voraus, dass der Wettbewerber die Qualität seiner Waren oder Dienstleistungen mit den Konkurrenzzeugnissen ohne rechtfertigenden Grund in eine Beziehung setzt, um gezielt den guten Ruf der Waren und Dienstleistungen des Mitbewerbers als sog. Vorspann⁶⁵⁵ für eigene wirtschaftliche Zwecke auszunutzen. Hierfür müssten die mit dem Originalprodukt verbundenen Qualitätserwartungen und Gütevorstellungen auf eine Nachahmung übertragen werden, wobei hier bereits zweifelhaft ist, ob von einer Nachahmung durch den Werbekunden bei Buchung der Keywords überhaupt zu sprechen ist.⁶⁵⁶ Zumindest wird der Internetnutzer aufgrund der räumlichen Trennung zwischen Anzeige und Suchergebnissen die wirtschaftliche, rechtliche und damit auch qualitative Unabhängigkeit der in der Anzeige beworbenen Produkte und Dienstleistungen von den Produkten erkennen, die der Nutzer nach der Suche mit dem Markennamen in den Suchergebnissen findet. Der Nutzer wird folglich keine Verbindung zwischen der Werbung und dem eingegebenen Suchwort dergestalt herstellen, dass er – unterstellte – Qualitätsvorstellungen⁶⁵⁷ von dem in den Suchergebnissen gefundenen Unternehmen auf das werbende Unternehmen in den AdWords-Anzeigen überträgt.

Eine unlautere Behinderung unter dem Gesichtspunkt des Kundenfangs erfordert zudem, dass sich der Abfangende und damit der AdWords-Kunde zwischen den Mitbewerber und dessen Abnehmer stellt, um diesem eine Änderung seines Entschlusses, mit dem Mitbewerber einen Vertrag zu schließen, aufzudrängen.⁶⁵⁸ Allein das Abfangen von Kunden zählt jedoch zum Wesen des Wettbewerbs und ist ohne weiter hinzutretende Umstände nicht rechtswidrig. Das gezielte Abwerben wird erst dann unlauter, wenn besondere Umstände hinzutreten, nämlich zum einen der Einbruch in ein bestehendes Näheverhältnis und zum anderen das Verhindern eines sachlichen Leistungsvergleichs. Ein potenzieller Kunde soll damit nicht zu einem möglichen Vertragsschluss gedrängt werden, ohne dass er sich zuvor einen ruhigen Überblick von den in Betracht kommenden Möglichkeiten verschaffen konnte.

⁶⁵⁴ Siehe hierzu auch *Wiebe/Kodek*, Kommentar zum UWG, § 1 Rn. 613. Für die Möglichkeit eines Imagetransfers *Schönherr*, ÖBl 1999, 267, 268.

⁶⁵⁵ Grundlegend, BGH, Urt. v. 09.12.1982, Az. I ZR 133/80, GRUR 1983, 247, 248 – *Rolls-Royce*.

⁶⁵⁶ OLG Köln, Urt. v. 31.08.2007, Az. 6 U 48/07, MMR 2008, 50 ff.; ebenso bereits *Schultz/Störing*, WRP 2008, 741, 748.

⁶⁵⁷ Ebenso *Fuchs*, wbl 2007, 414, 422.

⁶⁵⁸ BGH, Urt. v. 15.05.2001, Az. I ZR 216/99, CR 2001, 777 ff. – *Mitwohnzentrale*; *Schubert/Ott*, MarkenR 2009, 338, 344; *Schultz/Störing*, WRP, 2008, 741, 747; *Wiltschek/Majchrzak*, WRP 2009, 875, 879; so wohl auch *Dichlberger*, ecolex 2008, 1034, 1035.

Hiervon ist beim Keyword Advertising richtigerweise nicht auszugehen. Dem objektiven Nutzer begegnet heutzutage in einer Vielzahl von alltäglichen Situationen Werbung. Ihm ist auch bewusst, dass sich eine Suchmaschine wie Google mit Werbung finanziert. Keyword Advertising verfälscht somit nicht die freie Entscheidungsmöglichkeit des Nutzers, sondern trägt zur Gegenüberstellung von Produkten und damit zu einer gesteigerten Markttransparenz bei.⁶⁵⁹

2.3.1 Anzeige der Marke in der Werbung

Dem amtlichen Leitsatz⁶⁶⁰ der Beta-Layout-Entscheidung ist zu entnehmen, dass es für den BGH bzgl. bei seiner Beurteilung entscheidend⁶⁶¹ darauf ankommt, ob das gebuchte Keyword in der Anzeige erscheint. Hierbei ist zu differenzieren, denn das geschützte Markenwort kann nur unter zwei Voraussetzungen in der Werbeanzeige erscheinen. Entweder der Werbekunde hat die Anzeige von vornherein mit dem Markenwort gestaltet, oder er benutzt die Funktion „Keyword Insertion“⁶⁶².

Sofern das geschützte Markenwort nunmehr selbst im Anzeigentext erscheint – sei es, weil der Kunde das Markenwort einfügen lässt („Keyword Insertion“) oder weil er die Anzeige mit der Marke gestaltet hat –, liegt die Annahme nahe, dass der Werbekunde versucht, hierdurch die Lotsenfunktion⁶⁶³ der Marke bewusst auszunutzen. Hat der Kunde seine suchwortabhängige Werbeanzeige von vornherein mit der geschützten Kennzeichnung gebildet, dann erscheint das Markenwort immer im Anzeigentext. Hierdurch bezweckt der Werbekunde, mithilfe der fremden Marke auf sein eigenes Angebot aufmerksam zu machen. Die vom Kennzeicheninhaber aufgebaute Kraft seines Kennzeichens macht er sich also bewusst zunutze, um mit dieser Lotsenfunktion auf seine Angebote hinzuweisen. Der mit dem Markennamen ver-

⁶⁵⁹ Wukoschitz, RdW 2009, 69, 71; a. A. Jaeschke, CR 2008, 375, 379.

⁶⁶⁰ Der amtliche Leitsatz lautet: „Wird ein mit einem fremden Unternehmenskennzeichen übereinstimmender Begriff bei einer Internetsuchmaschine als sog. Schlüsselwort (Keyword) angemeldet, so kann eine Verwechslungsgefahr zwischen dem Schlüsselwort und dem geschützten Kennzeichen zu verneinen sein, wenn bei Eingabe des durch einen Internetnutzer auf der Trefferliste unter einer Rubrik mit der Überschrift „Anzeigen“ eine Werbeanzeige des Anmelders des Schlüsselworts eingeblendet wird, in der das geschützte Zeichen selbst nicht verwendet wird“.

⁶⁶¹ Der OGH spricht im „Wein & Co.“-Fall von „Offenkundigkeit“.

⁶⁶² Die Funktion ermöglicht die dynamische Aktualisierung des Anzeigentextes und ausgewählten Keywords; vgl. auch Büchele, ÖBl 2009, 87, 93 (Fn 7).

⁶⁶³ In den USA spricht man hierbei von „initial interest confusion“.

bundene Informationsgehalt soll damit auf das eigene Produkt des Werbenden übertragen werden.⁶⁶⁴

Entscheidend bleibt letztlich aber auch hier, wie sich die Werbeanzeige dem Betrachter darstellt, d. h., ob hierdurch der Eindruck erweckt wird, dass eine irgendwie geartete geschäftliche Verbindung zwischen den betreffenden Waren und Dienstleistungen und dem Markeninhaber besteht. Dies wird indes bei Erscheinen der geschützten Bezeichnung in der Anzeige wohl regelmäßig der Fall sein, da der Nutzer bei Eingabe der geschützten Bezeichnung die dann auftauchende Werbeanzeige konkret mit der Suchanfrage und als Suchergebnis zum gesuchten Begriff verstehen wird. Daher wird er in der mit diesem Begriff überschriebenen oder verwendeten AdWords-Anzeige „fälschlicherweise“ ein Angebot des Werbekunden erblicken⁶⁶⁵ der zumindest eine wirtschaftliche Verbindung zum Inhaber des geschützten Zeichens.

Gleiches gilt auch für den Fall der Verwendung von „Keyword Insertion“⁶⁶⁶. Denn auch in diesem Fall muss der Kunde das geschützte Zeichen als Keyword gebucht haben. Andernfalls würde das geschützte Zeichen nicht automatisch in die Anzeige eingesetzt. Der AdWords-Kunde weiß aber um das Risiko der Generierung eines Markenwortes in die Anzeige und nimmt es bei der Verwendung von Keyword-Platzhaltern gerade bewusst in Kauf. Erscheint damit die geschützte Marke nach einer entsprechenden Suchanfrage in der Werbeanzeige des Kunden selbst, dann kann regelmäßig von der Verwendung des geschützten Zeichens als „unsichtbares“ Keyword bei Platzhaltern wie auch als „sichtbarer“ Anzeigentext (eingefügt oder direkt) ausgegangen werden. Denn das geschützte Zeichen wird bei „Keyword Insertion“ eben nur dann in der Werbeanzeige des AdWords-Kunden geschaltet, wenn es auch entsprechend als Keyword eingebucht worden ist. Hingegen ist es unerheblich, welches Keyword ein Kunde benutzt, wenn er seinen Anzeigentext im Vorfeld mit dem Markenwort gestaltet hat.⁶⁶⁷

2.3.2 Zwischenergebnis

Es bleibt damit als Zwischenergebnis festzuhalten, dass die Buchung von beschreibenden Zeichen und Gattungsbegriffen als Keywords stets zulässig ist. In der deutschen Rechtsprechung (pcb) spielt es hierbei auch keine Rolle, dass die Buchung eines beschreibenden

⁶⁶⁴ Vgl. auch *Engels*, MarkenR 2009, 289, 294.

⁶⁶⁵ So auch *Steinberg*, MarkenR 2009, 185, 189.

⁶⁶⁶ Siehe Erläuterung bei Google, abrufbar unter:
<http://adwords.google.com/support/aw/bin/answer.py?hl=en&answer=74996>.

⁶⁶⁷ *Engels*, MarkenR 2009, 289, 294.

Begriffs dazu führen kann, dass die Anzeige auch bei Eingabe einer Marke durch den Suchmaschinennutzer erscheint. Der Umstand, dass der Werbende die Option „weitgehend passende Keywords“ verwendet, ändert hieran nichts.

Die Buchung von Unternehmensbezeichnungen (Beta Layout) ist in Deutschland ebenfalls zulässig. Aufgrund der klaren Trennung von Suchergebnissen und Werbeanzeigen scheidet die Gefahr einer Verwechslung aus. Sofern die entsprechende Werbung grafisch deutlich von der Liste der Suchergebnisse abgegrenzt ist, ist richtigerweise davon auszugehen, dass der Internetnutzer nicht annimmt, die Werbeanzeige stamme von dem Unternehmen, dessen Kennzeichen als Suchwort eingegeben worden ist. Der Werbekunde hat jedoch darauf zu achten, dass das geschützte Zeichen nicht in der Anzeige selbst erscheint.

3. **Rechtsprechung in Österreich**

In Österreich hatte sich der OGH⁶⁶⁸ bereits vor längerer Zeit mit der Frage nach der Haftung der Suchmaschine Google im Bereich des Keyword Advertising befasst. In diesem Verfahren musste sich der OGH jedoch zu der grundlegenden Zulässigkeit des Keyword Advertising nicht äußern, da die Haftung von Google mangels vorwerfbarer Pflichtverletzung bereits verneint wurde.⁶⁶⁹

In der Entscheidung *Wein & Co.*⁶⁷⁰ hatte der OGH gleich zwei unterschiedlich positionierte⁶⁷¹ Werbeanzeigen zu beurteilen. Die damalige Klägerin ist Inhaberin der Wortbildmarke „Wein & Co.“ und betreibt unter der gleichnamigen Bezeichnung ein Filialnetz zum Vertrieb von Qualitätsweinen sowie einen Onlineshop. Die beklagte Partei hatte u. a.⁶⁷² die Begriffe „Wein“ „Rotwein“ und „Wein & Co.“ gebucht und damit erreicht, dass bei Eingabe des Suchbegriffs „Wein & Co.“ die Werbeanzeige der Beklagten unter der Überschrift „Wein & Co.“ unmittelbar über der Trefferliste (Top-Ad) angezeigt wurde.

⁶⁶⁸ OGH, 19.12.2005, 4 Ob 194/05s, 4 Ob 195/05p, ecolex 2006, 228 ff. – *Gluchochondrin*.

⁶⁶⁹ Der OGH vertrat hier die Ansicht, dass der Suchmaschinenbetreiber ebenso wie andere Diensteanbietern nur für Rechtsverletzungen haftet, die auch für einen juristischen Laien ohne weitere Nachforschungen offenkundig sind. Der OGH stellt klar, dass eine solche offenkundige Rechtsverletzung im gegenständlichen Fall – jedenfalls bevor die klagende Partei Google auf ihr Markenrecht hingewiesen hat – nicht vorliegt, und zwar weder hinsichtlich einer Markenverletzung noch hinsichtlich eines Wettbewerbsverstosses, da die Werbeanzeigen nicht so aufdringlich gestaltet sind, dass sie von der Trefferliste ablenken bzw. diese verdrängen.

⁶⁷⁰ OGH, 20.03.2007, 17 Ob 1/07g, ÖBl. 2007, 39 ff. – *Wein & Co.*

⁶⁷¹ Die Beklagte verwendete einmal das geschützte Zeichen der Klägerin als Keyword und gleichzeitig auch in der Überschrift der Anzeige (Anzeige vom 03.10.2005). Jene Anzeige befand sich im Anzeigenblock oberhalb der Trefferliste. Die zweite Anzeige (Anzeige vom 19.10.2005) befand sich im Anzeigenblock rechts neben der Trefferliste und enthielt die fremde Marke nicht im Anzeigentext; siehe auch *Noha*, ecolex 2007, 616 ff.

⁶⁷² In diesem Verfahren ging es um insgesamt 815 Keywords.

Der OGH bewertete die Anzeige, die sich oberhalb der Trefferliste befand, aufgrund der Gefahr von Verwechslungen als eine Markenverletzung. Die Frage hinsichtlich der zweiten Anzeige neben der Trefferliste ließ der OGH explizit offen. Nach Ansicht des Gerichts war die Gefahr einer Verwechslung im erstgenannten Fall „offenkundig“, da die Anzeige mit der Marke überschrieben war und dadurch der Eindruck einer wirtschaftlichen Nähe zwischen dem Markeninhaber und dem Mitbewerber erweckt wurde.⁶⁷³ Dies begründete der OGH auch damit, dass die Anzeige des Werbekunden in der Trefferliste noch vor dem Suchergebnis der Markeninhaberin angezeigt und somit für den Betrachter der Eindruck erweckt werde, dass zwischen den Parteien eine wirtschaftliche oder organisatorische Beziehung bestehe.

Nachdem der OGH sich somit in diesem Verfahren gegen die Werbung mithilfe von AdWords – zumindest – unter sichtbarer Verwendung kennzeichenrechtlich geschützter Begriffe aussprach, blieb die Frage nach der Zulässigkeit von AdWords-Anzeigen, die deutlich als Anzeigen gekennzeichnet und rechts neben der Trefferliste dargestellt werden (Side-Ads) und keine kennzeichenrechtlich geschützten Begriffe im Text enthalten (Adv-), ausdrücklich offen. Diese Frage war anschließend Gegenstand des Verfahrens, das der OGH⁶⁷⁴ dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt hat.

VI. Vorabentscheidungsersuchen zum Keyword Advertising

Dem EuGH wurde in der Vergangenheit vermehrt vorgeworfen,⁶⁷⁵ keine Rechtssicherheit und Klarheit in Bezug auf den Begriff der rechtsverletzenden Benutzung zu schaffen und damit eine praktikable Anwendung auf den Einzelfall zu ermöglichen. Hieraus resultieren auch die Vorabentscheidungsersuchen aus mehreren Ländern der Europäischen Union zu Fragen des Keyword Advertising. Im Wesentlichen geht es hier um die Auslegung des Benutzungsbegriffs i. S. d. Art. 5 der MarkenRL.

Den EuGH haben zwischenzeitlich mehrere Fragen von nationalen Gerichten zur markenrechtlichen Beurteilung des Keyword Advertising erreicht. Neben den nachfolgend beschriebenen Vorabentscheidungsersuchen aus Österreich, Frankreich und Deutschland wandten sich

⁶⁷³ Zur berechtigten Kritik an dieser Differenzierung siehe *Noha*, *ecolex* 2007, 616, ff.; *Fuchs*, *wbl* 2007, 414, 418. Der EuGH hat zwischenzeitlich klargestellt, dass Werbeanzeigen sowohl oberhalb als auch neben den natürlichen Suchergebnissen keinen Teil der eigentlichen Suchergebnisse darstellen.

⁶⁷⁴ OGH, 20.05.2008, 17 Ob 3/08b, *ecolex* 2008, 348 ff. = GRUR Int. 2009, 446 ff. – *Bergspechte*.

⁶⁷⁵ Vgl. hierzu auch *Knaak*, GRUR Int., 2009, 551, 552.

auch der Hoge Raad der Niederlande⁶⁷⁶ und der britische High Court of Justice (Chancery Division)⁶⁷⁷ an den EuGH. Die wesentlichen Merkmale der Vorabentscheidungsersuchen im Zusammenhang mit Fragen zum Keyword Advertising sollen nachfolgend veranschaulicht werden.

1. Cour de Cassation vom 20.05.2008 – Google

Die französische Cour de Cassation hat am 20.05.2008 insgesamt drei Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gemäß Art. 234 EG-Vertrag mit Vorlagefragen zum Keyword Advertising gerichtet. In den Vorlageverfahren Google/Louis Vuitton⁶⁷⁸, Google/Viaticum⁶⁷⁹ und Eurochallenges⁶⁸⁰ geht es um Verfahren gegen Google, in denen der Suchmaschinenanbieter wegen Verletzung von Markenrechten durch die Vergabe von identischen oder ähnlichen Keywords an Werbekunden verklagt worden ist.

1.1 Google/Louis Vuitton

Die Firma Louis Vuitton Malletier ist u. a. Inhaberin mehrerer nationaler Marken sowie von Gemeinschaftsmarken, denen allen ein gewisser Bekanntheitsgrad zugeschrieben werden kann. In dem französischen Verfahren vor dem Court de Cassation wurde festgestellt, dass bei Eingabe der Marken Werbeanzeigen für Websites angezeigt wurden, in denen die Anbieter Nachahmungen der Produkte von Louis Vuitton bereithielten. Darüber hinaus wurde im Vorfeld durch die französischen Gerichte festgestellt, dass Google den Anzeigenkunden die Möglichkeit geboten hat, nicht nur Louis–Vuitton-Marken als Keywords auszuwählen, sondern auch Kombinationsmöglichkeiten von Begriffen wie „Fälschung“, „Nachbildung und Kopie“⁶⁸¹. Die Markeninhaberin machte nunmehr geltend, Google unterstütze die Werbekunden darin, mithilfe der geschützten Marken gefälschte Produkte anzubieten und zu vertreiben, indem es die Auswahl und Kombinationsmöglichkeiten bei AdWords zulasse. Im Kern ging

⁶⁷⁶ Hoge Raad der Nederlanden (Niederlande), eingereicht am 17.12.2008 – *Portakabin Limited und Portakabin B.V./Primakabin B.V.*, ABl. C 055 vom 07.03.2009, S. 10, C-558/08.

⁶⁷⁷ High Court of Justice, Chancery Division, *Interflora, Inc. v. Mark and Spencer PLC*, (2009) EWHC 1095 (Ch), Case No: HC08C03440, C-323/09 geführt.

⁶⁷⁸ Rechtssache C-236/08: Vorabentscheidungsersuchen der Cour de Cassation, eingereicht am 03.06.2008 – Google France, Google Inc./Louis Vuitton Malletier, ABl. C 209 vom 15.08.2008, S. 26.

⁶⁷⁹ Rechtssache C-237/08: Vorabentscheidungsersuchen der Cour de Cassation, eingereicht am 03.06.2008 – Google France./Viaticum, Luteciel, ABl. C 209 vom 15.08.2008, S. 27.

⁶⁸⁰ Rechtssache C-238/08: Vorabentscheidungsersuchen der Cour de Cassation, eingereicht am 03.06.2008 – Google France./CNRRH, Pierre-Alexis Thonet, Bruno Raboin, Tiger, Franchisenehmer von UNICIS, ABl. C 209 vom 15.08.2008, S. 27-28.

⁶⁸¹ Der Keyword Generator von Google schlug die Begriffe „Louis Vuitton replicas“, „Fake Louis Vuitton bags“ und „Louis Vuitton copies“ vor.

es daher um die Frage, ob Google in markenrechtlicher Hinsicht verantwortlich gemacht werden könne.

Das Ausgangsgericht⁶⁸² bejahte eine Markenverletzung und wertete das „Verhalten“ von Google als unlauter.⁶⁸³ Nach Ansicht des Gerichts verletzte Google das Markenrecht der Klägerin dadurch, dass Google mithilfe seines Keyword-Generators Begriffe vorschlug, die den geschützten Marken entsprachen und dem Werbekunden diese für Waren anbot, für die auch die Marken von Louis Vuitton geschützt waren.⁶⁸⁴ Da die Werbeanzeigen neben den Suchergebnissen der Internetseite von Louis Vuitton erscheinen, werde für den Verkehr eine gedankliche Verbindung dahin gehend verursacht, zwischen den Werbekunden auf der einen und den Markeninhabern auf der anderen Seite bestehe (zumindest) eine geschäftliche Verbindung. Dies führe nach Auffassung des Gerichts zur Verwechslungsgefahr, wobei es unerheblich sei, dass Google selbst die Zeichen der Markeninhaberin nicht benutzt. Entscheidend und auch ausreichend sei vielmehr, dass Google keine passive Rolle⁶⁸⁵ eingenommen habe, da Google einen Dritten zumindest veranlasst habe, dieses Zeichen zu benutzen.

Interessant war in diesem Verfahren zudem, dass das Gericht in seinen Entscheidungsgründen nicht zwischen dem eigentlichen Suchmaschinenbetrieb – das heißt Google als Suchmaschinenbetreiber und Google als Werbedienstleister – unterschieden hat.⁶⁸⁶ Da Google mithilfe des AdWords-Programms Einnahmen erzielt, profitiere das Unternehmen – zumindest mittelbar – von den Leistungen der Markeninhaberin. Google sei folglich kein reiner Informationsmittler mehr und könne daher auch die Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung nicht nach den nationalen Bestimmungen in Anspruch nehmen. Der Auffassung der Ausgangsgericht schloss sich auch der nachfolgende Cour d’appel von Paris⁶⁸⁷ an.

⁶⁸² TGI Paris, 04.02.2005, RLDI 3/2005 Nr. 88, 22.

⁶⁸³ Nach Ansicht des erstinstanzlichen Gerichts ist das Verhalten von Google deswegen unlauter, weil das Keyword gleichzeitig Bestandteil der Domain „vuitton.com“ sowie einer geschäftlichen Bezeichnung ist. Insofern käme es nicht darauf an, dass Google mit dem Markeninhaber Louis Vuitton im Wettbewerb steht. Entscheidend sei, dass der Hauptbestandteil der geschäftlichen Bezeichnung übernommen worden ist und damit auch zur Folge hatte, dass die Werbeanzeige des Kunden ganz vorne auf der Liste erschien.

⁶⁸⁴ Google wurde in diesem Verfahren zu einem Schadenersatz in Höhe von 200.000,00 EUR verurteilt.

⁶⁸⁵ Dieser Aspekt der geforderten „Passivität“ der Suchmaschine wurde in der anschließenden Entscheidung des EuGH bei der Frage nach einer möglichen Privilegierung der Suchmaschine angesprochen (hier: „Neutralität“), siehe hierzu unten D.VIII. 3.

⁶⁸⁶ Vgl. *Well-Szőnyi*, GRUR Int. 2009, 557, 559.

⁶⁸⁷ Cour d’appel de Paris v. 28.06.2006, RLDI 2006/18 Nr. 529.

1.2 Google/Viaticum

In dem Verfahren gegen Google vor dem französischen Gericht in Nanterre⁶⁸⁸ ging es um Klagen der Firmen Luteciel und Viaticum, den Betreibern von Reisebüros. Auch hier wurde Google wegen der Verwendung von geschützten Marken dieser beiden Unternehmen als Schlüsselwörter verklagt.

Sowohl das Ausgangsgericht als auch die nächsthöhere Instanz stellten hierbei fest, dass Google bei Eingabe der Marken von Viaticum und Luteciel AdWords-Anzeigen geschaltet hatte, die identische oder ähnliche Produkte anboten. Auch hier konnten die Marken als Keyword gebucht werden. Im Gegensatz zum Google/Vuitton-Fall handelte es sich jedoch bei den Produkten, die auf der Website der Werbekunden vertrieben wurden, nicht um gefälschte Waren, sondern um Konkurrenzprodukte. Nach Ansicht der beiden Gerichte verletze Google die Markenrechte der Kläger, da den Mitbewerbern mit der Buchung der geschützten Marken als Keywords die Möglichkeit eingeräumt wird, ohne Zustimmung der Markeninhaber eigene Waren und Dienstleistungen anzubieten. Die Cour d'appel Versailles⁶⁸⁹ betonte hierbei, dass Google vorsorglich hätte prüfen müssen, ob die Verwendung der Keywords Markenrechte Dritter verletzt. Google sei für das Werbesystem und die hierbei vorgeschlagenen Begriffe verantwortlich und hafte dementsprechend als Mitstörer.

1.3 Eurochallenges

Gegenstand dieses Verfahrens vor dem Gericht in Nanterre⁶⁹⁰ war die Klage eines Unternehmers gegen Google sowie eines Mitbewerbers auf Grundlage einer nationalen Marke „Eurochallenges“. Auch hier erschienen bei Eingabe der Marke in die Suchmaschine Google die Anzeigen von zwei Konkurrenten.

Sowohl das Ausgangsgericht als auch die Cour d'appel Versailles⁶⁹¹ sahen in der Verwendung einer Marke als Keyword eine kennzeichenmäßige relevante Benutzung zu dem Zweck, die Trefferhäufigkeit des eigenen Internetauftritts zu erhöhen und mithilfe der Marke das Auswahlverfahren des Nutzers zu beeinflussen, indem dieser auf das Angebot des AdWords-Kunden aufmerksam gemacht werde.⁶⁹² Ebenso wie im Google/Vuitton-Verfahren wiesen die Gerichte auch hier auf die vermeintlich aktive Rolle von Google bei der Markenverletzung

⁶⁸⁸ TGI Nanterre, v. 13.10.2003, Sté Viaticum et Sté Luteciel c/Sté Google France.

⁶⁸⁹ Siehe Darstellung bei Well-Szönyi, GRUR Int. 2009, 557, 558.

⁶⁹⁰ TGI Nanterre, v. 14.12.2004.

⁶⁹¹ Cour d'appel Versailles, v. 23.03.2006.

⁶⁹² Well-Szönyi, GRUR Int. 2009, 557, 558.

hin und verneinten damit auch die Möglichkeit einer eventuellen Haftungsprivilegierung für Hostprovider gemäß Art. 14 ECRL. Auch wenn es Google letztlich nicht zuzumuten sei, sämtliche Werbeanzeigen der Kunden und deren selbst gewählte Keywords zu überprüfen, schließe dies nicht die Möglichkeit einer Haftung für die im Zuge der Broad Matching-Funktion von Google „selbst ausgewählten Begriffe“ aus. Bei dieser Option und Einstellungsmöglichkeit handelt es sich nach Ansicht der französischen Gerichte um eine rein wirtschaftliche Wahl von Google, in dessen Zusammenhang willentlich und aktiv an der Verwendung der geschützten Marke teilgenommen werde.⁶⁹³

1.4 Vorlagefragen

Die Cour de Cassation stellte in ihrer Entscheidung vom 20.05.2008 zunächst fest, dass Google die gegenständlichen Marken nicht für eigene Waren und Dienstleistungen benutzt habe. Das Opel/Autec-Urteil des EuGH hat indes die Forderung formuliert, dass die Waren i. S. d. Art. 5 Abs. 1 lit. a) MarkenRL von Dritten hergestellt oder vermarktet werden müssen.⁶⁹⁴ Des Weiteren wies das Gericht auf das Céline-Urteil des EuGH hin, wonach eine Benutzung i. S. d. Art. 5 Abs. 1 lit a) MarkenRL nur dann vorliegen soll, wenn sie die Funktionen der Marke beeinträchtigt oder beeinträchtigen kann.⁶⁹⁵

Im Rahmen der Vorlagefrage der Cour de Cassation bat das höchste französische Gericht daher um die Klärung, ob Google im Lichte der Grundsätze der Opel/Autec- und Céline-Entscheidungen die Marke „Vuitton“ i. S. d. Art. 5 Abs. 1 lit a) und lit. b) MarkenRL und des Art. 9 Abs. 1 lit. a) und lit. b) GMV⁶⁹⁶ benutzt hat. Da die vorangegangenen Instanzen zudem festgestellt hatten, dass „Vuitton“ eine bekannte Marke repräsentiert, ging es ferner um die Klärung der Frage, ob Google diese Marke i. S. d. Art. 5 Abs. 2 MarkenRL und Art. 9 Abs. 1 lit. c) GMV benutzt. Für den Fall, dass eine Markenbenutzung durch Google ausscheidet, wollte die Cour de Cassation wissen, ob in diesem Fall eine Haftungsprivilegierung nach Art. 14 ECRL für die Inhalte, die Google in den AdWords anzeigt, infrage kommt.

⁶⁹³ Well-Szönyi, GRUR Int. 2009, 557, 558. In diesem Verfahren wurde zudem die Haftung der Wettbewerber bejaht, auch wenn die geschützte Marke letztlich nur im Zusammenhang mit der Option „weitgehend passende Keywords“ erscheint. Insofern wirken die AdWords-Kunden mit der „Wahl“ dieser Option an der Markenverletzung mit. Leider hat sich der EuGH zu dem Problem des „Broad Matching“ letztlich überhaupt nicht geäußert.

⁶⁹⁴ Siehe hierzu auch oben, D.IV.1.

⁶⁹⁵ Vgl. hierzu Knaak, GRUR Int. 2009, 551, 553.

⁶⁹⁶ Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates vom 20.12.1992 über die Gemeinschaftsmarke, ABl. 1994, L 11, S. 1.

Hinsichtlich des Google/Viaticum-Verfahrens, in dem der AdWords-Kunde wegen der Buchung der Keywords ebenfalls verklagt worden war, ging es zudem um die Frage, ob der Verwender des Keywords die Rechte an einer Marke gem. Art. 5 MarkenRL verletzt.

2. Oberster Gerichtshof vom 20.05.2008 – Bergspechte

In diesem Ersuchen⁶⁹⁷ des OGH⁶⁹⁸ ging es ebenfalls um die Auslegung des Art. 5 Abs. 1 der MarkenRL, dem jedoch im Gegensatz zu den französischen Verfahren andere Erwägungen zugrunde lagen.

Ein unter der Domain „trekking.at“ tätiger Unternehmer im Bereich Abenteuer- und Outdoor-Reisen buchte als Keyword bei Google die Begriffe „Bergspechte“ und „Edi Koblmüller“, die Bestandteile einer nationalen Wort-/Bildmarke „Bergspechte Outdoor Reisen und Alpenschule Edi Koblmüller“ waren. Bei Eingabe der Begriffe „Bergspechte“ bzw. „Edi Koblmüller“ in die Suchmaschine erschien unter der Überschrift „Anzeigen“ einmal am rechten oberen Seitenrand und einmal oberhalb der Trefferliste die Werbeanzeige des AdWords-Kunden.⁶⁹⁹ Der Kläger sah hierin seine Markenrechte verletzt und verklagte den Reiseanbieter und Werbekunden von Google. Er verwies insbesondere darauf, dass die Verwechslungsgefahr daraus herrühre, dass die Werbeanzeige unmittelbar vor den eigentlichen Suchergebnissen erschien. Während das Erstgericht die damals beantragte einstweilige Verfügung erlassen hatte, hat das OLG Linz als Rekursgericht der Beklagten nur die Schaltung der Werbeeinschaltungen unmittelbar oberhalb der Suchergebnisse oder in den Suchergebnissen noch vor dem Hinweis auf die Website der Klägerin verboten und das darüber hinausgehende Begehren abgewiesen. Gegen den abweisenden Teil der Entscheidung des OLG Linz richtete sich der Revisionsrekurs der Klägerin.

Im Gegensatz zur Cour de Cassation nimmt der OGH bei seiner Bewertung zur Vorlagefrage zunächst eine Abgrenzung des Keyword Advertising zu den Fallgruppen vor, die sich bisher Fragen der Benutzung i. S. v. Art. 5 MarkenRL beschäftigt hatten. Der OGH stellt hierbei voran, dass es beim Keyword Advertising weder um die Benutzung als Handelsname noch

⁶⁹⁷ Rechtssache C-278/08: Vorabentscheidungsersuchen des Obersten Gerichtshofs (Österreich), eingereicht am 26.06.2008 – *Die BergSpechte Outdoor Reisen und Alpenschule Edi Koblmüller GmbH gegen Günter Guni und trekking.at Reisen GmbH*, ABl. C 223 vom 30.08.2008, S. 30; EuGH, 25.03.2010, C-278/08, GRUR 2010, 398 ff.

⁶⁹⁸ OGH, v. 20.05.2008, 17 Ob3/08b, ecolex 2008, 348, 349 = GRUR Int. 2009, 446, 447 – *Bergsprechte*.

⁶⁹⁹ Vgl. hierzu auch die grafische Darstellung bei *Büchele*, ÖBl. 2009, 87, 89.

um eine Benutzung zu dekorativen Zwecken oder um eine referierende Benutzung gehe.⁷⁰⁰ Vielmehr werde nach Darstellung des OGH die Marke im Rahmen des Keyword Advertising als Mittel zur Auslösung zielgerichteter Werbung verwendet. Hierin liege die Werbung für Waren i. S. d. Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 MarkenRL, denn die Marke werde gerade mit Werbung für die Waren verknüpft. Nach Darstellung des OGH liege eine mögliche Beeinträchtigung der Werbefunktion damit in der Beeinträchtigung der Markttransparenz, die dadurch hervorgerufen wird, dass durch die Verwendung der Marke als Keyword Werbung für andere Waren eingeblendet wird. Der Internetnutzer werde damit in Bezug auf die Werbefunktion der Marke verunsichert.⁷⁰¹

Den Schwerpunkt der Problematik des Keyword Advertising sieht der OGH also ebenfalls in der erforderlichen Beeinträchtigung der geschützten Markenfunktion. Die Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion setzt auch hier wieder unter Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH voraus, dass der Durchschnittsverbraucher annehmen könnte, das Zeichen diene der Unterscheidung der mit ihm gekennzeichneten Waren von identischen oder ähnlichen Waren anderer Herkunft. Da die Marke sichtbar bleibt, wenn neben der Trefferliste auch Werbung auf dem Bildschirm erscheint, sei es, so der OGH⁷⁰², beim Keyword Advertising zumindest nicht auszuschließen, dass der Internetnutzer die eingegebene Marke und die eingeblendete Werbung gedanklich miteinander in Verbindung setzt, weshalb die Verwendung einer Marke als Keyword im Prinzip geeignet wäre, die Herkunftsfunktion der Marke zu beeinträchtigen.

Für den Fall, dass eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion verneint wird, stellte sich für den OGH die Frage, ob und inwieweit die Marke als Kommunikations- und Werbemittel selbstständig Schutz beanspruchen kann.⁷⁰³ Für den Fall, dass ein solcher selbstständiger Schutz bejaht werden könnte, beeinträchtige die Verwendung der Marke oder eines ihr ähnlichen Zeichens als Keyword diese Markenfunktion unabhängig von der Platzierung und Gestaltung der AdWords-Anzeige.

Der OGH hatte dem EuGH letztlich die Frage gestellt, ob beim Keyword Advertising eine Markenbenutzung gemäß Art. 5 Abs. 1 MarkenRL vorliegt und ob im Falle der Bejahung dieser Frage eine Markenverletzung bei Verwendung eines Keywords für eine Werbung für identische Waren unabhängig davon vorliegt, ob die Werbeanzeige in der Trefferliste oder in

⁷⁰⁰ Zu der Fallgruppenbildung siehe ausführlich *Kur*, GRUR Int. 2008, 1 ff.

⁷⁰¹ OGH, ecolex 2008, 348, 349 = GRUR Int. 2009, 446, 447 – *Bergspechte*.

⁷⁰² OGH, ecolex 2008, 348 ff. = GRUR Int. 2009, 446 ff, 447 – *Bergspechte*.

⁷⁰³ Leider nimmt der EuGH auch zu dieser Frage letztlich nicht explizit Stellung.

einem davon räumlich abgetrennten Werbeblock erscheint und ob diese Werbeanzeige mit dem Begriff „Anzeige“ gekennzeichnet ist. Die dritte Frage an den EuGH lautete, ob im Rahmen des Schutzes vor Verwechslungen von Marken die Gefahr von Verwechslungen schon dann auszuschließen ist, wenn die Werbung als „Anzeige“ gekennzeichnet ist oder in einem räumlich von der Trefferliste getrennten Block erscheint.

3. Bundesgerichtshof vom 22.01.2009 – Bananabay

Zuletzt wurde auch durch den BGH⁷⁰⁴ in der „Bananabay“-Entscheidung des BGH vom 22.01.2009 ein Vorabentscheidungsersuchen⁷⁰⁵ an den EuGH gerichtet.

Im diesem Fall waren die Klägerin und die Beklagte Wettbewerber auf dem Markt für Erotikartikel. Die Klägerin war Inhaberin der Marke „Bananabay“ für eine Vielzahl von Waren und Dienstleistungen und vertrieb ihre Produkte unter dieser Marke unter der Domain „bananabay.de“. Die Beklagte hatte diese Bezeichnung als Keyword bei Google AdWords angemeldet. Bei Eingabe des Suchworts „Bananabay“ erschien neben der Trefferliste die AdWords-Anzeige der Beklagten.

Sowohl das LG Braunschweig⁷⁰⁶ als Ausgangsinstanz als auch im Anschluss daran das OLG Braunschweig⁷⁰⁷ hatten in der Verwendung der Marke „Bananabay“ als Keyword im Zusammenhang mit der Werbeanzeige für konkurrierende Waren einen kennzeichenmäßigen Gebrauch gesehen und dies damit begründet, dass die Angabe einer fremden Marke als Keyword gegenüber Google zur Generierung von Werbeanzeigen für identische Waren die spezifische Lotsenfunktion der Marke ausnutze. Hierdurch solle bezweckt werden, innerhalb eines großen Angebots gezielt auf die eigenen Waren hinzulenken. Hierbei sei nach Auffassung der Vorinstanzen für die Frage der kennzeichenmäßigen Verwendung unerheblich, ob das von der Suchmaschine gefundene Ergebnis in den Trefferlisten aufgeführt wird – ebenso wie bei der Verwendung des Suchworts als Metatag – oder aber im Anzeigenteil erscheine. In beiden Fällen würde der AdWords-Kunde die Funktion der für ihn fremden Marke nutzen, um über die kennzeichenspezifische Aussagekraft der fremden Marke auf bestimmte Produkte aufmerksam zu machen bzw. um zu diesen hinzuführen und die Internetnutzer bei der Auswahl zu beeinflussen.

⁷⁰⁴ BGH, Beschl. v. 22.01.2009, Az. I ZR 125/07, GRUR 2009, 498 ff. = MarkenR 2009, 213 ff. – *Bananabay*.

⁷⁰⁵ Rechtssache C-91/09: Vorabentscheidungsersuchen des Bundesgerichtshofs (Deutschland), eingereicht am 06.03.2009 – Eis.de GmbH gegen BBY Vertriebsgesellschaft mbH, ABl. C 129 vom 06.06.2009, S. 4.

⁷⁰⁶ LG Braunschweig, Urt. v. 15.11.2006, Az. 9 O 1840/06, MMR 2007, 121 ff.

⁷⁰⁷ OLG Braunschweig, Urt. v. 12.07.2007, Az. 2 U 24/07, MMR 2007, 789 ff.

Nach Ansicht der Vorinstanzen schließt der Umstand, dass die Ergebnispräsentation im Rahmen des Google-AdWords-Formats außerhalb der eigentlichen Trefferliste in einem als „Anzeigen“ überschriebenen gesonderten Bereich erfolge, die Verwechslungsgefahr nicht aus. Nutzer der Suchmaschine würden durch die unterschiedliche Präsentation der Suchergebnisse nicht zu einer differenzierten, die Verwechslungsgefahr ausschließenden Betrachtung veranlasst, weil im Anzeigenbereich auch Werbung von Inserenten angezeigt würde, die aufgrund des Inhalts ihrer Homepage ebenfalls auf der Trefferliste erscheinen, wenn auch auf einem ungünstigerem Platz.⁷⁰⁸ Insgesamt könnte zumindest der Eindruck entstehen, dass zwischen den beteiligten Unternehmen vertragliche, organisatorische oder sonstige wirtschaftliche Verbindungen bestehen, wenn sie nach einer Google-Recherche über denselben Suchbegriff gleichzeitig gelistet würden. Auf jeden Fall bestünde die Gefahr, dass Internetnutzer das Angebot des Werbekunden von Google aufgrund der Kurzhinweise mit dem Angebot des Markeninhabers verwechseln und sich näher mit diesem befassen.

In dem Beschluss des BGH stellte der Senat zunächst klar, dass eine Markenverletzung nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit a) MarkenRL voraussetzt, dass die geschützte Bezeichnung im Sinne der EuGH-Rechtsprechung⁷⁰⁹ im Rahmen des Produktabsatzes jedenfalls auch der Unterscheidung der Waren und Dienstleistungen eines Unternehmen von denen eines anderen Unternehmens dient. Im Gegensatz zu den vorgenannten Entscheidungen und Vorlagefragen führt der BGH jedoch noch einen weiteren Aspekt an, nämlich die im Rahmen des O2-Verfahrens des EuGH genannten Voraussetzungen für eine Beeinträchtigung der Markenfunktion. Der BGH hat dem EuGH im Gegensatz zu den vorangegangenen Vorabentscheidungsersuchen lediglich eine Vorlagefrage gestellt. Der BGH wollte wissen, ob eine Benutzung für Waren i. S. d. Art. 5 Abs. 1 lit. a) MarkenRL beim Keyword Advertising vorliegt, wenn der elektronische Verweis zur Seite des Werbekunden von Google mit Angeboten für identische Waren in einem räumlich von der Trefferliste abgetrennten Werbeblock erscheint, dieser Verweis mit dem Begriff „Anzeige“ gekennzeichnet ist und die Anzeige selbst weder das Keyword noch einen Hinweis auf den Markeninhaber oder die in diesem angebotenen Produkte enthält.

⁷⁰⁸ Dieser Aspekt wurde auch vom EuGH in seiner Entscheidung über die Vorlagefragen der Cour de Cassation angesprochen. Der EuGH sah hierin jedoch einen Anhaltspunkt, der gegen die Verletzung einer Werbefunktion spricht, siehe hierzu auch unten, D.VIII.2.

⁷⁰⁹ EuGH, v. 12.11.2002, C – 206/01, MarkenR 2002, 394, 395 = WRP 2002, 1415, 1416 – *Arsenal Football*. Auch der OGH stellt den Bezug zum Arsenal-Urteil des EuGH in seinem Vorlagebeschluss *Bergspechte* in Rn. VI.7 her.

Der BGH stellte für die seiner Ansicht nach nicht eindeutige Rechtsprechung zur Beeinträchtigung der Markenfunktion drei Möglichkeiten für eine rechtliche Beurteilung in den Raum.

3.1 Erster Lösungsansatz des BGH

Das Keyword Advertising könnte zunächst die Werbefunktion einer Marke beeinträchtigen, sofern dieser Werbefunktion eine selbstständige Schutzfunktion zukommt. Ausgehend von der Annahme, dass einer Marke neben ihrer Hauptfunktion als Herkunftshinweis auch eine Werbefunktion als geschützte Funktion zukommt, sowie ausgehend von der weiteren Annahme, dass die Beeinträchtigung einer geschützten Markenfunktion für die Annahme einer markenmäßigen Benutzung ausreicht, könnte im Verhalten des Werbekunden von Google eine Benutzung und Verletzung der Marke gesehen werden, weil der AdWords-Kunde bei dieser Sichtweise das für die Markeninhaberin als Marke geschützte Zeichen für identische Waren benutzt hat. Von einer solchen Beeinträchtigung der Werbefunktion und damit von einer Verletzung könnte – so der BGH – ausgegangen werden, weil durch die Buchung des Keywords erreicht wird, dass die Anzeige eines direkten Mitbewerbers auf der durch den Suchvorgang aufgerufenen Internetseite erscheint und dadurch die von der Marke ausgehende Werbekraft⁷¹⁰ geschwächt wird.

3.2 Zweiter Lösungsansatz des BGH

Der zweite Ansatz nimmt eine Markenrechtsverletzung durch das Keywords Advertising an, wenn eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion bereits darin gesehen wird, dass ein Keyword zum Hinweis auf eigene Werbung benutzt wird. In diesem Fall wäre von einer Benutzung i. S. d. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit a) MarkenRL i. S. d. O2-Urteils des EuGH auszugehen, weil der Werbende mit dem Einsatz der fremden Marke als Keyword darauf abzielt, den Absatz der eigenen Waren oder Dienstleistungen zu fördern.

3.3 Dritter Lösungsansatz des BGH

Das vom EuGH⁷¹¹ in der Opel/Autec-Entscheidung für die Annahme einer markenmäßigen Benutzung aufgestellte Erfordernis, dass die Herkunftsfunktion als Hauptfunktion der Marke beeinträchtigt sein muss, könnte auch in der Weise – und damit enger – interpretiert werden, dass von einer Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion nur dann auszugehen ist, wenn durch

⁷¹⁰ Vgl. EuGH, v. 18.06.2009, C-487/07, GRUR 2009, 756, 758 – *L'Oréal/Bellure*.

⁷¹¹ EuGH, v. 25.01.2007, C-48/05, GRUR Int. 2007, 404, 405 – *Opel./Autec*; EuGH, v. 11.09.2007, C-17/06, GRUR Int. 2007, 1007, 1008 – *Céline*.

die angegriffene Zeichenbenutzung der Eindruck erweckt wird, es bestehe eine Verbindung zwischen den betreffenden Waren/Dienstleistungen und dem Markeninhaber.

Bei einem derart strengen und engen Herkunftsbegriff wäre es allerdings nach Auffassung des BGH zweifelhaft, ob die nationalen Gerichte in Streitfällen um Keyword Advertising dann noch zu einer markenmäßigen Benutzung des gegenüber Google angegebenen Keywords gelangen könnten, wenn in der AdWords-Anzeige selbst die Marke nicht erscheint.⁷¹² Denn in einem solchen Fall wird der Internetnutzer außerhalb der Trefferliste wahrscheinlich keine Verbindung zwischen der Marke und der Werbeanzeige herstellen können.

Der BGH hat in seinem Bananabay-Urteil angedeutet, dass er eine selbstständige Werbefunktion eher nicht annimmt. Im Hinblick auf die Herkunftsfunktion hat der BGH zum einen eine enge Variante vorgezeichnet, wonach unter Umständen die Buchung der Marke allein schon eine Beeinträchtigung darstellen könnte. Zum anderen bestünde für den BGH aber auch die Möglichkeit einer weiten Auslegung, die dahin abzielt, auf die Verwechslungsgefahr abzustellen. In der Entscheidung „Beta-Layout“ hat der BGH es hinsichtlich der Ablehnung einer Verwechslungsgefahr als entscheidend bewertet, dass der Verkehr die Anzeige als eine von dem eingegebenen Suchwort unabhängige bloße Eigenwerbung des Werbekunden ohne Hinweis auf eine geschäftliche Verbindung zum Kennzeicheninhaber versteht. Nach Ansicht des Verfassers ist daher – auch nach den Entscheidungen des EuGH – davon auszugehen, dass der BGH sich der liberalen und weiten Auslegung annehmen und eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion ablehnen wird.

VII. Darstellung des Generalanwalts

In der Stellungnahme des Generalanwalts vom 22.09.2009 in den verbundenen Vorabentscheidungsersuchen der französischen Cour de Cassation, C-236/08, C-237/08 und C-238/08 wurden bereits wesentliche Aspekte zur Verantwortlichkeit von Google bzw. der Anzeigenkunden und zu Fragen nach der Benutzung von Marken beim Keyword Advertising dargelegt, die zu großen Teilen vom EuGH übernommen wurden. Die Darstellung des Generalanwalts und die wesentlichen Erwägungen für dessen Rechtsauffassung sollen nachfolgend beschrieben werden.

⁷¹² BGH, Beschl. v. 22.01.2009, Az. I ZR 125/07, GRUR 2009, 498, 500 = MarkenR 2009, 213, 214 – *Bananabay*.

Bei allen Vorabentscheidungsersuchen der Cour de Cassation ging es zunächst um die Frage, ob Google selbst unmittelbar markenrechtlich haftet, wenn dem Werbekunden die Möglichkeit eingeräumt wird, geschützte Marken bei Google zu buchen. Es ging damit auch um die Reichweite und den Umfang des Markenschutzes sowie um die Frage, ob eine Einrichtung bzw. ein Dienst wie Google AdWords deshalb untersagt werden kann, weil der Dienst einem Dritten die Gelegenheit gibt (mithin die Gefahr eröffnet), mögliche Rechte Dritter zu verletzen.

Der Generalanwalt unterschied – im Gegensatz zum EuGH⁷¹³ – zwischen zwei unterschiedlichen Benutzungshandlungen.⁷¹⁴ Die eine betrifft die mögliche Benutzung von Marken in dem Zeitpunkt, in dem den AdWords-Kunden der Dienst angeboten wird. Die andere relevante Handlung liegt in der Anzeige der Werbung in dem Zeitpunkt, in dem ein Nutzer nach einer Marke sucht. Der Generalanwalt stellte zunächst heraus, dass sich die beiden Benutzungshandlungen wesentlich unterscheiden, und zwar hinsichtlich der relevanten Zielgruppe und dem Zeitpunkt der Handlung. Der Dienst an sich richtet sich ausschließlich an die Werbekunden von Google, während bei der eigentlichen Anzeige der Werbung die Waren und Dienstleistungen betroffen sein können, die auf den beworbenen Seiten der Anzeigen angeboten werden.

1. Benutzung durch Google

Nach Ansicht des Generalanwalts fehle es an einer Markenverletzung durch Google, soweit den AdWords-Kunden zunächst bei der Erstellung ihrer Werbeanzeigen die Möglichkeit gegeben wird, Marken Dritter auszuwählen und zu buchen. Diese Handlung stelle markenrechtlich überhaupt keine (markenmäßige) Benutzung dar.

Zu Recht wurde hier auf das Céline⁷¹⁵-Verfahren des EuGH verwiesen, wonach die Benutzung eines Zeichens für Waren oder Dienstleistungen i. S. v. Art. 5 Abs. 1 und 2 MarkenRL eine Benutzung zur Unterscheidung dieser Waren oder Dienstleistungen darstellt. Zugleich heißt es in der Entscheidung indes auch, dass die Benutzung einer geschützten Marke zur Kennzeichnung eines Unternehmens nur dann eine Benutzung für diese Waren und Dienstleistungen verkörpert, wenn sie mit ihrem Vertrieb verbunden ist und nicht, wenn die Benut-

⁷¹³ Der EuGH kam jedoch letztlich zum selben Ergebnis.

⁷¹⁴ Vgl. Schlussantrag des Generalanwalts Maduro vom 22.09.2009, C-236/08, C-237/08 und 238/08, Rn. 56-58.

⁷¹⁵ EuGH, v. 11.09.2007, C-17/06, GRUR Int. 2007, 1007, 1008 – *Céline*.

zung nur zur Kennzeichnung des Unternehmens erfolgt.⁷¹⁶ Entscheidend ist daher die Verbindung, die zwischen der Marke und der vertriebenen Ware oder der angebotenen Dienstleistung hergestellt wird.

Eine solche Verbindung kommt nach Darstellung des Generalanwalts bei der Buchung einer Marke gleichwohl überhaupt nicht in Betracht, da im Zeitpunkt der Buchung von Keywords keine Waren oder Dienstleistungen gegenüber dem Verkehr vertrieben werden.⁷¹⁷ Die Benutzungshandlung beschränkt sich lediglich auf das Auswahlverfahren und damit auf das reine „Innenverhältnis“ zwischen Google und seinem Kunden. Die einzig relevante Dienstleistung, die bei dieser Benutzung betroffen ist, ist das AdWords-System selbst, welches jedoch wiederum weder identisch noch ähnlich mit denen der geschützten Marke ist. Die Bereitstellung dieses Dienstes repräsentierte demnach bereits nach Darstellung des Generalanwalts keine relevante Benutzungshandlung.⁷¹⁸

Die zweite Benutzungshandlung betreffe die eigentliche Einblendung der Werbeanzeige durch Google, nachdem ein Suchmaschinennutzer seine Suchanfrage gestellt hat. Auch hier vertrat der Generalanwalt bereits die Ansicht, dass eine Markenverletzung durch Google ausscheidet, da es insoweit an der erforderlichen Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion der Marke durch die Werbeanzeige fehlt. Im Gegensatz zu der vorgenannten Benutzungshandlung liege hier zwar einer Benutzung für Waren und Dienstleistungen vor, die unter Umständen mit denen, die von den geschützten Marken erfasst sind, identisch oder ihnen ähnlich sind. Dessen ungeachtet lehnte Maduro auch hier bereits eine Markenrechtsverletzung ab, weil für die Verbraucher im Hinblick auf die Herkunft der Waren und Dienstleistungen keine Verwechslungsgefahr bestehe.⁷¹⁹

⁷¹⁶ EuGH, v. 11.09.2007, C-17/06, GRUR Int. 2007, 1007, 1008 – *Céline*.

⁷¹⁷ Diese Auffassung steht damit im klaren Gegensatz zur Ansicht der französischen Gerichte, die gerade die Ansicht vertraten, dass es unerheblich sei, ob Google die Zeichen für eigene Waren benutzt.

⁷¹⁸ Da es bereits an der markenmäßigen Benutzung durch Google in dem Fall der bloßen Bereitstellung des AdWords-Programms fehle, ging der Generalanwalt erst gar nicht weiter auf die Frage ein, ob auch die Herkunftsfunktion der Marke durch die Bereitstellung des AdWords-Programms verletzt sein könnte. Allerdings stellte er klar, dass seiner Auffassung nach davon auszugehen sei, dass selbst für den Fall, dass man die markenmäßige Benutzung bejahen würde, die Herkunftsfunktion der Marke nicht beeinträchtigt wäre oder die Gefahr einer solchen Beeinträchtigung bestünde. Da es bereits an einer Benutzung durch Google für ähnliche oder identische Waren und Dienstleistungen fehle, scheide auch die Verwechslungsgefahr für Verbraucher aus.

⁷¹⁹ Siehe auch *Batalla/Sanmartin*, CRi 2009, 165, 167.

1.1 Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion

Wie bereits mehrfach veranschaulicht, kann die Hauptfunktion einer Marke, nämlich dem Verbraucher oder Endabnehmer die Ursprungsidentität zu garantieren, insbesondere dann beeinträchtigt werden, wenn infolge der Eingabe der Marke durch den Suchmaschinennutzer für den objektiven Betrachter der Eindruck entstehen kann, dass zwischen den beworbenen Waren und Dienstleistungen und damit aufgrund der Darstellung der Werbeanzeige und dem eigentlichen Markeninhaber eine Verbindung existiert.

Diese mögliche Verbindung wurde in den Vorabentscheidungsersuchen in Frankreich noch bejaht. Der Generalanwalt warf indes die Frage auf, ob diese gedankliche Verbindung tatsächlich bestehen kann, wenn sich die Suchmaschinennutzer mit dem angezeigten Werbeangebot überhaupt noch nicht befasst haben. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die Nutzer bei einem Suchvorgang davon ausgehen, dass alle gefundenen Ergebnisse – egal ob Trefferliste oder Werbeanzeigen – ausschließlich von dem gesuchten Markeninhaber stammen. Bereits hierin liegt ein interessanter Gedanke. Nach Ansicht des Verfassers bewerten Internetnutzer sowohl Suchtreffer als auch Werbeanzeigen erst dann inhaltlich, wenn sie auf die eingeblendeten Links – der Suchtreffer oder der AdWords-Anzeigen – klicken. Dies erscheint durchaus nachvollziehbar, da der durchschnittlich informierte Nutzer z. B. bei Eingabe des Suchbegriffs „BMW“ durchaus damit rechnen kann, nicht nur Ergebnisse des Autoherstellers zu finden, sondern möglicherweise auch Berichte über das Unternehmen, die von Dritten – zulässigerweise – erstellt wurden. Die zu erwartenden Informationen schließen damit nicht nur Treffer „von einem Unternehmen“, sondern auch „Informationen über ein Unternehmen“ ein. Was für die Suchtreffer der Fall ist, kann – zu Recht – auch auf die Werbeanzeigen übertragen werden. Ein objektiv verständiger und durchschnittlich informierter Internetnutzer wird nicht davon ausgehen, nur Werbeanzeigen von dem gesuchten Markeninhaber zu finden.⁷²⁰

1.2 Beeinträchtigung der Werbefunktion

Maduro nahm in seiner Stellungnahme zu den Vorlagefragen der Cour de Cassation auch explizit auf die neue Rechtsprechung des EuGH in seiner L'Oréal/Bellure-Entscheidung Bezug. Er stellte hierbei zunächst voran, dass auch die Werbe-, Kommunikations-, Investitions- und Qualitätsfunktion der Marke im Bereich des Art. 5 Abs. 1 lit a) und Abs. 2 MarkenRL Schutz für sich beanspruchen kann.

⁷²⁰ Siehe hierzu auch die Ausführungen von *Haller* im MMR-Blog vom 04.04.2010 (#17), abrufbar unter: <http://blog.beck.de/2010/03/29/mmr-blog-applaus-fuer-googles-neue-china-politik>.

In einem zweiten Schritt schränkte er die Möglichkeit der Beeinträchtigung dieser Funktionen jedoch wiederum ein, indem er der Prüfung die These voranstellte,⁷²¹ dass diese Schutzfunktionen – unabhängig davon, ob sie im vorliegenden Fall tatsächlich betroffen sind – für den Markeninhaber niemals absolut seien und stets gegen andere Interessen abgewogen werden müssten. Bei den hier entgegenstehenden und abzuwägenden Interessen handle es sich nach Ansicht des Generalanwalts um die Meinungsfreiheit und die Freiheit des Handels.

Diese Darstellung überraschte doch, da der Generalanwalt damit zur bisherigen Rechtsprechung des EuGH weitere Kriterien beifügte, die in den Entscheidungen bislang nicht erörtert wurden. Bei der Frage, inwieweit den Interessen der Markeninhaber gegenüber diesen Freiheiten Vorrang einzuräumen sei, stellte der Generalanwalt den Vergleich mit beschreibenden Angaben⁷²² und der vergleichenden Werbung⁷²³ her. Auch in diesen Bereichen müssten Markeninhaber die Verwendung ihrer Zeichen hinnehmen.⁷²⁴ Dies sei zumindest in gewisser Hinsicht auf AdWords zu übertragen. Würde man daher den Markeninhabern die Möglichkeit einräumen, die Benutzung ihrer Marken auf Grundlage des Markenschutzes untersagen zu können, läge hier ein „absolutes Kontrollrecht“ für die Markeninhaber vor, was de facto alles abdecken würde, was im Cyberspace im Hinblick auf die mit der Marke verbundene Ware oder Dienstleistung abgebildet oder geschrieben werden könnte.

Bei den Suchworten oder Keywords handle es sich aber nach seiner Auffassung vielmehr um inhaltsneutrale Begriffe, die es Internetnutzern ermöglichen, Websites aufzurufen, die mit diesen Wörtern verbunden sind. Aus diesem Grund solle der Zugriff der Internetnutzer auf Informationen, die die Marken betreffen, nicht auf oder durch den Markeninhaber beschränkt werden. Andernfalls würde dies bedeuten, dass Markeninhaber durch die Kontrolle über Stichwörter, die geschützten Marken entsprechen, Internetnutzern de facto verbieten könnten, Werbeanzeigen Dritter anzusehen, die sich auf völlig berechnigte Aktivitäten in Verbindung mit den Marken beziehen. Hiervon wären, so der Generalanwalt, u. a. auch Webseiten betroffen, die Produktbesprechungen, Preisvergleiche und Secondhand-Verkäufe anbieten.

⁷²¹ Vgl. Schlussantrag des Generalanwalts Maduro vom 22.09.2009, C-236/08, C-237/08 und 238/08, Rn. 102.

⁷²² Vgl. insoweit auch die Ausführungen des EuGH in der *L'Oréal/Bellure*-Entscheidung; EuGH, v. 18.06.2009, C-487/07, GRUR 2009, 756, 758 – *L'Oréal/Bellure*.

⁷²³ Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über irreführende und vergleichende Werbung, ABl.EG Nr. L 376/21 v. 27.12.2006.

⁷²⁴ Vgl. EuGH, v. 12.06.2008, C-533/06, GRUR Int. 2008, 825, 827 - O2. Der EuGH hat hier ausgeführt, dass „der Inhaber einer eingetragenen Marke nicht dazu berechnigt ist, die Benutzung eines mit seiner Marke identischen oder ihr ähnlichen Zeichens durch einen Dritten in einer vergleichenden Werbung zu verbieten“.

2. Markenverletzung durch den Werbekunden

Hinsichtlich der Werbekunden von Google, die fremde Marken als Keywords buchen, kommt der Generalanwalt ebenfalls zu einer Verneinung einer Markenverletzung. Die private Nutzung durch Anzeigekunden sei die Kehrseite der für rechtmäßig erachteten Benutzung durch Google. Andernfalls ergäbe sich ein widersprüchliches Ergebnis, wenn eine Verletzung im einen Fall ausgeschlossen und im anderen Fall angenommen wird. Das würde nämlich konsequent bedeuten, dass es Google erlaubt wäre, eine Auswahl von Keywords zuzulassen, die jedoch von niemandem ausgewählt werden dürfen.

3. Verantwortlichkeit von Google

Der Generalanwalt sprach sich im Ergebnis dennoch nicht völlig gegen eine mögliche Haftung von Google aus. Die ebenfalls schutzwürdigen Markenrechtsinhaber könnten demnach besondere Umstände vorbringen, die eine Verantwortlichkeit von Google im Zusammenhang mit der Beeinträchtigung ihrer Marken begründen. Allerdings sind diese Voraussetzungen außerhalb des Markenrechtsschutzes im allgemeinen Haftungsrecht zu suchen und unterliegen den nationalen Bestimmungen. Ähnlich wie in dem französischen Eurochallenges-Verfahren⁷²⁵ ist der Generalanwalt auch der grundsätzlichen Ansicht, dass es Google grundsätzlich zuzumuten sei, Ausnahmen dafür festzulegen, dass bestimmte Begriffe wie „Fälschung“ nicht im Zusammenspiel mit geschützten Marken gebucht werden könnten. Maduro war hierbei wohl so zu verstehen, dass Google ggf. gewährleisten müsste, dass bei der Buchung einer Marke generell Worte wie „Fälschung“ oder „Nachahmungen“ nicht vorgeschlagen werden.

4. Haftungsprivilegierung

Zuletzt hatte sich der Generalanwalt mit der Frage zu befassen, ob Google in Bezug auf den AdWords-Dienst die Haftungsprivilegierung des Art. 14 ECRL in Anspruch nehmen kann.

Der Prüfung stellte er überraschenderweise die Aussage voran, dass eine Suchmaschine wie Google zumindest für den Bereich der organischen Suchtreffer die Haftungsprivilegierungstatbestände des Caching gemäß Art. 13 der E-Commerce-Richtlinie in Anspruch nehmen könnte. Der Generalanwalt wollte hingegen die Haftungsprivilegierung des Art. 14 ECRL für Host-Provider auf Google AdWords nicht anwenden und begründete dies damit, dass es insoweit an der Neutralität von Google fehle, die der Diensteanbieter im Hinblick auf die von

⁷²⁵ Cour d'appel Versailles, v. 23.03.2006, RLDI 2006/16, Nr. 470.

ihm übermittelten bzw. gespeicherten Informationen wahren müsse. Diese Neutralität bestehe nur bei den organischen Suchergebnissen, nicht aber bei den Werbeanzeigen, da hier eine wirtschaftliche Verknüpfung zwischen Google und den Anzeigenkunden existiert. Folglich sei Google im Bereich des AdWords-Dienstes kein neutraler Informationsmittler⁷²⁶ mehr. Google habe im Gegensatz zu den organischen Treffern ein unmittelbares Interesse daran, dass Internetnutzer auf die Werbeanzeigen klicken, was hingegen bei den natürlichen Ergebnissen der Suchmaschine nicht der Fall ist.

Eine solche weitreichende Auffassung in Bezug auf das Kriterium des wirtschaftlichen Interesses eines Diensteanbieters wurde indessen zu Recht vom EuGH in seiner nachfolgenden Entscheidung nicht geteilt.⁷²⁷ Hierdurch wäre andernfalls eine neues, der Richtlinie in dieser Form nicht zu entnehmendes Kriterium der Haftungsbefreiung hinzugefügt worden.⁷²⁸ Gemäß Art. 14 ECRL sind Diensteanbieter für fremde Informationen nicht verantwortlich, sofern sie keine tatsächliche Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information haben und ihnen in Bezug auf Schadenersatzansprüche auch keine Tatsachen oder Umstände bewusst sind, aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird. Andernfalls muss der Anbieter nach Kenntnis unverzüglich tätig werden, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihnen zu sperren. Ein finanzielles bzw. wirtschaftliches Interesse erwähnt die E-Commerce-Richtlinie⁷²⁹ hingegen nicht.

VIII. Die Entscheidungen des EuGH – Google France und Google

Am 23.03.2010 entschied der EuGH zu den Vorlagefragen der Cour de Cassation. Der EuGH folgte hierbei größtenteils den Ausführungen des Generalanwalts, ließ jedoch auch einige Fragen offen.

1. Markenbenutzung durch Google

Bei der Frage, ob Google selbst eine Markenrechtsverletzung durch die Bereitstellung des Dienstes begeht, kommt der EuGH äußerst knapp und ohne vertiefende Begründung zu dem –

⁷²⁶ Insoweit griff Maduro die Ansicht der französischen Gerichte auf. Dieser Darstellung folgte der EuGH jedoch nicht. Siehe hierzu im Einzelnen unten F.VIII.3.

⁷²⁷ Ebenso *Batalla/Sanmartin*, CRi 2009, 165, 169.

⁷²⁸ *Ruessmann/Melin*, CRi 2009, 161, 162. „However, this new condition of neutrality that AG (Advocate General) Maduro introduces is neither in the text of Art. 14 (ECRL) nor is it justified by the fact of remuneration, as suggested by AG Maduro.“

⁷²⁹ Anders die US-amerikanische Regelung des DMCA, in der dieses finanzielle Interesse bei der gleichzeitig vorhandenen Möglichkeit der Kontrolle der Rechtsverletzungen einen Ausschlussgrund für eine Haftungsprivilegierung darstellt, siehe 17 U.S.C. § 512 (c)(1)(B).

wenn auch richtigen – Ergebnis, dass es hierfür bereits an einer eigenen Benutzung fehlt. Google stellt demnach vielmehr eine Infrastruktur zur Verfügung, derer sich der Werbetreibende bedient.⁷³⁰ Im Gegensatz zum Generalanwalt bedient sich der EuGH auch nicht der Aufteilung in unterschiedliche Benutzungshandlungen und Benutzungszeiträume.

Der EuGH stellt in diesem Zusammenhang ferner klar, dass sich hieran auch nicht deshalb etwas ändert, nur weil Google für die Benutzung der genannten Zeichen durch seine Kunden eine Vergütung erhält. Die technischen Voraussetzungen für die Benutzung eines Zeichens zu schaffen und sich diese Dienstleistung vergüten zu lassen, bedeutet demnach nicht, dass deren Erbringer dieses Zeichen selbst benutzt. Eine Haftung von Google kommt mithin nur noch dann infrage, wenn die Voraussetzungen für eine unmittelbare Rechtsverletzung des Werbekunden des AdWords-Programms vorliegen, die nationalen Voraussetzungen für eine mittelbare Haftung des Suchmaschinenbetreibers gegeben und die nationalen Haftungsprivilegierungen⁷³¹ nicht einschlägig sind.

2. Markenrechtsverletzung durch den Werbekunden

Auch in Bezug auf die Frage, ob der Werbekunde eine Markenrechtsverletzung begeht, indem er eine geschützte Marke als Keyword bucht, folgte der EuGH den Ausführungen des Generalanwalts.

Die Richter am EuGH führten hierzu zunächst aus, dass die Benutzung des mit der Marke identischen Zeichens durch den Werbenden als Keyword unter den Begriff der Benutzung i. S. v. Art. 5 Abs. 1 lit a) der Markenrichtlinie fällt. Hierbei sei zunächst unerheblich, ob in der Anzeige ein mit der Marke identisches Zeichen selbst vorkommt. Allerdings machte der EuGH leider keine Aussagen darüber, wer die Marke benutzt, wenn der Werbekunde die Option „weitgehend passende Keywords“ nutzt und die Anzeige daher auch bei Eingabe einer Marke erscheint, die der AdWords-Kunde nicht gebucht hat. Wie bereits oben erwähnt, hat der BGH in der „pcb“-Entscheidung eine Benutzung zumindest durch den Werbenden ver-

⁷³⁰ In der Entscheidung des EuGH vom 23.03.2010, Rn. 56, heißt es hierzu: „Insoweit genügt der Hinweis, dass Benutzung eines mit einer Marke identischen oder ihr ähnlichen Zeichens durch einen Dritten jedenfalls bedeutet, dass der Dritte das Zeichen im Rahmen seiner eigenen kommerziellen Kommunikation benutzt. Im Fall eines Referenzierungsdienstes lässt dessen Anbieter zu, dass seine Kunden Zeichen benutzen, die mit Marken identisch oder ihnen ähnlich sind, benutzt diese Zeichen jedoch nicht selbst. Diese Schlussfolgerung kann nicht durch den Umstand entkräftet werden, dass dieser Erbringer für die Benutzung der genannten Zeichen durch seine Kunden eine Vergütung erhält. Die technischen Voraussetzungen für die Benutzung eines Zeichens zu schaffen und sich diese Dienstleistung vergüten zu lassen, bedeutet nicht, dass deren Erbringer dieses Zeichen selbst benutzt.“

⁷³¹ Der EuGH nimmt hier Bezug auf die Hosting-Regelung des Art. 14 ECRL.

neint. Auch dem Fall „Eurochallenges“ lag diese „Broad Matching“-Funktion⁷³² zugrunde, sodass eine dahin gehende Äußerung wünschenswert gewesen wäre.

2.1 Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion

Auch in dieser AdWords-Entscheidung betont der EuGH die Hauptfunktion einer Marke, dem Verbraucher die Ursprungsidentität der mit der Marke gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen zu garantieren.

Im Gegensatz zum Generalanwalt bejaht der Gerichtshof allerdings die grundsätzliche Möglichkeit einer Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion beim Keyword Advertising. Da nach Eingabe des entscheidenden Schlüsselworts sofort die Werbung erscheine, und da der Nutzer die ins Suchfenster eingetippte Marke und die Werbung gleichzeitig auf dem Bildschirm erkennen könne, bestünde zumindest die Möglichkeit, dass sich der Internetnutzer hinsichtlich des Ursprungs der angebotenen Produkte irren könne. Entscheidend sei hierbei, wie die Anzeige auf den objektiven Betrachter wirkt. Die Frage, ob im konkreten Einzelfall eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion vorliegt, müsse durch das nationale Gericht entschieden werden.

Erstaunlicher waren allerdings die Kriterien, die der EuGH bei der Beeinträchtigung einer Herkunftsfunktion vorgibt. Eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion soll hiernach vorliegen, wenn:

- die Werbeanzeige den Eindruck erweckt, dass zwischen dem Inhaber der Werbeanzeige und dem Inhaber der gesuchten Marke eine wirtschaftliche Verbindung besteht, oder
- die Darstellung der Anzeige so vage gehalten ist, dass ein normal informierter und angemessen aufmerksamer Internetnutzer auf der Grundlage des Werbelinks und der ihn begleitenden Werbebotschaft nicht erkennen kann, ob der Werbende im Verhältnis zum Markeninhaber unbeteiligter Dritter oder vielmehr mit diesem wirtschaftlich verbunden ist.⁷³³

Nach Ansicht des Verfassers hat der EuGH hierdurch nicht zur Klärung der AdWords-Problematik beigetragen. Das erste Kriterium spricht von dem „Eindruck der Werbeanzeige“

⁷³² Well-Szönyi, GRUR Int. 2009, 557, 562; Ott/Schubert, MarkenR 2010, 160, 161.

⁷³³ EuGH, v. 23.03.2010, C-236/08, C-237/08, 238/08, NJW 2010, 2029, 2031 – *Google France und Google*.

im Hinblick auf eine wirtschaftliche Verbindung zwischen dem Markeninhaber und der Werbenden. Welcher Eindruck jedoch genau damit gemeint ist, bleibt unklar. Berücksichtigt man die vorangegangenen Rechtsansichten der nationalen Gerichte, müsste man bereits hier anführen können, eine Verbindung müsse bereits dem Grunde nach ausscheiden, da die Suchtreffer und die Werbung klar voneinander räumlich getrennt sind. Dieses Argument scheint indes für den EuGH in diesem Fall keine entscheidende Rolle gespielt zu haben.

Eine zumindest gedankliche Verbindung ist wohl dann möglich, wenn das geschützte Zeichen in der Anzeige selbst erscheint. Eine andere Form erschließt sich nicht, wobei auch hier wieder zu berücksichtigen ist, dass unter Umständen die Verwendung der Marke aufgrund der Bestimmungen des Art. 4 der RL 2006/114/EG⁷³⁴ – in Form der vergleichenden Werbung – zulässig wäre. Nichtsdestotrotz sind ja gerade die Verfahren interessant, in denen die Marke nicht im Anzeigentext erscheint.

Ebenso wie *Schubert/Ott*⁷³⁵ ist darüber hinaus zu kritisieren, dass der EuGH unberücksichtigt gelassen hat, dass in der Regel mehrere Werbeanzeigen bei Eingabe eines Suchbegriffs erscheinen, sodass der Nutzer zwar davon ausgehen könnte, dass wohl nicht alle Anzeigen vom Markeninhaber oder von einem mit diesem verbundenen Unternehmen stammen. Allerdings wird dem Nutzer letztlich nicht zwingend klar sein, bei welcher Anzeige dies der Fall ist und bei welcher nicht. Zudem werden die meisten Nutzer überhaupt nicht die notwendigen Infor-

⁷³⁴ Art. 4 der Richtlinie über vergleichende Werbung lautet:

„Vergleichende Werbung gilt, was den Vergleich anbelangt, als zulässig, sofern folgende Bedingungen erfüllt sind:

a) Sie ist nicht irreführend im Sinne der Artikel 2 Buchstabe b, Artikel 3 und Artikel 8 Absatz 1 der vorliegenden Richtlinie oder im Sinne der Artikel 6 und 7 der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarkinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) [7];

b) sie vergleicht Waren oder Dienstleistungen für den gleichen Bedarf oder dieselbe Zweckbestimmung;

c) sie vergleicht objektiv eine oder mehrere wesentliche, relevante, nachprüfbare und typische Eigenschaften dieser Waren und Dienstleistungen, zu denen auch der Preis gehören kann;

d) durch sie werden weder die Marken, die Handelsnamen oder andere Unterscheidungszeichen noch die Waren, die Dienstleistungen, die Tätigkeiten oder die Verhältnisse eines Mitbewerbers herabgesetzt oder verunglimpft;

e) bei Waren mit Ursprungsbezeichnung bezieht sie sich in jedem Fall auf Waren mit der gleichen Bezeichnung;

f) sie nutzt den Ruf einer Marke, eines Handelsnamens oder anderer Unterscheidungszeichen eines Mitbewerbers oder der Ursprungsbezeichnung von Konkurrenzzeugnissen nicht in unlauterer Weise aus;

g) sie stellt nicht eine Ware oder eine Dienstleistung als Imitation oder Nachahmung einer Ware oder Dienstleistung mit geschützter Marke oder geschütztem Handelsnamen dar;

h) sie begründet keine Verwechslungsgefahr bei den Gewerbetreibenden, zwischen dem Werbenden und einem Mitbewerber oder zwischen den Warenzeichen, Warennamen, sonstigen Kennzeichen, Waren oder Dienstleistungen des Werbenden und denen eines Mitbewerbers.“

⁷³⁵ *Schubert/Ott*, MarkenR 2010, 161, 162.

mationen haben, um sich ein abschließendes Bild über die wirtschaftlichen Verbindungen und Verknüpfungen der Unternehmen untereinander machen zu können. Damit erscheint es für zukünftige Sachverhalte schwer eingrenzbar, wann für den Betrachter eine wirtschaftliche Verbundenheit tatsächlich vorliegt.

Der EuGH berücksichtigt nach Ansicht des Verfassers auch nicht in ausreichendem Maße, dass die Werbeanzeige lediglich aus wenigen Wörtern besteht. Dieser Text eignet sich kaum dazu, eine klare Trennung von Markeninhaber und Werbenden erkennbar zu machen. Es kann nämlich durchaus Werbeanzeigen geben, deren Nachricht und Inhalt auf einen Anbieter gefälschter Ware schließen lassen, andere Texte sind hingegen wegen ihrer Kürze oder unklaren Formulierung äußerst unbestimmt. Da für den Gerichtshof bei der Bewertung nicht nur auf den Text der Werbung, sondern auch auf den Link abzustellen ist, der sich unterhalb der Werbebotschaft befindet, könnte zugleich argumentiert werden, dass diese angegebene URL wiederum eine Herkunftstäuschung ausschließt, da sie sich von der URL der Originalwebsite des Markeninhabers in den meisten Fällen klar unterscheiden wird. Gerade dieses Argument wurde jedoch vom OGH dazu benutzt, eine fehlende Abgrenzung zu bejahen.

Die abschließende Klärung der Frage, wann die Anzeige den objektiven Eindruck von bestehender oder fehlender wirtschaftlicher Verbindung suggeriert, wird nur schwer vorzunehmen sein und daher auch in Zukunft zu variierenden Gerichtsentscheidungen in Europa führen. Die individuelle Wahrnehmung der Anzeigen kann einerseits aufgrund der klaren Trennung von Anzeige und Trefferliste dazu führen, dass der objektive Betrachter solche wirtschaftliche Verbindung gerade sieht oder sich diese vermeintliche Verbindung ihm gerade deswegen erschließt, weil bei Eingabe einer Marke als Suchbegriff überhaupt eine entsprechende Werbung erscheint.

Es besteht damit die Gefahr, dass die französischen Gerichte, die in der Vergangenheit die Nutzung fremder Marken als Keywords wegen Hervorrufens einer Verwechslungsgefahr verboten hatten, aufgrund der erwähnten Kriterien des EuGH in dieser Richtung auch in Zukunft entscheiden werden. Betrachtet man die deutsche Rechtsprechung und hierbei insbesondere die Ausführungen in der Beta-Layout-Entscheidung, erscheint es eher wahrscheinlich, dass die deutschen Gerichte unter Verweis auf die Trennung von Werbung und Trefferliste eine Verwechslungsgefahr vermehrt verneinen werden. Der OGH hat – wie nachfolgend gezeigt wird – das „Rennen“ um eine unterschiedliche Rechtsprechung bereits eröffnet. Ob durch die

Vorgaben des EuGH dem Wunsch nach einer einheitlichen Rechtsprechung entsprochen werden kann, erscheint höchst fraglich.

2.2 Werbefunktion der Marke

Vor den AdWords-Entscheidungen gab es durchaus Anhaltspunkte dafür, dass der EuGH seinen zuvor eingeschlagenen Weg fortführt und den sonstigen Markenfunktionen ebenfalls bei der Frage nach einer Markenverletzung Bedeutung beimisst. Der EuGH stellte nunmehr erneut klar, dass der Inhaber der Marke die Benutzung seiner Marke untersagen darf, wenn dadurch der Einsatz der Marke als Element der Verkaufsförderung und damit die Werbefunktion einer Marke beeinträchtigt wird.⁷³⁶ Hiervon ist nach Ansicht des EuGH auch auszugehen, wenn ein Wettbewerber die Marke als Keyword bucht, da der Markeninhaber hierdurch gezwungen wird, einen höheren Preis für die Werbung zu bezahlen, damit die Werbung besser platziert wird als die der Konkurrenten. Nach Ansicht des Verfassers liegt jedoch hier die Beeinträchtigung der Investitionsfunktion näher, da der wirtschaftliche Ertrag aus der Marke reduziert wird. Letztlich kommt es hierauf aber nicht entscheidend an. Der Gerichtshof stellt klar, dass unter Art. 5 Abs. 1 lit a) MarkenRL die Gefahr einer wirklichen Beeinträchtigung der jeweiligen Markenfunktion erforderlich ist, es also nicht genügt, wenn eine Funktion lediglich berührt wird.⁷³⁷ Es genügt demnach nicht, dass das Keyword Advertising die Werbefunktion berührt und dass der Werbende möglicherweise den Ruf oder die Unterscheidungskraft der Marke ausnutzt.

Nach Ansicht des Verfassers überrascht allerdings die Begründung, mit welcher der EuGH die Beeinträchtigung der Werbefunktion ablehnt. Dies sei deshalb der Fall, weil bei Eingabe einer geschützten Marke nicht nur die Werbeanzeigen erscheinen, sondern „normalerweise“ auch die Links auf die Seiten der Markeninhaber an den vordersten Stellen in den Trefferlisten. Hierdurch soll die Sichtbarkeit der Waren oder Dienstleistungen des Markeninhabers für den Internetnutzer gewährleistet bleiben, unabhängig davon, ob es dem Markeninhaber gelingen sollte, eine Anzeige auch in der Rubrik „Anzeigen“ unter den Ersten zu platzieren.⁷³⁸ Dementsprechend scheide die Beeinträchtigung der Werbefunktion aus.

Der EuGH bedient sich hier eines Kunstgriffs, um die Beeinträchtigung der Werbefunktion letztlich abzulehnen. Eine Beeinträchtigung soll ausscheiden, da in der Regel der Markenin-

⁷³⁶ EuGH, v. 23.03.2010, C-236/08, C-237/08, 238/08, NJW 2010, 2029, 2032 – *Google France und Google*.

⁷³⁷ Anders noch *Völker/Elskamp*, WRP 2010, 64, 68.

⁷³⁸ EuGH, v. 23.03.2010, C-236/08, C-237/08, 238/08, NJW 2010, 2029, 2032 – *Google France und Google*.

haber auch über ein gutes Ranking in der Trefferliste verfüge und daher auf den ersten Plätzen erscheine. Der EuGH unterstellt hier, dass Markeninhaber ihre Webauftritte durchwegs in den vordersten Plätzen wiederfinden, was in Anbetracht der Vielzahl von den beschriebenen Rankingfaktoren nicht zwingend der Fall sein muss. Zudem besteht keine generelle Gewähr dafür, dass alle Markeninhaber auch tatsächlich über einen entsprechenden Internetauftritt verfügen. Insbesondere aber Unternehmen, die sich nicht im gleichen Maße wie andere Unternehmen mit der Suchmaschinenoptimierung auseinandersetzen, können schnell auf die weniger beachteten, hinteren Seiten durchgereicht werden. Hierbei sei auch an den Fall „Jack Wolfskin“ erinnert. Das Unternehmen zog sich infolge von diversen Abmahnungen den „Zorn der Internetgemeinde“ zu, was dazu führte, dass sich eine Vielzahl von Blogs und Foren mit dem „Thema“ Jack Wolfskin beschäftigten. Dies hatte gleichzeitig zur Folge, dass viele Nutzer nach diesen Themen bei Google suchten und hierdurch die Klickrate auf die Firmenseite deutlich nachließ, weil sich die Leute auf der Suche nach „Jack Wolfskin“ weniger für die Firma und die Produkte interessierten als mehr für die Abmahnung und die Meinungen hierzu. Hierdurch sank für Google auch die Relevanz der Jack Wolfskin-Website, welche daraufhin aus den ersten Trefferseiten herausfiel. Um im Ranking wieder nach oben zu gelangen, bedarf es dann einer Optimierung der Website für die Suchmaschine Google.

Sofern man diesen Aspekt des EuGH bei der Frage einer möglichen Beeinträchtigung der Werbefunktion konsequent weiterdenkt, bedeutet dies jedoch zugleich, dass sich ein Werbekunde von Google zunächst darüber informieren müsste, ob der Inhaber der Marke tatsächlich an vorderster Stelle in der Suchmaschine gelistet ist. Wenn dies nicht der Fall ist, könnte – die Argumentation des EuGH konsequent fortgedacht – die Werbefunktion hingegen betroffen sein. Um aber überhaupt zu diesem Ergebnis zu kommen, müsste der AdWords-Kunde indes zuvor eine umfassende Recherche bei den nationalen oder sogar europäischen Marken- und Patentämtern und bei Google selbst vornehmen, um sicherzustellen, welche Marken zu welchen Unternehmen gehören. Sicherheit sieht anders aus. Der EuGH hat hierbei ebenfalls nicht bedacht, dass der Kunde bei Verwendung der Option „weitgehend passende Keywords“ letztlich gar nicht im Vorfeld weiß, welche Marken seine Werbung bei Google auslösen. Die Entscheidungen des EuGH äußern sich jedoch nicht zu Fragen dieser Option, was den Schluss nahelegt, dass hierin kein weitergehendes Problem durch den EuGH gesehen wird.

Interessant erscheint zudem, dass nach dieser Entscheidung wieder ein – zumindest mittelbarer – Bezug zwischen Trefferliste und Werbeanzeigenbereich hergestellt werden muss. Wurde

in den vorangegangenen Entscheidungen stets betont, dass die klare Trennung vom Betrachter stets wahrgenommen wird, soll nunmehr das Argument zählen, dass auch bei Werbeanzeigen der Markeninhaber in der (räumlich getrennten) Trefferliste erscheint. Auf jeden Fall scheint der vom EuGH verwendete und für die Begründung herangezogene Begriff „normalerweise“ kaum geeignet, die Beeinträchtigung der Werbefunktion stets auszuschließen.

3. Verantwortlichkeit von Google

Die Frage, ob Google für seinen Werbedienst die Haftungsprivilegierung – wie zuvor vom Generalanwalt angesprochen – für Host-Provider in Anspruch nehmen kann, wurde vom EuGH nicht abschließend entschieden.

Auf jeden Fall handelt es sich beim AdWords-Programm von Google um einen Dienst der Informationsgesellschaft, der in der Speicherung von durch Nutzer eingegebenen Informationen besteht.⁷³⁹ Für die Privilegierung gemäß Art. 14 ECRL ist es erforderlich, dass die Tätigkeit rein technischer, automatischer und passiver Natur ist. Anders als der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen, stellt der EuGH jedoch zutreffend heraus, dass allein die Entgeltlichkeit des Dienstes nicht schädlich ist. Google müsse aber eine neutrale Rolle einnehmen. Die Frage, ob Google im konkreten Fall eine solche Neutralität wahrt, ist allerdings von den nationalen Gerichten zu entscheiden. Im Erwägungsgrund 42 der E-Commerce-Richtlinie heißt es:

„Die in dieser Richtlinie hinsichtlich der Verantwortlichkeit festgelegten Ausnahmen decken nur Fälle ab, in denen die Tätigkeit des Anbieters von Diensten der Informationsgesellschaft auf den technischen Vorgang beschränkt ist, ein Kommunikationsnetz zu betreiben und den Zugang zu diesem zu vermitteln, über das von Dritten zur Verfügung gestellte Informationen übermittelt oder zum alleinigen Zweck vorübergehend gespeichert werden, die Übermittlung effizienter zu gestalten. Diese Tätigkeit ist rein technischer, automatischer und passiver Art, was bedeutet, dass der Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft weder Kenntnis noch Kontrolle über die weitergeleitete oder gespeicherte Information besitzt.“

Abgesehen vom geforderten Merkmal der Neutralität darf Google damit als Diensteanbieter weder Kenntnis von noch die Kontrolle über diese Informationen im Zusammenhang mit der Buchung geschützter Marken als Keywords haben.

⁷³⁹ EuGH, v. 23.03.2010, C-236/08, C-237/08, 238/08, NJW 2010, 2029, 2035 – Google France und Google.

3.1 Neutralität von Google

Für die Frage nach einer möglichen Privilegierung von Google AdWords ist demnach zunächst entscheidend, ob die Rolle von Google neutral, die Maßnahmen rein technischer, automatischer und passiver Art sind und weder Kenntnis noch Kontrolle über die weitergeleitete oder gespeicherte Information vorliegt. Ähnliche Anforderungen wurden auch von den französischen Gerichten gestellt.

Google ist sich zunächst sicherlich der Tatsache bewusst,⁷⁴⁰ dass die konkrete Verwendung der bereitgestellten oder gebuchten Keywords Rechte Dritter verletzen können. Dieser Aspekt spielt jedoch für die Frage nach der geforderten Neutralität keine Rolle. Vielmehr ist hier der bereits zuvor mehrfach angesprochene Umstand zu bewerten, dass Google eine Infrastruktur bereitstellt, die – auch nach den beschriebenen Urteilen – grundsätzlich geeignet ist, eine Verantwortlichkeit der Werbekunden zu begründen⁷⁴¹ und zwar z. B. dann, wenn der objektive Eindruck einer wirtschaftlichen Zusammengehörigkeit suggeriert oder nicht klar ausgeschlossen wird. Hier sind zum einen erneut die Option „weitgehend passende Keywords“ und zum anderen das Keyword Suggestion Tool, bei dem Kunden bestimmte Begriffe vorgeschlagen werden, zu berücksichtigen. Gegen das Kriterium der geforderten Neutralität könnte hier zunächst sprechen, dass Google autonom und ohne weitere Einflussnahme des AdWords-Kunden bei der letztlichen Auswahl der entscheidenden Keywords mitwirkt. Zumindest klingt diesem Aspekt eine gewisse „aktive Einflussnahme“ an, die gegen den vorgenannten Begriff der Neutralität sprechen könnte. Passivität als das Gegenteil von Aktivität könnte man damit umschreiben, „keinerlei unmittelbare Handlung vorzunehmen“ oder „keinen unmittelbaren Einfluss auf ein Geschehen oder auf einen Handlungserfolg“ zu nehmen. Dies trifft dem Grunde nach weder auf die Optionswahl noch beim Vorschlags-Tool von Google AdWords zu. Hierbei ist nämlich auch zu bedenken, dass der Algorithmus, der für die Auswahl letztlich

⁷⁴⁰ Siehe auch Google-AdWords-Nutzungsbestimmungen, Nr. 10 und 8, abrufbar unter: <https://adwords.google.de/select/tsandcsfinder?hl=de>. „Der Kunde stellt sicher, dass die Werbung und ihre Nutzung in Übereinstimmung mit dieser Vereinbarung und die Webseiten oder Zielseiten, von denen von der Werbung des Kunden aus verlinkt wird, (a) keine anwendbaren Gesetze oder sonstigen Vorschriften verletzen; (b) keine geistigen Eigentumsrechte, gewerblichen Schutzrechte oder sonstigen Rechte Dritter verletzen oder Inhalte enthalten, die pornographisch, obszön, beleidigend, gewalttätig oder in irgendeiner Weise missbräuchlich oder schädigend sind“ sowie „Der Kunde stellt Google von sämtlichen Ansprüchen Dritter und daraus resultierenden Verantwortlichkeiten, Kosten und Schäden (einschließlich Anwaltsgebühren, Rechtsverfolgungskosten und Vergleichskosten) frei, soweit diese aus einer schuldhaften Verletzung der Verpflichtungen in den Ziffern 3.3, 3.4, 3.5, 7 und/oder 10 dieser Allgemeinen Geschäftsbedingungen resultieren.“

⁷⁴¹ So inzwischen auch der OGH, 21.06.2010, 17Ob3/10 f.

entscheidend ist, auf eine menschliche und individuelle Leistung und Programmierung zurückzuführen ist. Auch dies könnte damit gegen das Merkmal der Neutralität sprechen.

Nach Ansicht des Verfassers überwiegen indes die Argumente für die Neutralität auch bei dem Dienst Google AdWords. Hierbei darf auf erster Stufe der Vergleich zur normalen Suchfunktion gezogen werden. Auch diese basiert auf einem individuellen Algorithmus, der von Mitarbeitern von Google letztlich programmiert worden ist und fortlaufend weiterentwickelt wird. Bei der Suchfunktion von Google (ebenso wie zuvor gezeigt bei der Gestaltung der Snippets) wird aber wohl niemand abstreiten können, dass dieser Vorgang rein technischer und automatischer Natur ist. Eine konkrete Suchanfrage löst eine automatisierte Suche in der Datenbank des Suchmaschinenanbieters aus. Dieser Vorgang unterscheidet sich dem Grunde nach nicht wesentlich von demjenigen bei Google AdWords. Die Eingabe eines bestimmten Suchbegriffs führt automatisiert zum Aufruf einer mit diesem Begriff im Zusammenhang stehenden Werbeanzeige.

Darüber hinaus ist dem Begriff der Neutralität wohl immanent, dass eine Auswahl oder Entscheidung aufgrund objektiver Gesichtspunkte qualitativer Art vorgenommen wird, die sich auf gleichbleibende Faktoren bezieht und letztlich ohne Diskriminierung erfolgt.⁷⁴² Diese Aspekte treffen nach diesseits vertretener Auffassung auf den Dienst Google AdWords durchaus zu. Die Möglichkeit, sowohl die beschriebene Option als auch das Vorschlagstool in Anspruch zu nehmen, besteht für jeden Werbekunden in gleichem Maße. Auch die Objektivität ist gewahrt, da jedem Werbekunden bei Buchung von Begriffen infolge der „Broad Matching-Funktion“ zumindest in der Theorie dieselben Keywords „zugewiesen“ werden können. Die Tatsache, dass sich Google bei der Auswahl auch an der Website des Kunden orientiert, führt zu keinem abweichenden Ergebnis. Auch dieser Vorgang erfolgt, ohne dass in technischer Hinsicht Unterschiede zwischen den Kunden gemacht werden. Auch das Vorschlagstool weist nach Ansicht des Verfassers keine Anhaltspunkte auf, dass Unterschiede bei den vorgeschlagenen Begriffen zwischen den jeweiligen Kunden gemacht werden.⁷⁴³ Auch hier ist richtig-erweise wieder zu betonen, dass die Frage der Neutralität nicht mit dem Umstand verwechselt

⁷⁴² Dieser Ansatz lehnt sich an die Darstellung des Erstgerichts in dem Verfahren vor dem OGH, 09.12.1996, 16 Ok 11/96, an. In diesem Fall ging es um ein Kartellrechtsverfahren und den Begriff der Wettbewerbsneutralität. Der OGH folgte im Ergebnis allerdings nicht der Auffassung des Erstgerichts. Hiervon bleibt indes die Möglichkeit unberührt, die zuvor skizzierte Erläuterung heranzuziehen.

⁷⁴³ Auch in dem Verfahren *Jurin v. Google, Inc.* 2010 (U.S. Dist. LEXIS 18208/E.D. Cal. March 1, 2010) wurde die Neutralität des Keyword Tools bejaht. „*Rather it is a neutral tool, that does nothing more than provide options that advertisers could adopt or reject at their discretion, thus entitling the operator to immunity.*“ Siehe Ott WRP, 2008, 393, 400.

werden darf, dass Google natürlich mit dem Dienst wirtschaftlichen Nutzen erzielt. Aus der Tatsache, aus einem Angebot einen eigenen finanziellen Vorteil zu ziehen, resultiert notwendigerweise nicht, dass dies nicht letztlich unter Wahrung von Neutralität erfolgt.

Das Kriterium der Neutralität wird nach diesseitiger Ansicht auch nicht dadurch verletzt, indem Google den Kunden die Möglichkeit zur Verfügung stellt, die Kombination von Marken mit Begriffen wie Fälschung oder Plagiat zu wählen. Abgesehen davon, dass eine solche Kombination von Begriffen eine Markenverletzung noch nicht indiziert, würden hierdurch erhebliche Abgrenzungsprobleme entstehen. Es ist nicht abzuschätzen, ob nur der Begriff „Fälschung“ eine Verletzung der Rechte Dritter ermöglicht, oder z. B. auch die Begriffe „keine Plagiate“. Entscheidend bleibt letztlich, dass Google nicht direkten Einfluss auf die konkrete Darstellung der Werbeanzeige und damit auf eine mögliche Markenrechtsverletzung nimmt.

Es sind allerdings auch die Gegenargumente letztlich nicht ganz von der Hand zu weisen, sodass die weitere Rechtsprechung im Hinblick auf dieses Kriterium hier mit Spannung abgewartet werden muss.

3.2 Kenntnis und Kontrolle des Diensteanbieters

Neben dem Umstand der Neutralität fordert der EuGH, dass der Diensteanbieter weder Kenntnis noch Kontrolle über die weitergeleitete oder gespeicherte Information besitzt. In Bezug auf „Kenntnis“ kann auf die Darstellung im Zusammenhang mit dem Host-Provider verwiesen werden, wonach dies i. S. v. „Wissentlichkeit“ zu verstehen ist. Dem Anbieter müssen damit sämtliche Umstände bekannt sein, die sich auf eine mögliche Rechtswidrigkeit der Informationen bzw. Tätigkeit beziehen.⁷⁴⁴ Dies wird wiederum – wie zuvor dargelegt – gemäß der Rechtsprechung nur dann der Fall sein, wenn die Rechtsverletzung für Google leicht erkennbar und damit auch für einen juristischen Laien ohne weitere Nachforschungen offenkundig sein wird. Dies wird bei der Bewertung der Werbeanzeige jedoch kaum der Fall sein, da selbst nach der Rechtsprechung des EuGH die Frage nach einer tatsächlichen Verwechslungsgefahr anhand mehrerer Faktoren vorzunehmen ist und die Anzeige für einen objektiven Nutzer den Eindruck einer Zugehörigkeit zum Markeninhaber suggerieren muss. Aber auch bei der Buchung von Begriffen wie „Fälschung“ oder „Plagiate“ im Zusammenhang mit Marken liegt die Rechtsverletzung keineswegs „offenkundig“ auf der Hand. Auch

⁷⁴⁴ Zankl, E-Commerce-Gesetz, § 16 Rn. 235, 236.

hier ist letztlich die konkrete Werbeanzeige entscheidend. Auch verfügt Google nicht über die Kontrolle⁷⁴⁵ der gespeicherten Informationen, wobei sich die Kontrolle wohl auch auf die rechtswidrigen Informationen beziehen muss. Die Auswahl der Optionen und Keywords sowie der Inhalt der Werbeanzeige, welche letztendlich dazu führen kann, dass dem Nutzer eine Einschätzung über die wirtschaftliche Verbindung zum Markeninhaber unmöglich ist, obliegen allein dem Werbekunden.

Daher wäre Google erst dann zur Tätigkeit verpflichtet, wenn der Suchmaschinenanbieter durch den Markeninhaber darüber in Kenntnis gesetzt worden ist, dass die AdWords-Anzeige seine Rechte verletzt. Reagiert Google hierauf nicht unverzüglich oder entfernt die entsprechende Anzeige nicht, kommt eine Haftung von Google dem Grunde nach infrage, sofern die konkrete Darstellung der Werbeanzeige eine Rechtsverletzung nach den oben genannten Kriterien ergibt.

3.3 Haftungsprivilegierung nach § 14 oder 16 ECG

Abschließend wirft sich die Frage auf, ob und – wenn ja – welche nationalen Privilegierungsvorschriften des ECG für den Dienst Google AdWords in Anspruch genommen werden könnten. Der EuGH hat zwar nur die Möglichkeit einer Privilegierung des AdWords-Dienstes nach den Bestimmungen für Host-Provider angedeutet. Der nationale Gesetzgeber verfügt gleichwohl – anders als die europäische Richtlinie – auch über den Privilegierungstatbestand für Suchmaschinenanbieter (§ 14 ECG). Nach Ansicht des Verfassers unterliegt der vorliegende Dienst allerdings auch unter Berücksichtigung des § 14 ECG den Bestimmungen für Host-Provider und nicht denjenigen für Suchmaschinen. Im Kern geht es bereits nicht um die Suche nach fremden Informationen. Diese erfolgt mit der Suchfunktion, wohingegen der Werbedienst „Beiwerk“ der Suchfunktion ist. Sofern eine Haftung nicht bereits anhand der vorgenannten Kriterien ausscheidet, käme die Privilegierung gemäß § 16 ECG wohl in Betracht.

IX. Die Entscheidung des EuGH zu den Vorlagefragen des OGH

Das Urteil des EuGH⁷⁴⁶ zu den Vorlagefragen des OGH nahm im Anschluss größtenteils Bezug auf die Entscheidung des EuGH zu den Verfahren der Cour de Cassation. Auch hier stell-

⁷⁴⁵ Im Ergebnis ebenso *Schubert/Ott*, MarkenR 2010, 160, 166. In diese Richtung auch *Klett/Apetz*, K&R 2010, 289, 291.

⁷⁴⁶ EuGH, v. 25.03.2010, C- 278/08 – *Bergspechte*, GRUR, 2010, 451 ff.

te der EuGH zunächst heraus, dass das von dem Werbenden als Keyword ausgewählte Zeichen das von diesem verwendete Mittel darstellt, damit seine Anzeige eingeblendet wird und folglich Gegenstand einer Benutzung im geschäftlichen Verkehr i. S. v. Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 89/104 ist. Ebenso wie im vorangegangenen Verfahren um Google handelte es sich auch in dem Verfahren „Bergspechte“ um eine Benutzung für Waren und Dienstleistungen des Werbenden, auch wenn das ausgewählte Zeichen als Schlüsselwort nicht in der Anzeige selbst erschien.

Darüber hinaus kommt es hinsichtlich der Frage, ob der Markeninhaber die Benutzung der geschützten Bezeichnung untersagen kann, darauf an, ob die Zeichen „Edi Koblmüller“ und „Bergspechte“ mit der Marke „Bergspechte“ identisch oder ihr ähnlich sind. In dem von Art. 5 Abs. 1 lit a) der Richtlinie 89/104 erfassten Fall, in dem ein Dritter ein mit einer Marke identisches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen benutzt, die mit denjenigen identisch sind, für welche die Marke eingetragen ist, darf der Markeninhaber diese Benutzung nämlich verbieten, wenn sie (irgend-)eine der Funktionen der Marke beeinträchtigen kann.⁷⁴⁷ Demgegenüber erfasst Art. 5 Abs. 1 lit. b) dieser Richtlinie den Fall, in dem ein Dritter ein mit einer Marke identisches oder ihr ähnliches Zeichen für Waren und Dienstleistungen benutzt, die mit den von dieser Marke erfassten identisch oder ihnen ähnlich sind. Hiernach kann der Inhaber der Marke nur dann der Benutzung dieses Zeichens widersprechen, wenn die Gefahr einer Verwechslung bei den relevanten Verkehrskreisen besteht.

Der EuGH äußerte sich letztlich nicht zu der Frage, ob sich tatsächlich identische Zeichen gegenüberstehen, sondern überließ diese Wertung dem OGH. Auch bei der Frage nach der Beeinträchtigung der herkunftshinweisenden Funktion verwies der EuGH auf die zuvor genannten Kriterien.⁷⁴⁸ Hinsichtlich der zweiten Vorlagefrage des OGH, ob der Umfang des Schutzes, den eine Marke ihrem Inhaber gewährt, davon abhängt, ob die anhand eines mit dieser Marke identischen oder ihr ähnlichen Schlüsselworts gezeigte Anzeige eines Dritten in der Rubrik „Anzeigen“ oder an anderer Stelle aufscheint, nimmt der EuGH unter Verweis auf den Sachverhalt des Ausgangsgerichts überhaupt keine Stellung.⁷⁴⁹ Der EuGH hat es auch

⁷⁴⁷ EuGH, v. 23.03.2010 - Rs. C-236/08, C-237/08 und 238/08, Rn. 79 – *Google France und Google*; EuGH, v. 25.03.2010, C-278/08 Rn. 21, GRUR, 2010, 451, 452 – *Bergspechte*.

⁷⁴⁸ EuGH, v. 25.03.2010, C-278/08 Rn 35, GRUR, 2010, 451, 452 – *Bergspechte*.

⁷⁴⁹ Hierzu heißt es: „Es ist unstreitig, dass der Ausgangsrechtsstreit nur die Benutzung von Zeichen, die mit einer Marke identisch oder ihr ähnlich sind, im Rahmen eines Internetreferenzierungsdienstes betrifft, der darin besteht, dass Werbeanzeigen in der Rubrik ‚Anzeigen‘ der vom Anbieter dieses Dienstes betriebenen Suchmaschine gezeigt werden. Unter diesen Umständen wäre die Prüfung des Schutzes, den die Marke ih-

hier verpasst, für mehr Rechtssicherheit zu sorgen. Auch wenn in diesem Verfahren nur eine Werbung Gegenstand des Verfahrens war, die als „Anzeige“ gekennzeichnet war, wäre es wünschenswert gewesen, dass der EuGH sich zur Möglichkeit einer Beeinträchtigung durch Aufhebung des Trennungsgebots zwischen Werbeanzeige und normaler Trefferliste äußert.

1. Die Antwort des OGH vom 21.06.2010

Der OGH hat nun als erstes Gericht die Vorgaben und Kriterien des EuGH für eine Verwechslungsgefahr umgesetzt und dabei eine Verletzung der herkunftshinweisenden Funktion angenommen.⁷⁵⁰ Nach Ansicht der Richter erkenne ein normal informierter und angemessen aufmerksamer Nutzer nicht, dass die Anzeigen von einem Anbieter stammen, der mit dem Markeninhaber in keiner Weise verbunden ist, weil dies in den Anzeigen durch keinen Hinweis klargestellt wird und der in der URL verwendete Gattungsbegriff (trekking.at) keine Zuordnung zu einem bestimmten Unternehmen zulässt. Gerade der Umstand, dass hier ein Gattungsbegriff verwendet wird, solle demnach dafür sprechen, dass der Betrachter keine Abgrenzung von Markeninhaber und Werbekunden vornehmen könne. Der Werbekunde müsse demnach klare und eindeutige Anhaltspunkte in der Anzeige bereithalten, die eine solche Unklarheit vermeiden. Welche Kriterien dies sein sollen, beantwortet der OGH jedoch nicht.

Das Urteil hat im Ergebnis überrascht. Zunächst setzt sich der OGH in krassen Gegensatz zur Rechtsprechung des BGH, der bereits die Ansicht vertreten hatte, dass eine Verwechslungsgefahr schon aufgrund der Tatsache ausscheide, dass die Trefferliste und die Werbeanzeigen klar voneinander getrennt dargestellt werden. Spannender ist indes die Feststellung, dass eine Verwechslungsgefahr letztlich auch damit begründet wird, dass die Werbeanzeige keine klare – und damit aktive – Abgrenzung zur vermeintlichen Marke vornimmt. In Anbetracht des begrenzten Zeichenumfangs einer Werbeanzeige erscheint dieses ohnehin bereits schwer darstellbar. Aber auch die Aussage, dass gerade die beschreibende URL für eine mögliche Zuordnungsverwirrung spricht, überzeugt nach Ansicht des Verfassers nicht. Die Registrierung und Verwendung eines Gattungsbegriffs als Domainangabe sind unproblematisch zulässig. Der objektive Nutzer wird allein hieraus keine Rückschlüsse auf die wirtschaftliche Verbindung zum vermeintlichen Markeninhaber ziehen. Der OGH hat dieses Kriterium hingegen

rem Inhaber bei der Anzeige von Werbung Dritter außerhalb der Rubrik ‚Anzeigen‘ gewährt, für die Entscheidung dieses Rechtsstreits nicht von Nutzen.“

⁷⁵⁰ OGH, 21.06.2010, 17Ob3/10 f. Siehe hierzu auch die Darstellung von Schubert, unter: <http://austrotrabant.wordpress.com/2010/08/16/defeat-for-google-victory-for-tm-owners-austrian-ogh-first-national-court-to-decide-on-keyword-advertising-ogh-21-06-2010-17-ob-310f-bergspedte/>.

umgekehrt und dargestellt, dass gerade aufgrund dieser „Unklarheit“ eine Verbindung möglich wäre.

2. Fazit

Das Urteil des OGH zeigt nach Ansicht des Verfassers, dass in naher Zukunft nicht mit einer einheitlichen Rechtsprechung in Europa zu rechnen ist. Abgesehen davon, dass die Gerichte die vorgegebenen Kriterien des EuGH unterschiedlich auslegen werden, überzeugt das Urteil des OGH in dieser Hinsicht nicht. Die Registrierung und Benutzung von generischen Domains darf nicht dazu führen, dass hiermit letztlich eine wirtschaftliche Verbindung zu Markeninhabern begründet wird.

X. Die Entscheidung des EuGH zur Vorlagefrage des BGH

Mit Beschluss⁷⁵¹ des Gerichtshofs vom 26.03.2010 entschied der EuGH auch in der Vorlagefrage des BGH.

Der EuGH nahm in seiner Entscheidung nahezu ausschließlich Bezug auf die vorangegangenen Verfahren Google France und Google sowie Bergspechte, wonach der Markeninhaber eine Benutzung seiner Marke im Fall des Art. 5 Abs. 1 lit. a) der Richtlinie 89/104/EWG nur dann verbieten darf, wenn eine Funktion der Marke, nämlich wie in den vorliegenden Fällen die Herkunfts- und Werbefunktion, beeinträchtigt werden könnte.

Eine Beeinträchtigung der Werbefunktion verneinte der EuGH ebenso wie in den vorangegangenen Verfahren unter Verweis⁷⁵² auf die Darstellung der Homepage des Markeninhabers in der natürlichen Trefferliste und der – nach Ansicht des EuGH – gewährleisteten Sichtbarkeit der Waren und Dienstleistungen des Markeninhabers für den Internetnutzer. Auch wenn ein im Rahmen von Google AdWords als Keyword gebuchtes Zeichen der Auslöser für das Erscheinen einer Werbeanzeige ist und damit das betreffende Zeichen im geschäftlichen Verkehr i. S. v. Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 89/104/EWG benutzt wird, muss für einen normal informierten und angemessen aufmerksamen Internetnutzer nicht oder nur schwer zu erkennen sein, ob die in der Anzeige beworbenen Waren oder Dienstleistungen von dem Inhaber der Marke oder einem mit ihm wirtschaftlich verbundenen Unternehmen oder vielmehr von einem Dritten stammen. Es muss mithin auch hier die herkunftshinweisende Funktion der

⁷⁵¹ EuGH, v. 26.03.2010, C-91/09 – *Bananabay*.

⁷⁵² EuGH, v. 23.03.2010, Rs. C-236/08, C-237/08, 238/08, NJW 2010, 2029, Rn. 96, 97 – *Google France und Google*.

Marke beeinträchtigt sein. In Anbetracht der vorangegangenen Entscheidungen des BGH zum Keyword Advertising ist davon auszugehen, dass das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr eher verneint wird. Der BGH hat sich zuvor eher dafür ausgesprochen, dass die räumliche Trennung und Abgrenzung von Werbung und Trefferliste die Gefahr von Verwechslungen ausscheiden lässt. Es ist daher durchaus damit zu rechnen, dass sich die Rechtsprechung in Österreich und Deutschland in Bezug auf die Möglichkeit einer Markenverletzung durch die Verwendung von Google AdWords diametral unterscheiden wird.

XI. Fazit

Die lang erwarteten Entscheidungen des EuGH⁷⁵³ überraschen weniger hinsichtlich ihrer Ergebnisse als vielmehr aufgrund ihrer schlichten Begründung und der letztlich verbleibenden offenen Fragen. Der EuGH hat es verpasst, der Materie um die Werbeform AdWords einen europarechtlich einheitlichen Rechtsrahmen zu geben. Dies zeigt sich nicht nur an der jüngsten Entscheidung des OGH. Es ist damit zu rechnen, dass die nationalen Gerichte die Frage nach der möglichen Beeinträchtigung der Markenfunktionen und die Frage nach der Verwechslungsgefahr weiterhin unterschiedlich beantworten werden.

⁷⁵³ Auch die Entscheidung des EuGH auf die Vorlagefrage des holländischen Hoge Raad der Nederlanden am 08.07.2010 ergeben insoweit keine neuen, wesentlichen Erkenntnisse. Ebenso wie in der Vorlage des OGH weigerte sich der EuGH, die Frage zu beantworten, ob sich an dem Ergebnis der Verwechslungsgefahr etwas ändern würde, wenn die Anzeige nicht als solche gekennzeichnet wäre. Der EuGH betont lediglich, dass es für die Benutzung der Marke keinen Unterschied macht, ob Waren oder Dienstleistungen bereits in der Anzeige selbst angeboten werden oder erst später auf der in der Anzeige verlinkten Webseite. Er weist hierbei auch darauf hin, dass ein Zeichen mit einer Marke auch dann identisch ist, wenn es ohne Änderung oder Hinzufügung alle Elemente wiedergibt, die die Marke bilden, oder wenn es als Ganzes betrachtet Unterschiede gegenüber der Marke aufweist, die so geringfügig sind, dass sie einem Durchschnittsverbraucher entgehen können. Das nationale Gericht hat insoweit die Schreibweisen „Portacabin“, „Portokabin“ und „Portocabin“ zu würdigen. Ist hierbei nicht von Identität auszugehen, hat eine Prüfung anhand Art. 5 Abs. 1 lit. b) MarkenRL zu erfolgen. Die sonstigen Ausführungen betrafen die Auslegung von Art. 6 und Art. 7 EuGH, auf die jedoch im Einzelnen nicht vertieft eingegangen werden soll.

E. Google Thumbnails

„Wer sich nicht versteckt, darf sich nicht wundern, wenn er gefunden wird.“⁷⁵⁴

I. Einleitung und Funktionsweise

Die steigende Anzahl von Informationen und Daten im Internet hat auch Google bereits vor langer Zeit veranlasst, den Anzeigekomfort für die Nutzer zu verbessern und gleichzeitig das Angebotssortiment zu ergänzen. Google hat hierbei sein Portfolio durch die Einführung spezialisierter Suchdienste, wie etwa die Bildersuche, erweitert.

Die Bildersuche von Google hat hierbei immer wieder zu kontroversen Diskussionen um die urheberrechtliche Zulässigkeit dieses Dienstes geführt. *Leistner/Stang*⁷⁵⁵ stellen beim Kern der Problematik richtigerweise heraus, dass es in wirtschaftlicher Hinsicht um die Bewertung eines Suchdienstes geht, der zum einen Anbietern von Bildern mithilfe der Bildersuche zu mehr Traffic verhelfen kann und zugleich einen wesentlichen Beitrag zur Verbesserung der Informationsbeschaffung im Internet leistet. Zum anderen kann dieser Dienst in erheblichem Maße mit den Urheberrechten der Rechteinhaber in Konflikt geraten. Während die Allgemeinheit von der freien Verfügbarkeit von Informationen und Bildern – vergleichbar mit den gängigen Suchergebnissen einer Suchmaschine – profitiert, kollidiert diese „free flow of information“⁷⁵⁶ mit den Interessen der Urheber.

Die Bildersuche von Google unterscheidet sich im Wesentlichen nicht von der Funktionsweise der herkömmlichen Suchmaschine. Ebenso wie bei der herkömmlichen Suche durchsuchen auch bei der Bildersuchtechnologie die Robots von Google das Netz und identifizieren die Bilder hierbei ebenfalls anhand ihrer Textinformationen. Sobald der Robot eine entsprechende Datei auf der Seite des Content-Inhabers entdeckt hat, wird nach dem von Google festgelegten Algorithmus ein Bruchteil der Bildinformation (ein sog. Bildpixel) zunächst ausgewertet und in den Index aufgenommen. Die hierbei erzeugten verkleinerten Bilder (Thumbnails) weisen normalerweise eine Größe von 100 x 150 Bildpunkten auf, was im Durchschnitt einer Verkleinerung der Originaldateien um rund 90 %⁷⁵⁷ entspricht. Um bei der Suche eine opti-

⁷⁵⁴ Zitat von *Sander* auf *stern.de* am 29.04.2010 zum Urteil des BGH zur Bildersuche, abrufbar unter: <http://www.stern.de/digital/online/urteil-des-bundesgerichtshofs-google-darf-urheberrechtlich-geschuetzte-bilder-zeigen-1562480.html>.

⁷⁵⁵ *Leistner/Stang*, CR 2008, 499, 499.

⁷⁵⁶ *Heymann/Nolte*, K&R 2009, 759, 760.

⁷⁵⁷ *Heymann/Nolte*, K&R 2009, 759, 760.

male Recherchemöglichkeit zu ermöglichen, werden die Ergebnisse als Vorschau auf die gefundenen Bilder visualisiert.

Nach Eingabe eines Suchbegriffs werden dem Nutzer zunächst diese Thumbnails als Suchergebnis präsentiert. Die dargestellten Thumbnails dienen zugleich als Linkobjekt, welches durch entsprechende Gestaltung des HTML-Codes der Webseite mit einem Hyperlink verbunden ist. Beim Anklicken des Bildes teilt sich das Browser-Fenster dann in einen oberen und unteren Rahmen auf, wobei im unteren Rahmen, dem sog. Frame, die jeweilige Webseite des Content-Anbieters angezeigt wird, auf der sich das ausgewählte Bild befindet. Sofern man erneut auf das Thumbnail klickt, wird die Originalbilddatei im Browser ohne den sie umgebenden Text direkt aufgerufen. Diese Originalbilddatei befindet sich allerdings nicht mehr auf dem Server oder der Seite von Google, sondern auf derjenigen des Anbieters des jeweiligen Bildes.

Websitebetreiber bzw. Rechteinhaber können grundsätzlich selbst bestimmen, welche Informationen von der Suchmaschine letztlich gefunden und im Index erfasst werden sollen. Dies betrifft das Informationsangebot der Seite insgesamt oder auch nur der einzelnen Bilder auf der entsprechenden Webseite. Die Content-Anbieter haben hierbei die Möglichkeit, den Zugriff auf ihre Seite mithilfe des „Robots Exclusion Protokolls“⁷⁵⁸ einzuschränken.

II. Überblick über die bisherige Rechtslage

Bevor auf die aktuellen Verfahren um die Bildersuche in Deutschland eingegangen wird, sollen aufgrund der Bedeutung und des fortwährenden Bezugs auf die dortige Diskussion zunächst die wesentlichen Eckpunkte der Rechtslage in den USA zu den Thumbnails dargelegt werden.

1. Rechtsprechung in den USA

In den USA haben sich bereits mehrere Gerichte mit der Frage nach der Zulässigkeit der Bildersuche im Internet und deren Rechtfertigungsmöglichkeiten auseinandergesetzt.

⁷⁵⁸ Siehe hierzu A.II.3.4; Dreier, in: FS Krämer, 225, 228; soll Google untersagt werden, die enthaltenen Bilddateien zu indexieren, bedarf es der Eingabe „User Agent:googlebot-image disallow:/“.

1.1 Verfahren Kelly v. Arriba

Das Verfahren Kelly v. Arriba zählt hierbei zu den „Urgesteinen“ der Suchmaschinenrechtsprechung. Arriba war die erste Bildersuchmaschine, die wegen der Erstellung von Thumbnails verklagt wurde. Den Nutzern wurden hierbei die Thumbnails neben den Suchergebnissen bzw. Treffern angezeigt. Nachdem das Bild angeklickt wurde, öffnete sich in einem neuen Fenster das entsprechende Originalbild.⁷⁵⁹ Diese Verlinkung erfolgte im Wege eines Inline-Links, d. h., das Bild wurde direkt vom Content-Anbieter geladen. Neben dem Originalbild wurde die Internetadresse der Webseite, von der das Bild stammte, angegeben.⁷⁶⁰ Gegen diese Darstellung ging der amerikanische Fotograf Leslie A. Kelly rechtlich vor. Seiner Auffassung nach beging Arriba sowohl durch die Erstellung der Thumbnails als auch durch die Einbindung seiner Werke in die Website der Suchmaschine mittels eines Inline-Links eine Urheberrechtsverletzung.

Die erste Instanz, der District Court for the Central District of California,⁷⁶¹ wies die Klage Ende 1999 ab. Die Berufung vor dem Court of Appeal for the 9th Circuit⁷⁶² entschied, dass die Erstellung von Thumbnails auch ohne Einwilligung des Urheberrechtsinhabers rechtmäßig sei. Nichtsdestotrotz stellte das Gericht auch klar, dass Aufnahmen grundsätzlich urheberrechtlich geschützt sind und die Suchmaschine Arriba diese ohne Genehmigung vervielfältigt hat.

1.2 Verfahren Perfect 10 v. Google

In einem ähnlichen und für die urheberrechtliche Bewertung der Bildersuche ebenfalls sehr wichtigen Verfahren setzte sich ein US-amerikanisches Gericht ein paar Jahre nach dem Arriba-Verfahren auseinander. Hier war die Suchmaschine Google selbst beteiligt.

⁷⁵⁹ Dies darf grundsätzlich nicht mit der derzeitigen Darstellung bei der Google-Bildersuche verwechselt werden. Bei Google erfolgt die Darstellung im Wege des sog. Framing, wobei der Nutzer bei Aufruf des Thumbnails darauf hingewiesen wird, dass es sich um die bildliche Darstellung eines möglicherweise urheberrechtlich geschützten Werkes handelt. Dieses Framing ist wiederum nur dann urheberrechtlich problematisch, wenn der Verwender sich den „geframten Inhalt“ erkennbar zu eigen macht, d. h., für den Nutzer auf den ersten Blick nicht erkennbar ist, dass es sich um das Angebot eines Dritten handelt. LG München, Urt. v. 10.01.2007, 21 O 20028/05, MMR 2007, 260, 261; a. A. OGH, 17.12.2002, 4 Ob 248/02b, GRUR Int. 2003, 863, 864 – *metedata.com*.

⁷⁶⁰ Vgl. Ott, ZUM 2007, 119, 120.

⁷⁶¹ Kelly v. Arriba Soft Corp., 77 F. Supp. 2d 1116 (C.D. cal. 1999); die Entscheidung ist abrufbar unter: www.linksandlaw.com/decisions-3.htm.

⁷⁶² Kelly v. Arriba Soft Corp., 280 F.3d 934 (9th Cir. 2002), CRi 2003, 179 ff. Das Gericht stellt allerdings fest, dass das Inline Linking das „right to display publicly“ des Rechteinhabers verletzt. Hierauf soll indes nicht vertieft eingegangen werden. Das Urteil wurde in diesem Punkt später aus prozessualen Gründen zurückgenommen; vgl. Kelly v. Arriba Soft Corp., 336 F. 3d 811 (9th Cir, 2003). Das Urteil ist ebenfalls abrufbar unter: <http://www.linksandlaw.com/decisions-55.htm>.

Im bereits oben erwähnten Fall *Perfect 10 v. Google*⁷⁶³ verklagte ein Online-Herrenmagazin den Suchmaschinenbetreiber, weil dieser Bilder von Perfect 10 im Suchergebnis als Thumbnails aufführte und weiter auf die Bilder im Originalformat leitete. Im Gegensatz zum Verfahren um *Arriba* waren die Bilder jedoch von Perfect 10 nicht selbst ins Internet gestellt worden, sondern von unbekannten Dritten, die dazu von Perfect 10 keine Genehmigung erhalten hatten. Das Erstgericht verneinte indessen eine Rechtsverletzung im Hinblick auf die Einbindung fremder Inhalte mittels eines Inline-Links. Die Darstellung von Thumbnails hingegen bewertete das Ausgangsgericht im konkreten Fall als rechtswidrig, weil der Urheber die Bilder in verkleinerter Form – hier: Handy-Logos – vermarkte und dieses Geschäftsmodell durch Google beeinträchtigt werde.

Das Berufungsgericht widersprach insbesondere dem letztgenannten Aspekt zur Darstellung der Thumbnails. Im Hinblick auf Fragen nach einer Urheberrechtsverletzung durch das Inline-Linking hingegen wurde der District Court in Kalifornien bestätigt. Demnach werde beim Inline-Linking dem Browser lediglich eine HTML-Adresse übermittelt, von der das Bild geladen werden kann. Google selbst hat hiernach jedoch keine Kopie des Bildes erstellt und folglich auch nicht an die Nutzer der Suchmaschine übermittelt. In diesem Fall war es damit auch unerheblich, dass Nutzer möglicherweise glauben konnten, dass Bild stamme von Google selbst und sei auf dessen Server gespeichert. In den USA gewährt jedoch das Urheberrecht, anders als das Markenrecht, keinen Rechtsschutz gegen eine mögliche Irreführung von Nutzern und erfordert die Weitergabe einer Kopie. Über eine solche verfügte nach Ansicht des Gerichts Google jedoch nicht. Nach dem US-amerikanischen Urheberrecht war damit eine direkte Urheberrechtsverletzung durch einen Inline- bzw. Frame-Link ausgeschlossen.⁷⁶⁴

Besonderes Augenmerk in beiden Verfahren lag allerdings darauf, ob die Eingriffe in die Verwertungsrechte der Urheber im Wege der Schrankenregelung des fair use gerechtfertigt sind. Das Berufungsgericht widersprach der Auffassung des Ausgangsgerichts, die Darstellung der Thumbnails stelle eine Urheberrechtsverletzung dar, und begründete dies mit den Rechtfertigungstatbeständen des sog. fair use.

⁷⁶³ *Perfect 10, Inc. v. Google Inc.* 416 F. Supp. 2d 828 (CD, Cal. 2006), CRi 2006, 76 ff.; CRi 2007, 109 ff.; CRi 2008, 83 ff. = MR-Int. 2007, 115 ff.

⁷⁶⁴ *Ott*, WRP 2008, 393, 410.

2. Die Schrankenregelungen des fair use

Anders als das österreichische oder das deutsche Recht enthält das amerikanische Urheberrecht neben den Schrankenregelungen der freien Werknutzungen⁷⁶⁵ auch die in 17 U.S.C. § 107 geregelte sog. Fair-use-Doktrin⁷⁶⁶. Hierbei handelt es sich um einen generalklauselartigen Rechtfertigungstatbestand, bei dessen Vorliegen eine Urheberrechtsverletzung ausscheidet. Auch in Europa werden inzwischen Stimmen⁷⁶⁷ laut, welche die Möglichkeit einer – zumindest analogen – Anwendung dieser Grundsätze auf nationale Sachverhalte erörtern. Nachfolgend sollen die wesentlichen Prinzipien dieser Regelung erläutert werden.

Die Prüfung der Rechtfertigungstatbestände von fair use erfolgt anhand des konkreten Einzelfalls und im Rahmen einer umfassenden Abwägung der Interessen anhand von insgesamt vier Faktoren.⁷⁶⁸ Diese Faktoren betreffen (1) den Zweck der Nutzung des geschützten Werks (Purpose and character of the use), (2) welcher Art das geschützte Werk ist (Nature of the copyrighted work), (3) wie viel von diesem genutzt wird (Amount and substantiality of the portion used) und letztlich (4), welche wirtschaftlichen Auswirkungen die Nutzung (Effect of the use upon the potential market for or value of the work) hat.⁷⁶⁹

2.1 Purpose and character of the use

Beim ersten Kriterium, dem „purpose and character of the use“, ist zu beurteilen, welchem Zweck die Nutzung dient, insbesondere ob sie kommerziell oder nicht kommerziell betrieben wird. Hierbei wird gleichsam berücksichtigt, ob eine ausbeuterische Verwendung des Werks vorliegt oder ob es sich nicht vielmehr um eine sog. transformative Werknutzung⁷⁷⁰ handelt. Von einer solchen transformativen Nutzung ist auszugehen, wenn dem Werk infolge der Nutzung eine andere als die ursprüngliche Zweckbestimmung zukommt oder dem Werk etwas Neues hinzugefügt wird. Je transformativer das neue Werk ist, umso weniger kommt es auf

⁷⁶⁵ Aufgrund verschiedener individueller sowie allgemeiner Interessen sieht das Urhebergesetz in einzelnen Fällen Beschränkungen der Verwertungsrechte vor. In diesem Zusammenhang wird auch von sogenannten freien Werknutzungen gesprochen. Diese sind in den §§ 41 bis 57 UrhG geregelt und legen je nach Werknutzung unterschiedlich freie Zugänge zu den Werken fest; vgl. hierzu Ciresa, Urheberwissen, S. 119.

⁷⁶⁶ Der Gesetzestext ist abrufbar unter: <http://www.law.cornell.edu/uscode/17/107.shtml>.

⁷⁶⁷ Niiranen, CRi 2006, 65, 69.

⁷⁶⁸ Siehe auch Ott, GRUR-Int. 2007, 562, 566.

⁷⁶⁹ Hierfür ist kein Faktor allein ausschlaggebend. Gleichwohl messen amerikanische Gerichte dem ersten und dem letzten Kriterium oftmals größere Bedeutung bei. Neben den aufgezählten Faktoren wird in die Bewertung auch die Intention des Urheberrechtsverstosses mit einbezogen, vgl. Ott, GRUR-Int. 562, 566.

⁷⁷⁰ Jennings, Fair use on the Internet, S. 2, 4 f., abrufbar unter: <http://www.fas.org/irp/crs/RL31423.pdf>.

etwaige wirtschaftliche Aspekte oder kommerziellen Zwecke an, die grundsätzlich gegen das Vorliegen von fair use sprechen.⁷⁷¹

Im Verfahren *Kelly v. Arriba* sprach sich das Gericht für einen solchen transformativen Charakter der Thumbnails aus. Auch wenn die Suchmaschine die Bilder kommerziell genutzt hat und mit dem Betrieb einer Suchmaschinen wirtschaftliche Zwecke verfolgt, traten diese kommerziellen Aspekt in den Hintergrund.⁷⁷² Das Gericht konstatierte hierzu, dass die Darstellung der Bilder auf der Seite des Urhebers rein ästhetischen und künstlerischen Zwecken diene, die Veröffentlichung durch die Suchmaschine hingegen den Zugang zu den Werken für die Öffentlichkeit erleichtere. Den gleichen künstlerischen Gehalt wie die Originalbilder des Urhebers könnten die Thumbnails bereits aufgrund der Unschärfe der Bilder nicht vorweisen. Dieses Kriterium wurde daher zugunsten von Arriba gewertet und sprach damit für eine Rechtfertigung.

Auch im Perfect-10-Verfahren wurde der Bewertung vorangestellt, dass Google grundsätzlich von der Bildersuche profitiere. Das Ausgangsgericht wertete hingegen die Tatsache noch zu lasten von Google. Der Suchmaschinenanbieter profitiere dann zumindest davon, Nutzer zu Webseiten mit illegalen Kopien zu führen, wenn die Betreiber dieser Seiten zugleich Werbepartner von Google sind. Google habe demnach ein unmittelbares Interesse daran, so viele Webseiten wie möglich zu verlinken,⁷⁷³ weshalb dieses Kriterium gegen Google gewertet wurde. Das Berufungsgericht widersprach dieser Darstellung und verwies auf die Ausführungen im Fall *Kelly v. Arriba*. Auch beim Verfahren gegen Google überwog demnach der transformative Charakter der Thumbnails. Durch die technische Umformung der Bilder erhalte das verkleinerte Abbild einen anderen Zweck als die ursprüngliche Originalaufnahme. Das Berufungsgericht betonte – nach Ansicht des Verfassers zu Recht – den neuen Zweck, nämlich die Verbesserung der Internetsuche und Informationsbeschaffung. Das Urteil nennt hier ausdrücklich auch das Gemeinwohl, das für die Bildersuche spreche und auch nicht zwingend durch die kommerzielle Vermarktung der Content-Anbieter verdrängt werden konnte.

⁷⁷¹ Hüttner, WRP 2009, 422, 429.

⁷⁷² Ott, ZUM 2007, 119, 121, mit weiteren Hinweisen auf die amerikanische Rechtsprechung zu diesem Kriterium.

⁷⁷³ Ott, ZUM 2007, 119, 123; ders. WRP 2008, 393, 410; Mittelstädt, Verstoßt die Bildersuche von Google im Internet gegen Urheberrecht?, S. 6, abrufbar unter: <http://www.amrecht.com/Google-UrteilRobMit.pdf>.

2.2 Nature of the copyrighted work

Der zweite Faktor untersucht die Art des geschützten Werks (nature of the copyrighted work). Hierbei werden Aspekte wie die Kreativität und Originalität in die Bewertung mit einbezogen. Zudem ist entscheidend, ob ein Werk bereits veröffentlicht wurde oder nicht. Sofern das Werk bereits veröffentlicht ist, wird die Schranke des fair use in der Regel eher zu bejahen sein.⁷⁷⁴

Sowohl im Arriba-Prozess als auch im Perfect-10-Verfahren gegen Google sprach dieses Kriterium für die Suchmaschinenbetreiber. Im Verfahren Kelly v. Arriba waren die Bilder vom Fotografen selbst im Internet veröffentlicht worden, und im Fall von Perfect 10 v. Google waren die Bilder zumindest für registrierte Benutzer bereits veröffentlicht,⁷⁷⁵ bevor es zu den Urheberrechtsverletzungen kam.

2.3 Amount and substantiality of the portion used

Der Faktor „amount and substantiality of the portion used“ betrifft das Verhältnis zwischen dem geschützten Werk und der letztendlichen Nutzung. Hierbei wird u. a. der Grad des kopierten Anteils des geschützten Werks als auch dessen Bedeutung im Verhältnis zum Gesamtwerk betrachtet. Umso mehr von einem geschützten Werk verwendet wird, desto eher werden Gerichte in den USA dazu neigen, diesen Faktor gegen den Verwender des Werkes auszulegen.⁷⁷⁶

Arriba und Google hatten die Bilder jeweils als Ganzes kopiert. Allerdings benötigen die Suchmaschinen die Thumbnails, um die Wiedererkennung der Aufnahmen und damit auch den effizienten Suchmaschineneinsatz zu gewährleisten. Bei der Kopie eines geringen Teils eines Bildes wäre die Bildersuche insgesamt in ihrer Funktionalität eingeschränkt. Dieser Aspekt wurde daher ebenfalls zugunsten der Suchmaschinen gewertet.

2.4 Effect of the use upon the potential market for or value of the work

Abschließend ist bei der Fair-use-Prüfung zu untersuchen, ob die Verwendung eines Werkes Auswirkungen auf die potenziellen Vermarktungsmöglichkeiten oder den Wert des Werkes

⁷⁷⁴ Jennings, Fair use on the Internet, S. 3, 4 ff., abrufbar unter: <http://www.fas.org/irp/crs/RL31423.pdf>.

⁷⁷⁵ Über diesen Aspekt ließe sich durchaus diskutieren. Die Tatsache, dass die Bilder für irgendeinen Dritten zugänglich gemacht worden sind, lässt nicht zwingend die Schlussfolgerung zu, dass dann die Werke insgesamt und damit auch für den Verwender der Bilder veröffentlicht sind.

⁷⁷⁶ Hüttner, WRP 2009, 422, 430; Jennings, Fair use on the Internet, S. 3, 4 ff., abrufbar unter: <http://www.fas.org/irp/crs/RL31423.pdf>.

hat. Die Möglichkeiten des Rechteinhabers auf einem bestehenden oder potenziellen Markt sollen hiernach nicht geschmälert werden.

Auch hier wurde in den USA in beiden Verfahren zugunsten der Bildersuchmaschinen entschieden, da keine negativen Auswirkungen für die Rechteinhaber durch die Erstellung von Thumbnails zu befürchten waren. Die verkleinerte Darstellung konnte die großformatigen und hochauflösenden Originalbilder nicht ersetzen. Vielmehr wären die Nutzer durchweg veranlasst, die Websites der Urheber aufzusuchen,⁷⁷⁷ sofern sie die Originalwerke beziehen möchten. Dies nützt letztlich also wiederum den Rechteinhabern.

2.5 Fazit

Die für den Bereich der Bildersuche äußerst wichtigen Entscheidungen haben gezeigt, dass die Erstellung und Veröffentlichung der Thumbnails zumindest wegen der „fair-use-defense“ gerechtfertigt war. Im europäischen Urheberrecht herrscht tendenziell ein geschlossenes und detailliertes Schrankensystem,⁷⁷⁸ das eine derart flexible Handhabung und Abwägung anhand solcher Fair-use-Kriterien derzeit – wohl – verhindert. Dennoch sollte nach Ansicht des Verfassers durchaus auch auf europäischer und nationaler Ebene darüber nachgedacht werden, ob der technischen Entwicklung im Internet und der Fortentwicklung innerhalb der Informationsbeschaffung nicht dadurch Rechnung getragen werden sollte, den Rechtsgedanke des fair use auch hierzulande anzuwenden.⁷⁷⁹

3. Rechtsprechung in Deutschland

Im Gegensatz zu den bisherigen Literaturmeinungen in Deutschland, die meist versucht haben, *de lege lata* eine sach- und interessengerechte Lösung sowie Begründung für die Zulässigkeit der Bildersuche zu finden, sind die Instanzgerichte bislang überwiegend der Auffas-

⁷⁷⁷ Perfect 10, Inc. v. Google Inc., 416 F. Supp. 2d 828 (C.D. Cal. 2006), CRi 2008, 83, 86 („In Kelly, we concluded that Arriba’s use of the thumbnail images did not harm the market for the photographer’s full-size images. We reasoned that because thumbnails were not a substitute for the full-sized images, they did not harm the photographer’s ability to sell or license his full-sized images. The district court here followed Kelly’s reasoning, holding that Google’s use of thumbnails did not hurt Perfect 10’s market for full-size images. We agree.“).

⁷⁷⁸ Siehe auch Metzger, in: Leistner, Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, S. 25.

⁷⁷⁹ Hierzu bedürfte es allerdings einer gesetzlichen Regelung, da die bestehenden europäischen Normen eine solche Auslegung wohl derzeit nicht zulassen.

sung gefolgt, dass die Erstellung und Anzeige der Thumbnails einen Eingriff in die Rechte der Urheber darstellen⁷⁸⁰ und auch von keinem Privilegierungstatbestand erfasst werden.

Die deutschen Gerichte⁷⁸¹ werteten die Erstellung der Thumbnails und deren Speicherung auf dem Server des Suchmaschinenbetreibers überwiegend als eine Vervielfältigung⁷⁸² (§ 16 UrhG) eines geschützten Werkes. Lediglich das OLG Jena⁷⁸³ sah – letztlich für das rechtliche Ergebnis unerheblich – in der Erstellung der Thumbnails eine Bearbeitung des geschützten Werkes (§ 14 UrhG). Im Hinblick auf die Veröffentlichung der Thumbnails im Internet wird überwiegend⁷⁸⁴ ein Eingriff in das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§18a UrhG) gesehen. Bezüglich der deutschen Rechtsprechung soll insbesondere auf zwei Verfahren näher eingegangen werden, bei denen es um Probleme bei der Bildersuche ging.

3.1 Die rechtliche Ausgangslage im Verfahren vor dem OLG Jena

In dem Verfahren des OLG Jena ging es um eine Künstlerin, die Fotografien ihrer Bilder über ihre eigene Website im Internet veröffentlichte. Voranzustellen ist hierbei, dass die Webseitenbetreiberin und Rechteinhaberin keinerlei Maßnahmen ergriffen hatte (robots.txt), um die Indexierung ihrer Bilder durch die Suchmaschine zu verhindern. Darüber hinaus war in diesem Verfahren unstreitig, dass die Seite, auf der sich die Bilder befanden, für Suchmaschinen wie Google optimiert war.

Das Ausgangsgericht⁷⁸⁵ stellte zwar grundsätzlich eine Urheberrechtsverletzung durch die Anzeige der Thumbnails fest. Nichtsdestotrotz scheiterte eine Verurteilung von Google, da

⁷⁸⁰ Bilder und auch Thumbnails genießen i. d. R. als Werke der bildenden Kunst (§ 3 Abs.1 UrhG), als Lichtbildwerke (§ 3 Abs. 2 UrhG) oder als Lichtbilder (§ 73 UrhG) urheberrechtlichen Schutz. Als Lichtbildwerke bezeichnet man eigentümliche, geistige Schöpfungen auf dem Gebiet der bildenden Kunst, die durch ein fotografisches oder durch ein der Fotografie ähnliches Verfahren hergestellt werden. Als Lichtbildwerk wird ein Foto dann geschützt, wenn es das Ergebnis einer originellen geistigen Schöpfung ist. Im Unterschied zu Lichtbildwerken bedarf es bei einfachen Lichtbildern keiner eigentümlichen Geistestätigkeit. Hierunter fallen Bilder, die lediglich die Realität wiedergeben, ohne dass es einer künstlerischen Leistung bedürfte. Da die Verletzung der Urheberrechte an sich weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur ernsthaft bestritten wird (vgl. allerdings *Wimmers/Schulz*, CR 2008, 170, 176, die in der Bildersuche bereits eine urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung infrage stellen), werden die betroffenen Verwertungsrechte nur knapp skizziert.

⁷⁸¹ LG Erfurt, Ur. v. 15.03.2007, 3 O 1108/05, K&R 2007, 325 ff., = CR 2007, 391 f.; *Schack*, MMR 2008, 414, 415; *Dustmann*, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, § 16 Rn. 13; *Dreier*, in: FS Krämer, 225, 227.

⁷⁸² Zum Recht der Vervielfältigung siehe auch *Deutsch*, in: Bogendorfer/Ciresa, Urheberrecht, S. 22.

⁷⁸³ OLG Jena, Ur. v. 27.02.2008, 2 U 319/07, K&R 2008, 301 ff.; *Ott*, K&R 2008, 306, 308; ebenso im Ergebnis *Leistner/Stang*, CR 2008, 499, 501; a. A. *Heymann/Nolte*, 2009, 759, 760.

⁷⁸⁴ LG Erfurt, Ur. v. 15.03.2007, 3 O 1108/05, K&R 2007, 325, 326; LG Hamburg, Ur. v. 26.09.2008, 308 O 42/06, K&R 2008, 759, 760; *Ott*, ZUM 2007, 119, 125; *Leistner/Stang*, CR 2008, 499, 502; a. A. OLG Jena, Ur. v. 27.02.2008, 2 U 319/07 K&R 2008, 301, 302, das von einer öffentlichen Wiedergabe i. S. d. § 15 Abs. 2 dUrhG ausging.

⁷⁸⁵ LG Erfurt, Ur. v. 15.03.2007, 3 O 1108/05, K&R 2007, 325, 326 = CR 2007, 391, 392.

die Richter von einer stillschweigenden Einwilligung der Rechteinhaberin in die Verwertung ihrer Bilder ausgingen. Die Urheberin habe folglich kein nennenswertes Interesse, die Nutzung von Thumbnails für die Suche nach entsprechenden Bildern zu untersagen, wenn die Rechteinhaberin letztlich durch die Suchmaschinenoptimierung so viele Zugriffe wie möglich erzielen und die Aufmerksamkeit für die Seite erhöhen möchte. Aus diesem Grund sei davon auszugehen, dass der Anbieter einer solchen Webseite mit dem Zugriff durch die Robots stillschweigend einverstanden ist. Andernfalls müsse der Rechteinhaber dies mit den entsprechenden Befehlen im Quellcode verhindern.⁷⁸⁶

In der Berufung verneinte das OLG Jena zwar das Vorliegen einer solchen Einwilligung mit der Begründung, dass an die subjektiven Mindestanforderungen, die ein Erklärender seinen Handlungen in diesem Fall beimessen muss, strenge Anforderungen zu stellen sind. Das Einstellen von Bildern in das Internet muss hiernach nicht zwingend die Intention haben, leichter von Suchmaschinen gefunden zu werden. Folglich lag – so das Gericht – in der Handlung kein Erklärungsinhalt hinsichtlich der konkludenten Einwilligung in die Verwertungshandlung durch eine Suchmaschine.⁷⁸⁷ Dennoch verwehrte das Gericht im Ergebnis der Klägerin auch hier urheberrechtliche Ansprüche, da die Geltendmachung von Unterlassungs- und Schadenersatzansprüchen aufgrund der Suchmaschinenoptimierung zumindest rechtsmissbräuchlich i. S. d. des „venire contra factum proprium“ seien.⁷⁸⁸ Mit der Suchmaschinenoptimierung habe die Urheberin zu verstehen gegeben, dass sie an einem Zugriff und einer Indexierung durch die Suchmaschine interessiert sei. Folglich sei die Berufung auf eine fehlende Einwilligung zur Verwertung der Bilder durch eine Suchmaschine treuwidrig.

Dieser Darstellung folgte in der Revision schließlich auch der BGH.⁷⁸⁹ Die Karlsruher Richter stellten fest, dass der in der Wiedergabe der Thumbnails liegende Eingriff in die Verwertungsrechte (§ 19a dUrhG) der Urheberin nicht rechtswidrig sei, weil Google eben dem Ver-

⁷⁸⁶ Siehe hierzu auch *Roggenkamp*, K&R 2007, 328, 329, der bereits hier darauf hinwies, dass eine konkludente Einräumung von Nutzungsrechten mit den Grundprinzipien des Urheberrechts nicht in Einklang zu bringen sei. Das Urheberrecht verlangt demnach vom Urheber gerade kein präventives Tätigwerden zum Schutz seiner Werke.

⁷⁸⁷ Das OLG Jena betonte zudem, dass es grundsätzlich Aufgabe des Nutzers sei, sich um eine Lizenzierung der geschützten Werke zu kümmern. Vgl. hierzu auch *Ott*, ZUM 2009, 345, 348. A. A. *Heymann/Nolte*, K&R 2009, 759, 761; *Ungern-Sternberg*, GRUR 2009, 369, 370.

⁷⁸⁸ OLG Jena, Urt. v. 27.02.2008, 2 U 319/07, K&R 2008, 301, 306. Der Einwand des Rechtsmissbrauchs gem. § 242 BGB ist dem österreichischen Recht grundsätzlich fremd. Dieser Einwand wirkt nur zwischen den Parteien und wird in der deutschen Rechtsprechung (bislang) auch nur in Ausnahmefällen angewendet. Vgl. hierzu auch *Dittrich*, § 18 Rn. E 3, sowie auch OGH, 19.11.2002, 4 Ob 229/02 h, ÖBl 2003, 142, 146 – *Hundertwasserhaus II*.

⁷⁸⁹ BGH, Urt. v. 29.04.2010, I ZR 69/08, MMR 2010, 475 ff. – *Vorschaubilder*.

halten der Rechteinhaberin entnehmen konnte und durfte, dass sie mit der Anzeige der Werke im Rahmen der Bildersuche einverstanden ist. Wer seine Internetseite demnach für den Zugriff durch eine Suchmaschinen in dieser Form zugänglich macht, ohne von der technischen Möglichkeit Gebrauch zu machen, die Abbildungen seiner Werke durch Bildersuchmaschinen in Form von Vorschaubildern zu unterbinden, muss derartige Thumbnails nach Ansicht des BGH auch dulden. Nichtsdestotrotz betonte der BGH in Übereinstimmung mit dem OLG Jena, dass eine ausdrückliche oder stillschweigende rechtsgeschäftliche Erklärung der Urheberin zur Einräumung der Nutzung durch Google nicht angenommen werden kann.

Darüber hinaus hat der Senat auch eine für die zukünftige Entwicklung des Suchmaschinenrechts bedeutende Feststellung gemacht, wonach in den Fällen, in denen die Bilder nicht vom Urheber selbst ins Internet gestellt worden sind, die Suchmaschine die Haftungsprivilegierung für Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft nach der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr in Anspruch nehmen kann. Dies läge – so das Gericht – zumindest nach den AdWords-Entscheidungen des EuGH und den Ausführungen des Generalanwalts nahe. Daraus würde folgen, dass eine Haftung des Suchmaschinenbetreibers auch hier frühestens ab dem Zeitpunkt der Kenntnis von der Rechtswidrigkeit der gespeicherten Information infrage kommt.

3.2 Die rechtliche Ausgangslage der Hamburger Rechtsprechung

Die Diskussion um eine mögliche konkludente Einwilligung oder dem Einwand des Rechtsmissbrauchs stellt sich allerdings nicht, sofern die Informationen und Bilder von Dritten ohne Wissen des Rechteinhabers im Internet veröffentlicht und anschließend von der Suchmaschine gefunden werden. Diese Problemstellung war Gegenstand der Hamburger Thumbnail-Verfahren.

In den Verfahren vor dem LG Hamburg⁷⁹⁰ ging es um die Verwendung von Comiczeichnungen eines Künstlers in der Bildersuchmaschine. Im Gegensatz zu dem zuvor genannten Verfahren vor dem BGH und dem OLG Jena hatte der Urheber allerdings seine Zeichnungen weder selbst auf seiner Webseite veröffentlicht noch einem Dritten eine Einwilligung in die Verwertung im Internet erteilt. Das Gericht musste sich folglich in diesem Verfahren nicht mit der Frage einer konkludenten Einwilligung auseinandersetzen. Auch hier stellte das Ge-

⁷⁹⁰ LG Hamburg, Urt. v. 26.09.2008, 308 O 42/06, K&R 2008, 759 ff., sowie die Parallelentscheidungen: 308 O 248/07 – *Thumbnails* GRUR-RR 2004, 313 ff., 308 O 115/06 – *Deutsche Telekom*, 308 O 113/06 – *Freenet*, 308 O 404/06 – *Hansenet*.

richt zunächst fest, dass das Bereithalten der Bilder als Thumbnails durch Google eine urheberrechtlich relevante Nutzung verkörpert und den Rechteinhaber in seinen Rechten auf öffentliche Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) verletzt. Die Thumbnails lassen alle schöpferischen Elemente des Originalwerkes erkennen, weshalb von einer – wenn auch verkleinerten, so jedoch vollständigen – Darstellung des Originalwerkes auszugehen ist, der urheberrechtlicher Schutz beigemessen werden kann.

Während in den vorgenannten Verfahren die Widerrechtlichkeit der Urheberrechtsverletzung abgelehnt wurde, weil die Rechteinhaberin ihre Seite für Suchmaschinen optimiert hatte, so wurde die Rechtsverletzung in diesem Fall letztendlich bejaht. Auch wenn das Gericht die große Bedeutung von Suchmaschinen durchaus betonte,⁷⁹¹ wurde Google von den Hamburger Richtern verurteilt. Das LG Hamburg⁷⁹² hielt hierbei explizit fest, dass:

„man nicht im Stande sei, die bestehenden Schrankenbestimmungen, die vom Gesetzgeber für derartige Sachverhalte überhaupt nicht konzipiert worden sind, derart extensiv auszulegen, um die bestehenden Ausschließlichkeitsrechte der Urheber zu Gunsten der Suchmaschinenbetreiber einzuschränken.“

Dies zeigt wohl deutlich, dass zwar die Bedeutung und Vorteile der Bildersuche klar erkennbar sind und auch die Einstellung eines solchen Dienstes kaum gewollt sein kann, das Gesetz jedoch für einen solchen Dienst anscheinend nicht „konzipiert“ ist. Dies lässt dem Gericht folglich keine andere Wahl, als das Interesse des Urhebers an der uneingeschränkten Kontrolle über seine Werke höher zu bewerten wie das Interesse der Allgemeinheit am Zugang zu den im Netz befindlichen Informationen und Bildern. Das Gericht setzte sich hierbei auch vertieft mit den bisherigen Lösungsansätzen in Literatur und Rechtsprechung für dieses unbefriedigende Ergebnis auseinander.

⁷⁹¹ Das Gericht betonte das „hoch anzusiedelnde Interesse der Allgemeinheit an effizientem Zugang zu graphischen Informationen im Netz“. Dem Gericht waren die Auswirkungen seiner Entscheidung durchaus bewusst, und so entschied man sich dazu, die Sicherheitsleistung zur vorläufigen Vollstreckung des Urteils auf einen Betrag von 100.000.000,00 (einhundert Millionen Euro) festzusetzen. Vgl. auch Wäßle, K&R 2008, 729, 731.

⁷⁹² Das OLG Hamburg, Urt. v. 12.05.2010, Az. 5 U 221/08, BeckRS 2010, 14190, hat die Entscheidung des LG inzwischen aufgehoben. Allerdings ging es in der Berufung nicht mehr um die Frage nach den möglichen Rechtfertigungstatbeständen oder um die Zulässigkeit der Bildersuche an sich. Das OLG wies die Klage bereits wegen der fehlenden Aktivlegitimation des Künstlers ab.

3.3 Lösungsansätze in der Literatur und Rechtsprechung

In Deutschland wurde bislang immer wieder versucht, die Bildersuche von Google unter die Schrankenbestimmungen des dUrhG zu subsumieren und die Verwertungshandlungen der Bildersuchmaschine von Google mithilfe der §§ 44a ff. dUrhG zu rechtfertigen. Die wichtigsten⁷⁹³ Schrankenbestimmungen, die bei der Diskussion angesprochen werden, sollen nachfolgend kurz veranschaulicht werden.

3.3.1 Schranke der vorübergehenden Vervielfältigungshandlung

Im Bereich der möglichen Rechtfertigung für die Bildersuche von Google wurden von der Rechtsprechung und Literatur zunächst die Schrankenregelung des § 44 a dUrhG (§ 41a UrhG) diskutiert.⁷⁹⁴ Diese Bestimmung bezweckt für bestimmte Vervielfältigungen eine Ausnahme vom ausschließlichen Vervielfältigungsrecht des Urhebers bzw. Leistungsschutzberechtigten. Für § 44a UrhG müssen kumulativ vier Voraussetzungen gegeben sein, nämlich (1) eine vorübergehende Vervielfältigung, die (2) lediglich flüchtig oder begleitend sowie (3) integraler und wesentlicher Teil eines technischen Verfahrens ist, gepaart mit (4) der fehlenden wirtschaftlichen Bedeutung.

Diese Schrankenbestimmung wurde indes überwiegend abgelehnt. Bei den von Google indextierten Bildern handelt es sich bereits nicht um flüchtige,⁷⁹⁵ sondern um dauerhafte Vervielfältigungen. Ferner kann sich eine Bildersuchmaschine wie die von Google auf § 44a dUrhG nicht berufen, da die Anzeige der Thumbnails grundsätzlich wirtschaftliche Ziele verfolgt, auch wenn bei der Bildersuche bislang auf die Schaltung von kontextbezogener Werbung verzichtet wird.

⁷⁹³ Teile der deutschen Literatur haben darüber hinaus versucht, den Dienst mithilfe einer Analogie zu der Bestimmung über sog. Abstracts (§ 12 Abs. 2 dUrhG) zu ziehen. Demnach sind Mitteilungen und Beschreibungen von Werken zulässig, wenn hierdurch die unmittelbare Kenntnisnahme (z. B. Betrachtung) des Originalwerks nicht ersetzt wird. Diese Diskussion wurde jedoch – soweit ersichtlich – zumindest nicht unmittelbar im Zusammenhang mit den Thumbnails von den Gerichten problematisiert. Dies gilt auch für die Analogie zu § 59 dUrhG, wonach Bilder aus dem öffentlichen Raum zur freien Verfügung stehen. Zur Literaturmeinung sei daher nur auf die Beiträge von *Heymann/Nolte*, K&R 2009, 759, 764, und *Leistner/Stang*, CR 2008, 499, 502 f., verwiesen.

⁷⁹⁴ *Berberich*, MMR 2005, 145, 147; *Schrader/Rautenstrauch* UFITA 2007, 761, 770; OLG Jena, OLG Jena, Urt. v. 27.02.2008, 2 U 319/07, K&R 2008, 301, 302.

⁷⁹⁵ OLG Jena, Urt. v. 27.02.2008, 2 U 319/07, K&R 2008, 301, 303; LG Hamburg, Urt. v. 26.09.2008, 308 O 248/07; LG Hamburg, Urt. v. 26.09.2008, 308 O 42/06, CR 2009, 47, 49; *Berberich*, MMR 2005, 145, 147; *Schack* MMR 2008, 414, 415; a. A. *Heymann/Nolte*, K&R 2009, 759, 764, mit dem Hinweis darauf, dass die Thumbnail-Datei beim Indexierungsvorgang der Suchmaschine automatisch gelöscht wird, sobald die Ursprungsdatei vom Server entfernt wird. Die „Lebensdauer“ eines Thumbnails sei demnach grundsätzlich auf das für das ordnungsgemäße Funktionieren des technischen Vorgangs Erforderliche beschränkt. Vgl. hierzu auch EuGH, v. 16.07.2009, C-5/08, GRUR 2009, 1041, 1045 – *Infopaq/DDF*.

3.3.2 **Thumbnails als Zitate**

Auch eine Anwendung des sog. Zitatrechts gemäß § 51 dUrhG im Hinblick auf die Thumbnails des Suchmaschinenbetreibers wurde erörtert. Hierbei stellt sich die Frage, ob in der Anzeige von Thumbnails ein hierbei geforderter legitimer Zitzweck⁷⁹⁶ vorliegt. *Dreier*⁷⁹⁷ vertritt hier die Ansicht, dass bei der Bildersuche ein solcher Zweck darin liegt, dem Nutzer einen Nachweis auf den Inhalt der im Rahmen der Suche aufgefundenen Bilder zu geben und somit die unüberschaubare Informationsflut im Internet überhaupt handhabbar zu machen.

Das OLG Jena⁷⁹⁸ forderte allerdings für das Zitatrecht eine geistige Auseinandersetzung des Zitierenden mit dem Werk. An einer solchen irgendwie gearteten geistigen Auseinandersetzung fehlt es bei den Thumbnails, da die Trefferliste und die Thumbnails rein maschinell zusammengestellt werden.

3.3.3 **Modell der konkludenten Einwilligung**

Bis zur Entscheidung des BGH wurde von einem großen Teil der Literatur⁷⁹⁹ das Modell einer konkludenten Einwilligung in die Verwertung der Bilder vertreten. Einer vertiefenden Darstellung bedarf es hierzu jedoch nicht mehr, nachdem nunmehr in Deutschland höchstrichterlich festgestellt wurde, dass es an einer solchen Einwilligung des Rechteinhabers regelmäßig fehlt. Zumindest reicht es hierfür nicht aus, dass der Urheber seine Werke lediglich über seine Seite verfügbar hält und den Zugriff durch die Suchmaschine mithilfe der robots.txt-Datei nicht verhindert. Es fehlt zumindest an einem für eine konkludente Einwilligung erforderlichen und ausreichenden Erklärungsinhalt durch ein tatsächliches Verhalten. Hierzu stellte bereits zuvor das OLG Jena⁸⁰⁰ fest, dass allein das Einstellen von Bildern ins Internet keinen

⁷⁹⁶ *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, Urheberrecht, § 51 Rn. 3.

⁷⁹⁷ *Dreier*, in *FS-Krämer*, 225, 234.

⁷⁹⁸ OLG Jena, Urt. v. 27.02.2008, Az. 2 U 319/07, K&R 2008, 301, 303.

⁷⁹⁹ *Heymann/Nolte*, K&R 2009, 759, 761, die hierbei auf ein sozialtypisches Verhalten abstellen, dem aus Sicht des objektiven Empfängers nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung des Verkehrssitte ein rechtsgeschäftlicher Erklärungswert im Sinne des Einverständnisses beizumessen ist. Im Ergebnis auch LG Hamburg, Urt. v. 22.02.2006, Az. 308 O 743/05, MMR 2006, 697, 699; v. *Ungern-Sternberg*, GRUR 2009, 369, 370; *Meyer*, K&R 2008, 201, 207, ebenfalls mit ähnlichen Argumenten bereits BGH, Urt. v. 06.12.2007, Az. I ZR 94/05, GRUR 2008, 245, 247 – *Drucker und Plotter*; a. A bereits OLG Jena, Urt. v. 27.02.2008, Az. 2 U 319/07, K&R 2008, 301, 303; *Roggenkamp*, K&R 2007, 328, 329. Eine hierzu kritische Anmerkung findet sich bei *Lewandowski/Höchstötter*, Wie effektiv sind Suchmaschinen zur Recherche nach Bildern von berühmten Persönlichkeiten?, abrufbar unter: http://www.bui.haw-hamburg.de/fileadmin/user_upload/lewandowski/doc/Bildersuche_Preprint.pdf.

⁸⁰⁰ OLG Jena, Urt. v. 27.02.2008, Az. 2 U 319/07, K&R 2008, 301, 304.

Erklärungswert in Bezug auf eine Einwilligung in Nutzungen und Verwertungen durch Umgestaltung oder Vervielfältigung hat.⁸⁰¹

3.3.4 Lösungsansatz de lege ferenda und fair use

Nach Ansicht des Verfassers zeigen die Ansätze der Literatur und Rechtsprechung, dass eine Rechtfertigung der Google-Bildersuche de lege lata derzeit mit den bestehenden Schrankenregelungen zumindest im Fall der Veröffentlichung durch Dritte nur schwer möglich erscheint. In dem Verfahren vor dem OLG Jena konnte der BGH die bisher diskutierten Fragen umgehen,⁸⁰² indem er sein Ergebnis auf den Aspekt „Treu und Glauben“ gestützt und einen urheberrechtlichen Anspruch letztlich verneint hat.

Das Ergebnis des BGH überzeugt wohl im Ergebnis. Ein Urheber, der Texte oder Bilder im Internet ohne Einschränkungen frei zugänglich macht, muss mit den nach den Umständen üblichen Nutzungshandlungen rechnen. Da es auf den objektiven Erklärungsinhalt aus der Sicht des Erklärungsempfängers ankommt, ist es ohne Bedeutung, ob die Berechtigte gewusst hat, welche Nutzungshandlungen im Einzelnen mit der üblichen Bildersuche durch eine Bildersuchmaschine verbunden sind. Mit dem Einstellen der Abbildungen der Werke in das Internet erklärt sich die Urheberin mit der Wiedergabe ihrer Werke in Vorschaubildern einverstanden, sofern sie diese Bilder nicht gegen das Auffinden durch die Suchmaschine sichert.⁸⁰³

Zugleich scheint hierdurch das Problem um die Thumbnails nicht gelöst. Das Verfahren vor dem LG Hamburg hat keine Antworten liefern können, was mit Bildern ist, die ohne Wissen der Rechteinhaber veröffentlicht worden sind. Nicht zuletzt die Ausführungen des Ausgangsgerichts haben demonstriert, wie „hilflos“ nationale Gerichte bei der Bewertung von rechtlichen Problemen sind, die eine Folge der technischen und medialen Fortentwicklung sind. Für diese Fälle sollte nach Ansicht des Verfassers insbesondere über den Ansatz nachgedacht werden, die Grundsätze des fair use de lege ferenda auf solche Sachverhalte anzuwenden. Die zuvor genannten Fair-use-Kriterien weisen nach diesseits vertretener Ansicht die erforderliche Flexibilität auf, auf derartige Fragestellungen zu reagieren. Hierbei ist insbesondere hervorzuheben, dass im Rahmen dieser Kriterien ein Gericht veranlasst wäre, sich im Rahmen einer

⁸⁰¹ Zur Kritik an der Sichtweise des OLG Jena im Hinblick auf Ausführungen zur Suchmaschinenoptimierung siehe Ott, ZUM 2009, 345, 349; ders. K&R 2008, 306, 307.

⁸⁰² Der BGH verwirft die meisten Ansätze für eine Schrankenregelung und spricht insbesondere § 44 a und 51 dUrhG an.

⁸⁰³ BGH, Urt. v. 29.04.2010, I ZR 69/08, MMR 2010, 475, 480 – *Vorschaubilder*.

umfassenden Interessenabwägung mit den Aspekten der Rechteinhaber auf der einen und den Interessen einer Suchmaschine auf der anderen Seite auseinanderzusetzen.

Allerdings zeigen sich auch grundlegende Schwächen der Fair-use-Merkmale. Die hier genannten Begriffe sind größtenteils interpretationsbedürftig und werden voraussichtlich von den Gerichten unterschiedlich bewertet werden. Dies trägt wiederum nicht zur erforderlichen Rechtssicherheit bei. Zugleich offenbart sich, dass auch diese Kriterien nicht vollumfänglich auf den Fall passen, in denen derartige Bilder gänzlich ohne Wissen des Betroffenen veröffentlicht werden. Das Prüfungspunkt „effect of the use upon the potential market for or value of the market“ wird sich wohl nur schwer bewerten lassen, wenn der Betroffene z. B. noch überhaupt keine Ambitionen hatte, seine Werke zu vermarkten, nunmehr durch die (unberechtigte) Veröffentlichung allerdings quasi dazu gezwungen wird. So sinnvoll die Berücksichtigung von fair-use-Kriterien auch erscheint, so schwierig scheint die konkrete Rechtsanwendung zu sein. Zumindest für den Fall der Rechtsverletzung durch Dritte passen die Kriterien nicht. Allerdings ist auch der dahinter stehende Aspekt zu berücksichtigen, bei der Frage möglicher Rechtsverletzung im Internet durch vermeintlich „neue“ Rechtsprobleme durchaus den Versuch zu starten, auf derartige Rechtskonstruktionen zurückzugreifen.

3.3.5 Lösungsansatz der Privilegierung

Der BGH⁸⁰⁴ hat daneben angedeutet, dass für den Betreiber einer Suchmaschine im Falle einer Urheberrechtsverletzung durch die Erstellung der Thumbnails die Privilegierung von Anbietern von Diensten der Informationsgesellschaft nach der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr infrage kommt, und bezieht sich hierbei ausdrücklich auf die AdWords-Verfahren. Damit versuchte der BGH, im Wege eines obiter dictum auch auf die Probleme der Hamburger Richter bei den Thumbnails einzugehen. Bei den Bildern, die von dazu nicht berechtigten Personen ins Netz eingestellt werden, könnte die Haftung des Betreibers der Suchmaschine auf solche Verstöße beschränkt sein, die begangen werden, nachdem er auf eine klare Rechtsverletzung hingewiesen worden ist (Host-Provider⁸⁰⁵). Diese Vorschrift sei – so der BGH – auf die Bereitstellung der Dienstleistungen von Suchmaschinen

⁸⁰⁴ BGH, Urt. v. 29.04.2010, I ZR 69/08, MMR 2010, 475, 480 – *Vorschaubilder*.

⁸⁰⁵ In diese Richtung bereits das AG Bielefeld, Urt. 18.02.2005, Az. 42 C 767/04, CR 2006, 72 ff. *Leister/Stang*, CR 2008, 499, 507, sind jedoch der Auffassung, dass es in Bezug auf die Thumbnails für Google am Erfordernis der „Fremdheit der Informationen“ mangelt, weshalb eine Privilegierung anhand der Bestimmung von § 14 ECG zumindest ausscheiden würde. Einer solchen Ansicht ist wohl nicht zuzustimmen. Google lässt objektiv keine Anhaltspunkte erkennen, sich die Bilder zu eigen machen zu wollen.

anwendbar, wenn die betreffende Tätigkeit des Suchmaschinenbetreibers rein technischer, automatischer und passiver Art ist und der Suchmaschinenbetreiber weder Kenntnis noch Kontrolle über die von ihm gespeicherte oder weitergeleitete Information besitzt. Hierbei wäre man wieder bei den zuvor bereits beschriebenen Herausforderungen. Zudem sollte hier insbesondere nicht der oben genannte Einwand greifen, dass eine Verantwortlichkeit von Google allein dadurch ausscheide, weil eine sinnvolle Nutzung der Bildersuche andernfalls nicht möglich sei. Auch im Bereich der Bildersuche sollte nicht der Eindruck vorherrschen, für Google gelte das Prinzip „too big to be liable“. Hierauf sollte es aber auch bei der Google Bildersuche letzten Endes nicht ankommen.

Wie bereits zu Beginn angedeutet, unterscheidet sich die Bildersuche weder technisch noch inhaltlich von der normalen Suchfunktion, was unter Berücksichtigung der österreichischen Rechtslage durchaus die Möglichkeit eröffnen würde, sowohl die Privilegierung des § 16 ECG, also auch die des § 14 ECG anzuwenden.

Da es in Deutschland an einer Privilegierungsvorschrift für Suchmaschinen fehlt, bleibt es abzuwarten, ob in den nachfolgenden Verfahren zumindest die Grundsätze der Host-Provider herangezogen werden.

3.4 Fazit

Auch wenn der Betrieb von Bildersuchmaschinen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Deutschland als rechtmäßig anerkannt worden ist, muss nichtsdestotrotz in diesem Bereich ein Umdenken in der Gesetzgebung erfolgen. Es ist schlichtweg eine Tatsache, dass eine Vielzahl von Gesetzen keine adäquate Subsumtion zulässt, was sich insbesondere an dem Versuch gezeigt hat, die Thumbnails-Probleme mithilfe der Zitierregeln⁸⁰⁶ rechtfertigen zu wollen. Der fortschreitenden technischen Entwicklung des Internets, seiner Dienste und Anwendungen ist daher eine Anpassung und Weiterentwicklung des Rechts geschuldet. Auch nach dem Urteil des BGH bleibt die Entwicklung der Google-Bildersuche mit Spannung abzuwarten. In den Fällen, in denen das Werk ohne Einwilligung des Urhebers bzw. gegen seinen Willen in das Internet gelangt ist, scheidet die Konstruktion der schlichten Einwilligung, mit welcher der BGH hier argumentiert hat, aus. Es bleibt zudem abzuwarten, ob die Gerichte, wie vom BGH in dem obiter dictum nahegelegt, die Haftungsprivilegierung des Host-Providers anwenden werden. Die Andeutungen des BGH lassen einen solchen Schluss durch-

⁸⁰⁶ Siehe oben E.II.3.3.2.

aus zu. Die Möglichkeit einer Berücksichtigung der Fair-use-Doktrin sollte hierbei jedoch nicht aus den Augen verloren werden.

F. Die Google-Buchsuche

„Die Digitalisierung von Büchern ist eine Chance. Das Urheberrecht ist das Problem.“⁸⁰⁷

I. Einleitung

Wissen und Informationsbeschaffung stellen in der heutigen Informationsgesellschaft einen der entscheidenden Faktoren zur Steigerung der Leistungsfähigkeit der Gesellschaft dar. Diese zeichnet sich u. a. dadurch aus, von jedem Ort der Welt und zu jeder Zeit eine möglichst große Informations- und Datenmenge abrufen und einsehen zu können. Die Gesellschaft ist hierbei nicht zuletzt aufgrund eines Such- und Informationsdienstes wie Google gewöhnt, frei über eine Unmenge an Daten und Informationen zu verfügen. Google hat diesen Gedanken aufgenommen und sich zum Ziel gesetzt, die „Digitalisierung allen Wissens“ voranzutreiben. Die Realisierung dieses Ziels versucht Google mithilfe des sog. Google Book Search-Projects umzusetzen, um – nach eigenen Angaben – das Wissen der Welt möglichst umfassend zu digitalisieren und online verfügbar zu machen. Die Diskussion um die Verfügbarkeit von Wissen über das Internet und die gesellschaftliche Auseinandersetzung über die Begrenzung von Urheberrechten gegenüber dem Allgemeininteresse stehen dabei im Mittelpunkt.

Google hat im Jahr 2004 – noch unter dem damaligen Namen Google Print – damit begonnen, Millionen von Büchern einzuscannen und zu digitalisieren.⁸⁰⁸ Im Gegensatz zu den Vereinigten Staaten plant Google für Europa derzeit noch nicht den Aufbau einer solchen Online-Bibliothek,⁸⁰⁹ sondern stellt einen Index zur Verfügung, mit dessen Hilfe Bücher auffindig gemacht werden, um diese anschließend bei den Verlagen kaufen oder in Bibliotheken nachschlagen zu können. Derzeit geht man davon aus, dass Google bereits über zehn Millionen Bücher eingescannt hat,⁸¹⁰ wovon 50 % in anderen Sprachen als Englisch verfasst sind. Rund zwei Millionen Bücher werden mit ausdrücklicher Zustimmung der Rechteinhaber gescannt.

⁸⁰⁷ Dobusch, in: Kommentar der Anderen, Gerechtigkeit für Google, veröffentlicht für die Printausgabe „Der Standard“, erschienen am 23.11.2009.

⁸⁰⁸ Zur Entwicklung des Google Book Search Projekts siehe, Samuelson, Google Book Search and the Future of Books in Cyberspace (Abstract), S. 2 ff., abrufbar unter: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1535067##.

⁸⁰⁹ Bohne/Elmers, WRP 2009, 586, 587.

⁸¹⁰ Stellungnahme von David Drummond, Senior Vice President of Corporate Development und Chief Legal Office von Google in der Anhörung vor dem U.S.-Repräsentantenhaus (U.S. House of Representatives Committee on the Judiciary, in der Sache „Competition and Commerce in Digital Books“ am 10.09.2009 (S. 2), abrufbar unter: <http://thepublicindex.org/docs/letters/Drummond.pdf>. Siehe auch den Beitrag bei derstandard.at vom 29.07.2009, abrufbar unter: <http://derstandard.at/1246543289170/Google-hat-bereits-zehn-Millionen-Buecher-gescannt>. Samuelson, Academic Author Objections to the Google Book Search Settlement (S. 2), spricht von rund 12 Millionen Büchern, abrufbar unter:

Neben der Google-Buchsuche existieren auch weitere Suchsysteme, die Publikationen elektronisch anzeigen, wie z. B. das Programm „search inside!“, ein Programm des Onlinehändlers Amazon, Gallica, ein Digitalisierungsprojekt der Französischen Nationalbibliothek,⁸¹¹ sowie Libreka, eine Datenbank des Börsenvereins des deutschen Buchhandels. Auch die EU-Kommission hat 2005 damit begonnen, im Rahmen der Initiative „i2010 – eine Europäische Informationsgesellschaft für Wachstum und Beschäftigung“ eine digitale Bibliotheksdatenbank aufzubauen,⁸¹² und bietet inzwischen Zugriff auf die Werke von rund 1.000 Bibliotheken der Mitgliedstaaten. Die EU gibt als Ziel dieses Projekts – ähnlich dem von Google – die Sicherung des kulturellen Erbes der EU-Mitgliedstaaten sowie die Digitalisierung und Online-Zugänglichmachung von Informationen aus Bibliotheken an. Den derzeitigen Informationen⁸¹³ nach beträgt diese Datenbank rund 10 Millionen Werke. Auch die deutsche Bundesregierung hat Anfang Dezember 2009 die Einrichtung einer nationalen Online-Bibliothek beschlossen. Ab 2011 sollen in der sog. Deutschen Digitalen Bibliothek (DDB) mehr als 30.000 Kultur- und Wissenseinrichtungen verbunden und soll Bürgern ein zentraler Zugriff auf Bücher, Bilder, Archivalien, Skulpturen, Noten, Musik und Filme ermöglicht werden.⁸¹⁴

Gegner und Befürworter der Google-Buchsuche stehen sich bereits seit Langem unversöhnlich gegenüber.⁸¹⁵ Hierbei geht es nicht nur um die urheberrechtlichen Probleme, sondern auch um den seit Längerem geführten Diskurs um den Zugang zum öffentlichen Gut „Wissen“ und der gleichzeitigen Gefahr der Monopolisierung dieses Wissens. Die Verfügbarkeit von und der Zugang zum Wissen stellt durchaus eine der bedeutsamsten Fragen der Informationsgesellschaft dar, die eindeutige rechtliche Vorgaben benötigt.

<http://people.ischool.berkeley.edu/~pam/JTHTL.pdf>.

⁸¹¹ <http://gallica.bnf.fr>.

⁸¹² <http://www.europeana.eu>.

⁸¹³ Siehe Darstellung bei Europeana, abrufbar unter: <http://www.europeana.eu/portal/aboutus.html>.

⁸¹⁴ In Deutschland spricht man hierbei von einem „Jahrhundertprojekt in der digitalen Welt, das einen herausragenden Beitrag zur Bewahrung unserer kulturellen Identität und zum Urheberrechtsschutz leistet“.

⁸¹⁵ Siehe hierzu zuletzt die Aussage der deutschen Bundeskanzlerin v. 12.10.2009 anlässlich der Frankfurter Buchmesse, abrufbar unter: <http://www.bundestkanzlerin.de/Content/DE/Podcast/2009/2009-10-10-Video-Podcast/2009-10-10-video-podcast.html>. Zu den internationalen Kritikern zählen u. a. Givler, Google and the Book Publishers: Testing the Limits of Fair Use in the Digital Environment, S. 23, 25, „We hope that Google can be persuaded to proceed with the Library Project in a manner that respects the rights of copyright owners to authorize the copying and distribution of digital copies of their works“, abrufbar unter: <http://aaupnet.org/aboutup/issues/pgbrighthouse.pdf>; Nimmer, CRi 2006, 1, 2; Hanratty, The Google Library: Beyond Fair Use? (2005), S. 2, „Google is infringing on the reproduction right of the copyright holder and continues that infringement when it allows a portion of a copyrighted work to be displayed on a user's computer screen without permission from that copyright holder“, abrufbar unter: <http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/pdf/2005dltr0010.pdf> und Jean Noël Jeanneney, Googles Herausforderung, 1. Auflage 2006, S. 1 ff. Jeanneney ist der ehemalige Präsident der französischen Nationalbibliothek und kritisiert hierbei u. a., dass mit der Google-Buchsuche ein Monopol entsteht.

II. Funktionsweise und Inhalt der Google-Buchsuche

Die Buchsuche von Google dient der Recherche von nationalen und internationalen Druckwerken im Internet. Google scannt und speichert hierbei die Publikationen als digitale Kopie auf einem Server und wandelt die entstandenen Bilddokumente mithilfe eines Texterkennungsprogramms⁸¹⁶ in ein Textdokument um. Hierdurch wird anschließend die Volltextsuche ermöglicht. Ebenso wie bei einer „normalen“ Suchfunktion werden die erstellten Textdateien nach der Eingabe eines Suchbegriffs auf entsprechende Fundstellen und Hinweise durchsucht und wird das Werk letztlich als Bilddokument im Internet bereitgestellt. Hierbei werden entweder nur Auszüge (Snippets), eine Vorschau (Limited Preview) oder das gesamte Werk im Volltext angezeigt.

Das Besondere bei der Google-Buchsuche sind nicht nur der Umfang des Projekts und die Zahl der gescannten Bücher, sondern auch die Tatsache, dass neben allgemeinen Informationen über das Buch auch die Bezugsquellen als Links angeboten werden. Damit dient das Programm zugleich auch Marketingzwecken der Verleger. Bei der Google-Buchsuche gibt es zwei – auch rechtlich voneinander zu trennende – Varianten. Bei der einen Variante handelt es sich um das Google-Buch-Partnerprogramm (publisher program),⁸¹⁷ bei dem anderen spricht man vom Google-Bibliotheksprogramm (library program).

1. Das Google-Buch-Partnerprogramm

Das Google-Buch-Partnerprogramm basiert auf der vertraglichen Kooperation und Zusammenarbeit zwischen Google und den teilnehmenden Verlagen und Rechteinhabern. Diese stellen Google die von ihnen publizierten Druckwerke zur Verfügung, lassen die Werke von Google scannen und digital aufbereiten und anschließend in den Suchindex aufnehmen. Die Verlage und Rechteinhaber können hierbei über die Darstellung ihrer Werke und den Umfang der Veröffentlichung in den Suchergebnissen selbst entscheiden. Das bedeutet, dass sie frei wählen können, ob von den Werken nur die Titel, die bibliografischen Angaben einzelner Abschnitte der Werke (Snippets), die Darstellung einzelner Passagen oder sogar das gesamte Werk in der Buchsuche dargestellt werden soll. Google kooperiert hier mit einzelnen Verlagen, indem die Links zu den jeweiligen Bezugsquellen der Werke bereitgehalten und angezeigt werden. Google profitiert hierbei zum Teil aus den Einnahmen der Buchhändler und beteiligt gleichzeitig die Verlage – sofern diese der Vermarktung zugestimmt haben – an der

⁸¹⁶ Optical Character Recognition, siehe *Kubis*, ZUM 2006, 370, 371 (Fn 8).

⁸¹⁷ Google-Darstellung, abrufbar unter: <http://books.google.com/partner/?gsessionid=lq9BD7-Gr84>.

Einblendung kontextabhängiger Werbung.⁸¹⁸ Das Partnerprogramm ist inzwischen in Europa weit verbreitet und soll rund 20.000 Verlage und Autoren umfassen.⁸¹⁹

Soweit Google von den Autoren und Rechteinhabern die umfassenden Nutzungsrechte erworben hat, welche die Übertragung der gescannten Werke auf die Server von Google und die Wiedergabe der Werke gestatten, stellen sich keine bedeutsamen weitergehenden Probleme. Das Google-Buch-Partnerprogramm soll daher keiner tiefergehenden Betrachtung unterzogen werden.

2. Das Google-Bibliotheksprogramm

Im Jahr 2004 erweiterte Google seinen Dienst um das Google-Bibliotheksprogramm (library program⁸²⁰). Im Rahmen dieses Programms schließt Google mit unterschiedlichen Universitäten und öffentlichen Bibliotheken⁸²¹ Verträge,⁸²² um deren Bücher und Werke zu scannen und zu indexieren. Als Gegenleistung erhalten die Bibliotheken und Universitäten eine digitale Kopie des gescannten Werkes.⁸²³ Dieses Bibliotheksprogramm stellt hierbei auch den Kern der rechtlichen Auseinandersetzung dar, weil hierbei auch Werke digitalisiert werden, die (noch) urheberrechtlichen Schutz genießen und deren Verwertung bzw. Zugänglichmachung die Rechteinhaber nicht zugestimmt haben. Zudem ist zu beachten, dass es sich bei den hier gescannten Werken nicht zwingend um englischsprachige Werke handeln muss, sodass auch europäische und nationale Rechteinhaber und deren Werke betroffen⁸²⁴ sein können. Das Bibliotheksprogramm unterscheidet zwischen sog. gemeinfreien Werken und Werken, die noch dem Urheberrechtsschutz unterliegen.

Gemeinfreie Werke⁸²⁵ sind solche, die vom Urheberrechtsschutz ausgenommen sind und somit von jedermann frei benutzt werden dürfen. Diese Werke erscheinen in der Google Buch-

⁸¹⁸ Ott, GRUR Int. 2007, 562, 562; *Band*, The Google Library Project: Both Sides of the Story, S. 1, „Additionally, the publisher would share in contextual advertising revenue if the publisher has agreed for ads to be shown on their book pages“, abrufbar unter: <http://www.plagiarism.org/Google-Library-Project.pdf>.

⁸¹⁹ Hüttner, WRP 2009, 422, 423.

⁸²⁰ <http://books.google.com/intl/de/googlebooks/library.html>.

⁸²¹ Eine Liste der teilnehmenden Bibliotheken findet sich bei Google, abrufbar unter: <http://books.google.com/googlebooks/partners.html>.

⁸²² Der Vertrag zwischen Google und der University of Michigan ist abrufbar unter: <http://www.lib.umich.edu/mdp/um-google-cooperative-agreement.pdf>.

⁸²³ Hanratty, The Google Library: Beyond Fair Use?, S. 2, abrufbar unter: <http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/pdf/2005dltr0010.pdf>.

⁸²⁴ Hieran ändert auch das sog. Amended Settlement Agreement nichts. Im Einzelnen hierzu unten F. IV. 4.

⁸²⁵ Während das Eigentum an körperlichen Sachen unbefristet gilt und nach den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen ewig Bestand hat, ist das geistige Eigentum zeitlich befristet. Ab einem gewissen Zeitpunkt enden sämtliche an einem Werk bestehenden Nutzungsrechte und Urheberpersönlichkeitsrechte. Nach Ablauf

suche in einer Volltextversion und können vollständig durchsucht und gelesen werden. Bei urheberrechtlich – noch – geschützten Werken werden hingegen entweder nur die Daten über das Werk (Autor und Seitenzahlen) oder kurze Textausschnitte angezeigt.

Für Rechteinhaber bestehen damit drei Möglichkeiten⁸²⁶ mit dem Google-Buchprojekt in Berührung zu kommen. Die erste besteht darin, sich am Partnerprogramm (publisher program) zu beteiligen und dabei den Umfang der Darstellung und Veröffentlichung ihrer Werke in den Suchergebnissen zu bestimmen. Zweitens besteht die Möglichkeit, dass die Werke des Urhebers im Rahmen des Bibliotheksprogramms (Library Program) ohne sein Wissen gescannt werden. Nach der dritten Variante können die Werke durch die sog. Opt-out-Option aus der Buchsuche ausgenommen werden.

III. Urheberrechtliche Bewertung der Google-Buchsuche

Bislang hatten – soweit ersichtlich – weder österreichische noch deutsche Gerichte⁸²⁷ die Gelegenheit, zu den urheberrechtlichen Fragen der Google-Buchsuche Stellung zu nehmen. Lediglich die deutsche wissenschaftliche Buchgesellschaft (WBG) beantragte im Jahr 2006 eine einstweilige Verfügung gegen Google. Das WBG kritisierte damals u. a., dass Google für sein Vorhaben auf das umstrittene Instrument des sog. Opt-Out, d. h. die nachträgliche Möglichkeit, gegenüber Google die Entfernung der Werke zu verlangen, zurückgreife. Das LG Hamburg⁸²⁸ erklärte sich in diesem Verfahren letztlich für unzuständig, da der Scannvorgang in den USA erfolgte und die Werke des WBG lediglich digitalisierte Fragmente, nicht aber ganze Bücher darstellten. Ferner seien die dargestellten Snippets nicht urheberrechtlich geschützt. Der WBG zog daraufhin seinen Antrag auf Empfehlung des Richters zurück.

der Schutzfrist steht es damit jedermann frei, das Werk des Urhebers auf beliebige Art zu nutzen (gemeinfreie Werke). Siehe hierzu *Sartor*, Der urheberrechtliche Schutz von Multimediaanwendungen, S. 17, 49; *Ciresa*, Urheberwissen, S. 114.

⁸²⁶ *Hüttner*, WRP 2009, 422, 424.

⁸²⁷ Zuletzt sind Informationen bekannt geworden, wonach einige deutsche Verlage gegen Google rechtliche Schritte einleiten wollen, siehe Bericht bei Telemedicus vom 19.03.2010, abrufbar unter: <http://www.telemedicus.info/article/1678-Beck-Verlag-will-Google-wegen-Snippets-verklagen.html>, sowie Bericht des Buchreports vom 19.03.2010, abrufbar unter: http://www.buchreport.de/nachrichten/online/online_nachricht/datum/2010/03/19/eroeffnung-der-schnipsel-jagd.htm; vgl. auch *Rösler*, GRUR Int. 2008, 489, 490.

⁸²⁸ Siehe hierzu Bericht bei Law-Blog vom 28.06.2006, abrufbar unter: <http://www.law-blog.de/285/wbg-google-books-verfuegung/>.

In Frankreich erging hingegen am 18.12.2009 ein erstes Urteil⁸²⁹ gegen Google. Das Gericht bejahte in diesem Verfahren eine Urheberrechtsverletzung wegen der Vervielfältigung der Werke in Form der Digitalisierung und verurteilte Google zum Schadenersatz.

1. Rechtsverfolgung

Allein die Digitalisierung von inländischen Werken besagt noch nichts darüber, ob der Rechteinhaber sich auch an inländische Gerichte wenden kann. Hierfür bedarf es eines inländischen Gerichtsstandes und der Anwendbarkeit des nationalen Rechts. Beides erscheint derzeit zumindest zweifelhaft, da die eigentliche Digitalisierung der Werke in den USA⁸³⁰ stattfindet.

Nach dem sog. Schutzlandprinzip⁸³¹ (*lex loci protectionis*) werden die urheberrechtlichen Sachverhalte stets anhand des Landes beurteilt, in welchem sie begangen wurden. Deshalb ist US-amerikanisches Urheberrecht anwendbar. Lediglich wenn festgestellt werden könnte, dass Google Kopien der Bild- und Textdateien auch auf im Inland gelegenen Servern speichert und entsprechend vervielfältigt, wäre das nationale Urheberrecht anwendbar.⁸³² Hiervon zu trennen ist die Möglichkeit des Abrufs der geschützten Werke. Da die Buchsuche Nutzern weltweit zur Verfügung steht und sich das Angebot auch an inländische Nutzer richtet,⁸³³ mithin ein gezielter Abruf möglich ist, findet hinsichtlich der Zugänglichmachung der Snippets ein Teil der Verletzungshandlung im Inland statt. Unabhängig von der Anwendbarkeit des amerikanischen Rechts hinsichtlich des Scanvorgangs soll – in gebotener Kürze – die nationale Rechtslage kurz skizziert werden.

⁸²⁹ Das Urteil ist in englischer Sprache abrufbar unter:
http://thepublicindex.org/docs/ec/martiniere_english.pdf.

⁸³⁰ *Bohne/Elmers* WRP 2009, 586, 589.

⁸³¹ *Nordemann-Schiffel*, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, Vor §§ 120 Rn. 59; *Kubis*, ZUM 2006, 370, 378; v. *Ungern-Sternberg*, GRUR 2010, 273, 280; BGH, Urt. v. 16.06.1994, Az. I ZR 24/92, NJW 1994, 2888, 2889.

⁸³² Ob und – wenn ja – welche Server Google letztlich für die Buchsuche im Inland betreibt, ist allerdings nicht feststellbar. Hierbei kommt erschwerend hinzu, dass bei Google die Anfragen auf eine Vielzahl von Servern verteilt werden können. Im Hinblick auf die Anzahl und die genauen Standorte der Server existieren indes keine gesicherten Erkenntnisse.

⁸³³ Die inländische Kennung der Buchsuche lautet: <http://books.google.at/bkshp?hl=de&tab=wp>.

2. Rechtsverletzung durch den Scanvorgang

Die von Google gescannten Bücher stellen im Regelfall urheberrechtlich geschützte Werke i. S. d. § 1 Abs. 1 UrhG dar. Das Urheberrecht sichert dem Inhaber neben Urheberpersönlichkeitsrechten⁸³⁴ auch das umfassende Nutzungs- und Verwertungsrecht⁸³⁵ an seinem Werk zu.

Google scannt – hier im Zusammenhang mit dem Bibliotheksprogramm – Werke vollständig ein und wandelt die hierdurch gewonnenen Bilddateien in einen durchsuchbaren Text um. Letztlich existieren damit zwei unterschiedliche Dokumente, nämlich zum einen eine optische Abbildung des Textes und zum anderen ein digitaler Text, der letztlich die Volltextsuche ermöglicht. Diese – mit einem Word-Dokument zu vergleichende – Datei ist mit der Bilddatei verknüpft, sodass die eingegebenen Suchbegriffe den jeweiligen Buchseiten zugeordnet und angezeigt werden können.⁸³⁶ Gleichzeitig speichert Google die gewonnenen Dokumente auf seinen Servern ab. Durch diesen Scannvorgang wird das Vervielfältigungsrecht (§ 15 UrhG) des Rechteinhabers verletzt. Unter dem Begriff der Vervielfältigung versteht man die Herstellung einer oder mehrerer körperlicher Festlegungen, die geeignet sind, das Werk den menschlichen Sinnen mittelbar oder unmittelbar wahrnehmbar zu machen.⁸³⁷ Das Vervielfältigungsrecht räumt dem Urheber hierbei das alleinige Recht ein, Vervielfältigungen seines Werkes herzustellen oder herstellen zu lassen. Welche Form diese Vervielfältigung letztlich hat, wird nicht festgelegt und ist für die Frage der Vervielfältigungshandlung ohnehin nicht relevant.⁸³⁸

Das Scannen der Bücher und die anschließende Umwandlung der Dateien kann optisch wahrgenommen werden und stellt daher eine Vervielfältigung⁸³⁹ dar.⁸⁴⁰ Auch das Einstellen der

⁸³⁴ *Kucsko*, Österreichisches und Europäisches Urheberrecht, S. 38.

⁸³⁵ *Kucsko*, Österreichisches und Europäisches Urheberrecht, S. 30, 31.

⁸³⁶ *Kubis*, ZUM 2006, 370, 375; *Rösler*, GRUR Int. 2008, 489, 489.

⁸³⁷ *Dittrich*, § 15 Rn. E1; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 16 Rn. 9; *Heckmann*, AfP 2007, 314, 316.

⁸³⁸ OGH, 26.01.1999, 4 Ob 345/98 h, ÖBl 2000, 86, 88 – *Radio Melody III* = GRUR Int. 1999, 968, 969.

⁸³⁹ Streng genommen findet sogar noch eine zweite Vervielfältigungshandlung statt. Beim Durchsuchen („Browsen“) des Webangebots von Google durch den Benutzer werden Websites mit dem Browser aufgerufen und durch diesen sichtbar gemacht. Der Browser wandelt dabei die in einer Seitenbeschreibungssprache (z. B. HTML) oder Programmiersprache (z. B. Java) erstellte Website in ein Datenformat für die Bildschirmdarstellung um und macht die Seite dadurch für den Benutzer sicht- und nutzbar. Bevor die Informationen jedoch auf dem Bildschirm sichtbar gemacht werden, erfolgt eine Zwischenspeicherung derselben im Arbeitsspeicher, wodurch es zu einer weiteren Vervielfältigungshandlung kommt. Auf weitere Einzelheiten soll hier allerdings nicht weiter eingegangen werden.

⁸⁴⁰ *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586, 588, diskutieren auch, ob die Digitalisierung im Zuge des Scanvorgangs möglicherweise eine Entstellung oder Beeinträchtigung des Werkes (§ 21 Abs. 1 UrhG) darstellen könnte. Das Urheberrecht schützt nicht nur den Bestand des Werkes in der konkreten Form, sondern auch den geistig-ästhetischen Gesamteindruck des Werkes. Eine abschließende Beurteilung kann indes unterbleiben, da auf jeden Fall eine Vervielfältigung i. S. d. § 15 UrhG vorliegt. Nach Ansicht des Verfassers ist eine Entstellung durch die reine Digitalisierung jedoch ohnehin zu verneinen, da der geistige Inhalt des Werkes zu jedem Zeitpunkt erhalten bleibt, auch wenn bei der Umwandlung von den gescannten Werken in die digitali-

gescannten Werke in eine Datenbank fällt unter den Begriff der Vervielfältigung.⁸⁴¹ Die im Zusammenhang mit dem Scannen von urheberrechtlich geschützten Werken diskutierte Ausnahme vom Urheberrechtsschutz aufgrund der freien Werknutzung des § 41 a UrhG⁸⁴² ist auf die Google-Buchsuche nicht anwendbar, da die von Google erstellten Bilddateien dauerhaft die Grundlage und das Geschäftsmodell der Google-Buchsuche darstellen. Es fehlt mithin an einer nur vorübergehenden Vervielfältigungshandlung i. S. v. § 41 a UrhG.

3. Rechtsverletzung infolge der Veröffentlichung

Von der Herstellung der digitalen Kopien und dem Scanvorgang sind die Veröffentlichung der Werke und damit das „online verfügbar machen“ für die Recherche des Nutzers zu unterscheiden. Durch das Onlinestellen der von Google gescannten Bücher geht die h. M.⁸⁴³ davon aus, dass hierdurch das Zurverfügungstellungsrecht gem. § 18a UrhG verletzt wird.

§ 18a UrhG⁸⁴⁴ umfasst dabei das Recht, das Werk der Öffentlichkeit drahtgebunden oder drahtlos in einer Weise zur Verfügung zu stellen, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist. Von der Zugänglichmachung spricht man, wenn die abstrakte Möglichkeit des Abrufs und Zugriffs durch einen Dritten gewährt wird.⁸⁴⁵ Hierbei handelt es sich exakt um das Geschäftsmodell der Google-Buchsuche, indem der Inhalt der Bücher für jedermann und jederzeit zugänglich gemacht wird.

*Adolphsen/Muntz*⁸⁴⁶ stellen hierbei heraus, dass damit die maßgebliche Verletzungshandlung im Zusammenhang mit § 18a UrhG in dem potenziellen Zugänglichmachen des Werkes zum Abruf für die Internetnutzer liegt. Auf den tatsächlichen Abruf durch den Nutzer kommt es dabei nicht an. Dementsprechend könnte auch das Onlinestellen der Werke als Verletzungshandlung ausreichen, was wiederum zur Folge hätte, dass auch bei dieser Handlung das natio-

sierten Texte Fehler entstehen können (vgl. hierzu ausführlich *Kubis*, ZUM 2006, 370, 372). Entscheidend bleibt, dass den Nutzern hierbei nur gescannte Abbildungen der Buchseiten und Werke angezeigt werden, welche identisch mit dem Original sind. Die Integrität wird hierdurch nicht beeinträchtigt. Im Ergebnis auch *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 564.

⁸⁴¹ OGH, 10.07.2001, 4 Ob 155/01 z – *C-Villas* – MR 2001, 311, 312; ähnlich OLG München, Urt. v. 08.03.2000, Az. 29 U 3282/00, GRUR 2001, 499, 503.

⁸⁴² Zur Schrankenbestimmung siehe bereits oben E. II. 3.3.1.

⁸⁴³ Vgl. *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, § 19a Rn. 22.

⁸⁴⁴ § 18a UrhG ist Folge der Umsetzung von Art. 3 der Multimedia-Richtlinie (2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.05.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. L 167 v. 22.06.2001, S. 10-19).

⁸⁴⁵ *Dittrich*, § 18a Rn. E 2; *Handig*, *ecolex* 2004, 38, 39; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, § 19a, Rn. 7; LG Hamburg, Urt. v. 26.09.2008, Az. 308 O 42/06, K&R 2008, 759, 760.

⁸⁴⁶ *Adolphsen/Mutz*, GRUR Int. 2009, 789, 791; ebenso *Dietrich*, CR 2009, 188, 189; *Heckmann*, AfP 2007, 314, 316; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, Urheberrecht, § 19a Rn. 18.

nale Recht ausscheiden müsse, da auch dieser Vorgang letztlich in den USA stattfindet. Nach überwiegender Ansicht wird heute jedoch in Anlehnung an die sog. Bogsch-Theorie⁸⁴⁷ auf den Empfangsort des zugänglichen Werkes und damit auf den Ort, an dem die Abrufmöglichkeit besteht, abgestellt. Es ist hierbei indes zu betonen, dass sowohl in Österreich als auch in Deutschland eine höchstrichterliche Rechtsprechung hierzu fehlt.⁸⁴⁸ Das LG Hamburg⁸⁴⁹ hat die Anwendung von deutschem Urheberrecht mit der Möglichkeit bejaht, dass Google die streitgegenständlichen Thumbnails in Deutschland für Nutzer zum Abruf bereithält und damit zugänglich gemacht hat.

Urheberrechtlich geschützte Werke, die den Internetnutzern im Rahmen des Bibliotheksprogramms zur Verfügung und zur Einsicht gestellt werden, erscheinen jedoch nicht als Volltext, sondern lediglich in kleinen Ausschnitten als Snippets. Eine urheberrechtlich relevante Rechtsverletzung liegt gleichwohl in diesem Fall nur dann vor, wenn diesen Snippets selbst Urheberrechtsschutz beigemessen werden kann.

3.1 Urheberrechtlicher Schutz von Snippets

Nach wohl gefestigter Literaturmeinung⁸⁵⁰ können Snippets als Werke i. S. v. § 1 Abs. 1 UrhG gewertet werden, sofern im konkreten Fall zumindest ein zusammenhängender Gedankengang erkennbar ist. Dieser wird zwar regelmäßig bei der Aneinanderreihung einzelner – in sich zusammenhangloser – Wörter fehlen und eine eigentümliche geistige Schöpfung in diesem Fall zu verneinen sein. Es erscheint jedoch nicht ausgeschlossen, dass einzelne Textpassagen die erforderlichen Merkmale der persönlichen und geistigen Schöpfung aufweisen. Der Maßstab sollte hierbei nach Ansicht des Verfassers nicht zu hoch angesetzt werden, da bereits kürzesten Satzteilen oder Aussagen ein eigenständiger Schutz zukommen kann. Snippets sind daher grundsätzlich urheberrechtlichem Schutz zugänglich.

⁸⁴⁷ Benannt nach dem Generalsekretär der World Intellectual Property Organization (WIPO) *Arpad Bogsch*.

⁸⁴⁸ In der Entscheidung des BGH, Urt. v. 30.10.2004, Az. I ZR 163/02, NJW 2005, 1435, 1437 – *Hotel Maritim*, hatte sich das Gericht mit der Frage nach der Anwendbarkeit des deutschen Rechts im Markenrecht auseinanderzusetzen. Der BGH stellte hierbei fest, dass eine Verletzungshandlung im Abrufstaat zumindest dann in Betracht zu ziehen sei, wenn ein hinreichend relevanter Inlandsbezug besteht.

⁸⁴⁹ LG Hamburg, Urt. v. 05.09.2003, Az. 308 O 449/03, GRUR Int. 2004, 148, 149.

⁸⁵⁰ *Adolphsen/Mutz*, GRUR Int. 2009, 789, 792; *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586, 588; *Kubis*, ZUM 2006, 370, 376; *Hüttner*, WRP 2009, 422, 425; wohl eher verneinend *Rösler* GRUR Int. 2008, 489, 491.

3.2 **Zwischenergebnis**

Die Digitalisierung von urheberrechtlich geschützten Büchern durch Google ist rechtswidrig und begründet Ansprüche auf Unterlassung (§ 81 UrhG) und Schadenersatz (§ 87 UrhG), sofern nationales Recht Anwendung finden würde.

Der Ursprung der rechtlichen Debatte um die Google-Buchsuche liegt in den USA. Nachdem sich aus den dort angestrebten Verfahren unmittelbare Konsequenzen für die europäischen Rechteinhaber ergeben, soll nachfolgend die Rechtslage in den USA und die hierbei geführte Diskussion im Zusammenhang mit den bereits bei der Bildersuche erläuterten Fair-use-Aspekten veranschaulicht werden.

4. **Rechtslage in den USA**

In den USA ist das Google-Buchprojekt bereits seit längerer Zeit Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen. Gegen Google wurden in diesem Zusammenhang vor dem US District Court for the Southern District of New York zwei Sammelklagen wegen des Vorwurfs von Urheberrechtsverletzungen eingereicht. Kläger waren zum einen die Mitglieder der sog. Authors Guild⁸⁵¹, die im September 2005 Klage einreichten,⁸⁵² und die „Association of American Publishers“⁸⁵³, die im Oktober 2005 gegen Google rechtlich vorgingen.⁸⁵⁴ Die Kläger beriefen sich hierbei auf massive Urheberrechtsverletzungen von Google durch die Digitalisierung ihrer Werke.⁸⁵⁵

4.1 **Rechtsverletzung**

In den USA enthält 17 USC § 106⁸⁵⁶ die dem Urheber zustehenden Ausschließlichkeitsrechte in Form des „right to reproduce“ (Vervielfältigungsrecht), des „right to distribute“ (Verbreitungsrecht) und des „right to publicly display“ (Recht der öffentlichen Ausstellung). Hiernach hat der Urheber das ausschließliche Recht, das Werk in Kopien (Copies) zu vervielfältigen.

⁸⁵¹ <http://www.authorsguild.org>. Die Vereinigung der Authors Guild besteht derzeit aus rund 8.000 Autoren.

⁸⁵² Author's Guild, Inc., No. 05cv8136 (S.D.N.Y.). Die Stellungnahme hierauf von Google ist abrufbar unter: <http://www.authorsguild.org/advocacy/articles/settlement-resources.attachment/googles-answer-to-publishers/Google%27s%20Answer%20to%20Publishers%2011082005.pdf>.

⁸⁵³ www.publishers.org.

⁸⁵⁴ Die Klageschrift ist abrufbar unter:

http://publishers.org/main/Copyright/attachments/40_McGraw-Hill_v_Google.pdf.

⁸⁵⁵ Siehe auch hierzu die Mitteilung bei Heise vom 20.10.2005, abrufbar unter:

<http://www.heise.de/newsticker/meldung/US-Verlegerverband-macht-Front-gegen-Google-Print-139959.html>.

⁸⁵⁶ Der Gesetzestext ist abrufbar unter: <http://www.law.cornell.edu/uscode/17/106.html>.

Ebenso wie in Deutschland und Österreich greift das Einscannen der Bücher in den USA in das Vervielfältigungsrecht der Urheber ein.⁸⁵⁷ Unter den Begriff der Kopien (Copies) fallen alle körperlichen Gegenstände, auf denen das Werk mit einer bereits bekannten oder auch jeder in der Zukunft entwickelten Methode fixiert wird und von denen das Werk unmittelbar oder mithilfe von Maschinen oder anderen Einrichtungen wahrnehmbar gemacht werden kann (17 USC § 101). Unter diesen Tatbestand fallen auch das Einscannen der geschützten Werke und deren Speicherung in der Bilddatei durch Google.⁸⁵⁸ Auch eine – dem österreichischen Recht der freien Werknutzung ähnelnde – Rechtfertigung (Reproduction by libraries and archives) wird verneint,⁸⁵⁹ da Google den Scanvorgang aus kommerziellen Zwecken vornimmt, was gemäß 17 USC § 108 (a) (1) gerade nicht der Fall sein darf (The reproduction or distribution is made without any purpose of direct or indirect commercial advantage).

Auch die Veröffentlichung der Werke durch das Onlinestellen (right to publicly display) stellt nach US-amerikanischem Recht eine Verletzungshandlung dar.⁸⁶⁰

Wie bereits im Zusammenhang mit der Bildersuche von Google beschrieben, stellen die Fair-use-Kriterien einen wesentlichen Bestandteil der urheberrechtlichen Bewertung in den USA dar. Auf diese Grundsätze des fair use hat sich Google⁸⁶¹ in den Verfahren um das Buchprojekt mehrfach berufen. Anhand der oben gezeigten Kriterien soll daher nachfolgend untersucht werden, ob das Google-Buchprojekt unter Berücksichtigung dieser Kriterien zu rechtfertigen wäre.

4.2 Rechtfertigung der Buchsuche anhand der Fair-use-Doktrin

Nachdem bereits die wesentlichen Elemente der Fair-use-Doktrin bereits erläutert worden sind, soll sich die Darstellung nur anhand der Besonderheiten der Google-Buchsuche orientieren.

⁸⁵⁷ Band, The Google Library Project: Both Sides of the Story, S. 3; Hannratty, The Google Library: Beyond Fair Use?, S. 2.

⁸⁵⁸ Grimmelmann, The Google Book Search Settlement: Ends, Means, and the Future of Books, S. 3, abrufbar unter: <http://www.acslaw.org/files/Grimmelmann%20Issue%20Brief.pdf>; Adolphsen/Mutz, GRUR Int. 2009, 789, 793.

⁸⁵⁹ Hannratty, The Google Library: Beyond Fair Use?, S. 6; Band, The Google Library Project: Both Sides of the Story, S. 3; Adolphsen/Mutz, GRUR Int. 2009, 789, 793; Hüttner, WRP 2009, 422, 428.

⁸⁶⁰ Niiranen; CRi 2006, 65, 68; Sag, The Google Book Settlement and the Fair Use Counterfactual, S. 13, abrufbar unter: http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1596290_code1223184.pdf?abstractid=1437812&mirid=1; Hüttner, WRP 2009, 422, 428; Daswani, The Google Search Library Project: A Fair Use Analysis, S. 5, abrufbar unter: <http://www-cs-students.stanford.edu/~sdaswani/GBookSearch.doc>.

⁸⁶¹ Peukert, UFITA 2010, 447, 478; Band, The Google Library Project: Both Sides of the Story, S. 3.

4.2.1 Purpose and character of the use

Beim ersten Prüfungspunkt, „purpose and character of the use“, geht es um den Zweck der geplanten Nutzung des jeweils geschützten Werkes.

Google betreibt die Buchsuche aus kommerziellen Zwecken, auch wenn unmittelbar aus dem Datenbestand der Bücher kein Gewinn erzielt wird. Mit Ausnahme des Google-Partnerprogramms erscheinen bei Suchanfragen weder Werbeeinblendungen, noch ist Google an den Einnahmen durch die Händler und Verlagshäuser beteiligt, auf die mit den Links verwiesen wird. Beim Partnerprogramm partizipiert Google hingegen an den Erlösen der Verlage. Der wirtschaftliche Erfolg wird bei Google vielmehr letztlich dadurch eintreten, indem sich dessen Popularität⁸⁶² sowie die generelle Nutzung seiner Suchmaschine und der weiteren Dienste erhöhen wird. Auch wenn Google die Prämisse ausgibt, das Wissen für die Menschheit digitalisieren zu wollen, wird sich hierdurch der grundsätzlich wirtschaftliche Hintergrund des Projekts nicht ernsthaft infrage stellen lassen.

Der wirtschaftliche Aspekt allein ist aber nicht geeignet, die Berufung auf fair use zu versagen, sofern – wie bereits oben beschrieben⁸⁶³ – der transformative Charakter, d. h. der Umstand, dass dem ursprünglichen Werk etwas Neues hinzugefügt wird, z. B. ein zusätzlicher Zweck, ein unterschiedlicher Charakter oder eine neue Ausdrucksform, bei der Nutzung des Werkes hervorgehoben wird. Hüttner⁸⁶⁴ beschreibt den Begriff transformativ daher auch i. S. v. einer „Verbesserung des Zugangs zu Informationen“ (benefit the public by enhancing information-gathering techniques on the internet). Google hat sich selbst zum Ziel gesetzt, das gesamte Wissen der Menschheit zu digitalisieren. Abgesehen von dem „martialischen“ Wortlaut ist diesem Vorhaben auf jeden Fall zugute zu halten, dass für eine Vielzahl von Menschen Informationen und Wissen wieder verfügbar gemacht werden, die andernfalls Gefahr liefen, verloren zu gehen.⁸⁶⁵ Von den rund 32 Millionen Büchern weltweit,⁸⁶⁶ die digitalisiert werden könnten, befinden sich ca. drei Millionen noch im Druck, und drei Millionen sind

⁸⁶² So auch *Daswani*, The Google Search Library Project: A Fair Use Analysis, S. 11, abrufbar unter: <http://www-cs-students.stanford.edu/~sdaswani/GBookSearch.doc>. *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 567.

⁸⁶³ Siehe E. II. 2.1.

⁸⁶⁴ Hüttner, WRP 2009, 422, 429; siehe auch *Kelly v. Arriba Soft Corp*, 77 F. Supp. 2d 1116 (C.D. cal. 1999), CRi 2003, 179, 181; *Ganley*, Google Book Search: Fair Use, Fair dealing and the Case for Intermediary Copying, S. 13, abrufbar unter: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=875384.

⁸⁶⁵ *Jeweler*, The Google Book Search Project: Is Online Indexing a Fair use under the copyright law? S. 4, abrufbar unter: http://www.ipmall.info/hosted_resources/crs/RS22356_051228.pdf.

⁸⁶⁶ Hüttner, WRP 2009, 422, 429.

nicht mehr urheberrechtlich geschützt.⁸⁶⁷ Der Rest ist noch urheberrechtlich geschützt, aber meist nicht mehr im Druck, und kann daher nur noch über Bibliotheken oder Secondhandbuchhandlungen erworben werden. Im Zeitalter der Informationsgesellschaft ist Wissen, das nicht über Google bzw. andere Suchmaschinen auffindbar ist, für einen Großteil der Menschen praktisch gar nicht mehr existent oder verfügbar. Aber auch der Zugang zu diesen Medien wird durch die Google-Buchsuche erheblich verbessert. Bei Berücksichtigung aller zuvor genannter Aspekte und dem Zweck der Google-Buchsuche⁸⁶⁸ kann nach Ansicht des Verfassers das erste Kriterium der „purpose and character of the use“ zugunsten von Google gewertet und damit die Buchsuche mit diesem Schrankenkriterium gerechtfertigt werden.⁸⁶⁹

4.2.2 Nature of the copyrighted work

Der zweite Faktor untersucht die konkrete Art des geschützten Werkes (nature of the copyrighted work), wobei hier besonders auf die Kreativität des Werkes und auf die Tatsache abgestellt wird, ob das Werk bereits zuvor veröffentlicht worden ist.

Die in den Bibliotheken befindlichen Bücher bestehen überwiegend aus kreativen Werken, was an die Möglichkeit einer Rechtfertigung prinzipiell hohe Ansprüche stellen würde. Auch die Tatsache, dass die gescannten Werke größtenteils in den Bibliotheken veröffentlicht worden sind, spricht wohl zumindest nicht vollumfänglich für Google, da die Veröffentlichung nicht die vorliegende Online-Volltextversion betrifft. Andernfalls ließe sich damit jede Veröffentlichung oder Vervielfältigung rechtfertigen. Zumindest kann sich Google hierauf nicht schwerpunktmäßig stützen. Allerdings spielt bei der Bewertung dieses Kriteriums auch die vorherige Wertung des transformativen Charakters eine Rolle.⁸⁷⁰ Zugleich muss wiederum

⁸⁶⁷ Ott, GRUR Int. 2007, 562, 567.

⁸⁶⁸ Nach Auffassung von *Bohne/Krüger* (WRP 2009, 599, 602) spricht zudem die Tatsache dafür, dass mit der Buchsuche der Zusammenhang, in den die Bücher gestellt werden, geändert wird. Entgegen der herkömmlichen Art der Verwendung eines Werkes ermögliche Google nämlich ein gezieltes Durchsuchen und Auffinden nach zuvor eingegebenen Anfragen. Mit dieser Suchfunktion, mit der die Nutzer weit fachspezifischere Anfragen stellen können als beispielsweise in einem herkömmlichen OPAC-Katalog, füge Google dem Werk etwas hinzu, was in der analogen Form unmöglich ist. Dies erscheint wohl doch relativ weitgehend, denn allein die Veröffentlichung, die Art der Indexierung und damit auch die Art der Recherche ändert wohl noch nichts am Wesen des Werkes an sich.

⁸⁶⁹ Ebenso *Sag*, *The Google Book Settlement and the Fair Use Counterfactual*, S. 16, abrufbar unter: http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1596290_code1223184.pdf?abstractid=1437812&mirid=1. „There are good reasons to think that this view of transformative use would prevail in the Second Circuit where the Google Book case is being litigated.“

⁸⁷⁰ *Sag*, *The Google Book Settlement and the Fair Use Counterfactual*, S. 20. „Subsequent decisions have confirmed that the utility of the second factor is limited where the creative work is being used for a transformative purpose.“

berücksichtigt werden, dass Google nur Textausschnitte zeigt, was unter Abwägung aller Aspekte zu dem Schluss führen kann, dass dieses Kriterium lediglich geringfügig gegen Google oder zumindest ausgeglichen gewertet⁸⁷¹ werden muss.

4.2.3 Amount and substantiality of the portion used

Der Faktor „amount and substantiality of the portion used“ betrifft den Umfang des vervielfältigten Werkes und damit die Frage, wie viel von einem Werk kopiert wurde. Sofern nur so viel von einem Werk kopiert wird, wie für die beabsichtigte Nutzung unumgänglich ist, spricht dieser Faktor nicht zwingend gegen den Verwender.

Bei der Buchsuche ist es unumgänglich, die Bücher vollständig zu scannen und zu digitalisieren. Durch die Anzeige der Snippets wird jedoch im Rahmen der Suchergebnisse Nutzern nur ein Ausschnitt eines urheberrechtlich geschützten Buches angezeigt.⁸⁷² Auch dieser Aspekt könnte wohl durchaus zugunsten der Google-Buchsuche sprechen, zumal auch hier die Bedeutung des Projekts und dessen transformativer Charakter Berücksichtigung finden müssen. Im Übrigen könnte hier auch auf die Argumentation aus dem Verfahren *Google Kelly v. Arriba Soft* zurückgegriffen werden. Auch hier wurde festgestellt, dass die vollständige Speicherung der Bilder für die Suchmaschine erforderlich und letztlich mit fair use zu rechtfertigen war. Auch dieses Kriterium spricht daher zumindest nicht gegen Google.

4.2.4 Effect of the use upon the potential market for or value of the work

Abschließend ist zu untersuchen, welche Auswirkungen die Nutzung des Werkes auf den potenziellen Markt der Rechteinhaber hat.

Unter Berücksichtigung der Ansichten im *Arriba*-Verfahren ist auch hier zunächst zu konstatieren, dass eine Beeinträchtigung der Vermarktungsmöglichkeiten der Werke durch die Darstellung der Textausschnitte kaum zu erwarten ist. Einen solchen Markt gibt es für reine Textausschnitte nicht. Zudem stellen diese Snippets keinen adäquaten Ersatz für das Originalwerk dar.⁸⁷³

⁸⁷¹ *Ganley*, Google Book Search: Fair Use, Fair dealing and the Case for Intermediary Copying, S. 14, abrufbar unter: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=875384; ebenso *Hüttner*, WRP 2009, 422, 429.

⁸⁷² *Ott*, GRUR, 2007, 562, 568.

⁸⁷³ *Daswani*, The Google Search Library Project: A Fair Use Analysis, S. 17, abrufbar unter: <http://www-cs-students.stanford.edu/~sdaswani/GBookSearch.doc>. Kritischer aber *Hanratty*, The Google Library: Beyond Fair Use?, S. 15, abrufbar unter: <http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/pdf/2005dltr0010.pdf>.

Hier wird allerdings auch angeführt,⁸⁷⁴ dass dieser Faktor gegen Google sprechen könnte, da das Buchprogramm Missbrauchsmöglichkeiten für Dritte eröffnet, die mit Hackerangriffen versuchen könnten, an den gesamten Datenbestand zu kommen und somit ggf. die Textteile anschließend zusammenzuführen. Hierdurch könnten die Möglichkeiten der Urheber eingeschränkt werden, ihre Werke in der „Offline-Welt“ gewinnbringend zu verkaufen. Dieser Aspekt ist wohl jedoch nicht geeignet, gegen Google ins Feld geführt zu werden. Derartige Risiken existieren bei zahllosen Anwendungen und Diensten im Internet. Berücksichtigt man insgesamt die Vorteile des Buchprojekts, sollte dieser Aspekt nicht ausreichend sein, um dieses Kriterium entscheidend gegen Google zu werten.

Das Google-Buchprogramm spricht vielmehr gerade für die wirtschaftlichen Aspekte der einzelnen Rechteinhaber und Urheber. Es ist davon auszugehen, dass sich die Verkaufszahlen durch das Buchprogramm eher erhöhen werden. In den vergangenen Jahren ist der Trend zum Online-Lesen klar erkennbar. Viele Anbieter verkaufen bereits elektronische „book-reader“, mit denen die gewünschten Werke heruntergeladen und am Display gelesen werden können. Dieser Trend wird sich nach Ansicht des Verfassers auch auf den Sektor der Buchsuche auswirken, indem die Nutzer sich einen kurzen Überblick über die Werke mithilfe der Textauschnitte verschaffen, um diese dann direkt zu bestellen.

Gerade wenn im Rahmen der Buchsuche zugänglich gemachte Werke durch die Snippets lediglich in kleinen Ausschnitten angezeigt werden, kann hierin keine adäquate Ersetzung der normalen Volltextexemplare gesehen werden. Durch die Buchsuche wird vielmehr der Anreiz geschaffen, das Buch letztlich – entweder elektronisch oder in Printform – zu erwerben. Durch die geplante Vermarktung der Werke wird dem Nutzer der Kauf und damit der finanzielle Vorteil der Rechteinhaber erleichtert.⁸⁷⁵

Auch das Argument,⁸⁷⁶ wonach das Google-Buchprogramm Verleger und Autoren daran hindern könnte, Lizenzverträge mit anderen Suchmaschinenanbietern für ähnliche Services abzuschließen, überzeugt nicht. Es ist zwar zuzugestehen, dass Google insgesamt einen bedeutenden Einfluss auf den Buchmarkt insgesamt erhalten kann und damit Rechteinhaber gezwun-

⁸⁷⁴ Ott, GRUR 2007, 562, 568.

⁸⁷⁵ So auch Böhne/Elmers, WRP 2009, 586, 589.

⁸⁷⁶ Ganley, Google Book Search: Fair Use, Fair Dealing and the Case for Intermediary Copying, S. 15, abrufbar unter:
http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID875384_code549519.pdf?abstractid=875384&mirid=3;
Hanratty, The Google Library: Beyond Fair Use?, S. 15, abrufbar unter:
<http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/pdf/2005dltr0010.pdf>; a. A. Nimmer, CRi 2006, 1, 6.

gen sein könnten, gerade mit Google vertraglich in Verbindung zu treten, um einen erfolgreichen Absatz ihrer Werke zu gewährleisten. Dies allein spricht indes noch nicht gegen das Projekt an sich. Wie das Google-Partnerprogramm zeigt, steht es jedem Rechteinhaber frei, die Art und den Anbieter für seine Vermarktung zu wählen. Darüber hinaus liegt es grundsätzlich in der Vertragsautonomie des Einzelnen, einen eigenen Anbieter zu suchen, der dieses Projekt mit derselben Effizienz und Geschwindigkeit umsetzen möchte.

Aufgrund der überwiegenden Vorteile in diesem Punkt könnte wohl auch dieses Fair-use-Kriterium für die Google-Buchsuche sprechen. Es ist daher auch insgesamt *Sag*⁸⁷⁷ dahin gehend zuzustimmen, dass die Digitalisierung der Bücher durch Google durch die Schranke des fair use gerechtfertigt werden könnte.

4.3 Fazit und Aspekte einer europäischen Fair-use-Regelung

Nach hier vertretener Ansicht könnte sich Google durchaus erfolgreich auf die Fair-use-Kriterien berufen, wodurch sich schlussfolgern ließe, dass das Bibliotheksprogramm in den USA nicht gegen das Urheberrecht verstoßen würde. Auch bei Fragen des europäischen Urheberrechts wird immer wieder die Möglichkeit einer europäischen Fair-use-Schrankenregelung diskutiert.

Der Europäische Verleger-Verband FEP vertritt die Ansicht, dass in Europa die Grundsätze des fair use nicht gelten und auch nicht entsprechend berücksichtigt werden können. Dies ist insoweit richtig, als dass in Europa die Möglichkeiten für die Ausnahmen vom Urheberrecht durch die 2001 erlassene Informationsrichtlinie⁸⁷⁸ auf den nicht kommerziellen Gebrauch beschränkt sind. Die Gesetzgebung in den europäischen Mitgliedstaaten hat sich hierbei an den durch die Richtlinie gezogenen Grenzen zu orientieren. Art 5 Abs. 5 dieser Informationsrichtlinie setze damit fair use enge Grenzen.⁸⁷⁹ Dagegen wird in Teilen der Literatur⁸⁸⁰ eine

⁸⁷⁷ *Sag*, The Google Book Settlement and the Fair Use Counterfactual, S. 25. *Sag* ist daher der Auffassung, dass Google im Falle eines Scheiterns der Vergleichsverhandlungen durchaus gute Chancen hätte, sich erfolgreich auf „fair use“ zu berufen; ebenso *Hüttner*, WRP 2009, 422, 430.

⁸⁷⁸ Richtlinie 2001/29/EG vom 22.05.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. L 167/10; siehe zu Fragen der Informationsrichtlinie und den Schrankenbestimmungen auch ausführlich *Gutmann*, Urheberrecht im Internet in Österreich, Deutschland und der EU, S. 64, 65 f.

⁸⁷⁹ *Bayreuther*, ZUM 2001, 828 ff. Die Liste der in Art. 5 genannten Ausnahmen ist abschließend, sodass die Mitgliedstaaten keine weiteren Beschränkungen des Vervielfältigungsrechts sowie des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung vorsehen dürfen. Art. 5 Abs. 5 lautet: „Die in den Absätzen 1, 2, 3 und 4 genannten Ausnahmen und Beschränkungen dürfen nur in bestimmten Sonderfällen angewandt werden, in denen die normale Verwertung des Werks oder des sonstigen Schutzgegenstands nicht beeinträchtigt wird und die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht ungebührlich verletzt werden.“

europäische Fair-use-Regelung gefordert, um hierdurch angemessener auf die gegenüberstehenden Interessen reagieren und die Google-Buchsuche auch in Europa legitimieren zu können.

Die Gesamtschau der zu erfüllenden Kriterien zum Eingreifen der Fair-use-Kriterien macht zunächst deutlich, dass eine klare Einordnung aufgrund der Flexibilität und teilweisen Unbestimmtheit der Schranke zumindest nicht leicht ist. Gerade diese Flexibilität spricht jedoch auch auf der anderen Seite für die Berücksichtigung dieser Fair-use-Doktrin. Abgesehen davon, dass bei Einführung oder Anwendung dieser Bestimmungen zunächst der gesetzliche Rahmen geschaffen werden müsste, ist nach diesseitiger Auffassung diese Regelung ein zumindest adäquates Mittel, um sich der schnell ändernden Informationsgesellschaft und ihren Informationsdiensten anzupassen und flexibel reagieren zu können.

Hierdurch würde den Gerichten ein Auslegungsmittel an die Hand gegeben werden, mit denen den Interessen beider Seiten Rechnung getragen wird. Auch wenn sich – wie bereits zuvor erwähnt – das Risiko einer gewissen Rechtsunsicherheit aufgrund der auslegungsbedürftigen Begriffe der Fair-use-Doktrin nicht von der Hand weisen lässt, sollte hierüber dennoch in Anbetracht der Flexibilität nachgedacht werden. Die Probleme der Google-Buchsuche stellen die Rechtsprechung und den Gesetzgeber vor schwierige Aufgaben, da hier Rechtsprobleme betroffen sind, auf die erst nach und nach durch Anpassung der Gesetzeslage reagiert werden kann. Bis dahin erscheint es wohl vertretbar, die mögliche uneinheitliche Rechtsauslegung dieser Kriterien und damit eine gewisse Rechtsunsicherheit in Kauf zu nehmen.

Mithilfe des fair use könnten die mitunter recht alten Urheberrechtsgesetze an die Belange der Informationsgesellschaft angepasst werden. Heutzutage sind nach wie vor einige technische Neuentwicklungen urheberrechtlich noch nicht abschließend geklärt oder sogar rechtlich bedenklich. Nichtsdestotrotz müsste hier eine Entwicklung vorgenommen werden, um den weiteren Fortschritt für die Allgemeinheit nicht unangemessen zu behindern. Mittelfristig sollte daher über die Einführung einer europäischen Fair-use-Ausnahme nachgedacht werden.

Die Kriterien des fair use müssen allerdings voraussichtlich auch in den USA im Bereich des Google-Buchprogramms nicht abschließend geklärt werden, da die Rechteinhaber und Inte-

⁸⁸⁰ Hüttner, WRP 2009, 422, 431; Niiranen, CRi 2006, 65, 69. Sowie Entscheidung des spanischen Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, das auf die Grundsätze von „fair use“ ausdrücklich Bezug genommen hat. Vgl. Ott, MMR Aktuell 12/08, XII.

ressenvertreter der Urheber auf der einen und Google auf der anderen Seite mit dem „Google Book Settlement“ über die Verfügbarkeit und Verarbeitung von urheberrechtlich geschützten Werken verhandeln.

IV. Das Google Book Settlement

Wie bereits erwähnt, ist das Google-Buchprojekt in den Vereinigten Staaten bereits Gegenstand einer gerichtlichen Auseinandersetzung, bei der die Mitglieder der Authors Guild sowie der Association of American Publishers gemeinsam Klage gegen Google eingereicht haben. Die Kläger schlossen sich hierzu in einer sog. class action⁸⁸¹ zusammen. Am 28.10.2008 kam es zu den ersten Vergleichsverhandlungen zwischen den Parteien, deren Gegenstand das sog. Settlement Agreement zwischen Google und den Klägern war. Ein solcher Vergleich im Verfahren einer „class action“ hat sowohl für Google als auch für die Rechteinhaber weitreichende Folgen. Die ursprünglichen Fristen für Erklärungen und Einwendungen zu diesem Vergleichsvorschlag wurden daher immer wieder verlängert und ausgesetzt.⁸⁸²

*Bechtold*⁸⁸³ spricht in diesem Zusammenhang – durchaus zu Recht – von dem wahrscheinlich weltweit größten und weitreichendsten urheberrechtlichen Lizenzvertrag und Vergleich aller Zeiten. Um die Folgen eines solchen Vergleichs – auch für die nationalen Urheber – einordnen zu können, bedarf es zunächst der Erläuterung der wesentlichen Verfahrensmerkmale einer hier gegenständlichen Sammelklage („class action“) und deren Folgen im Falle eines Vergleichsabschlusses.

1. Das Verfahren der „class action“

Das Verfahren der „class action“ wird in den Fällen angewendet, in denen eine große Anzahl an behaupteten Rechtsverletzungen mit mehr oder weniger identischer Sach- und Rechtslage

⁸⁸¹ Zuletzt wurde bekannt, dass eine Gruppe von Autoren und Künstlern, die sich der vorgenannten Sammelklage nicht anschließen konnten, nunmehr ebenfalls ein gerichtliches Verfahren gegen Google anstrengen möchte. Siehe Bericht bei *Financial Times Deutschland*, vom 09.04.2010, abrufbar unter: http://www.ftd.de/it-medien/medien-internet/:urheberrechte-im-internet-neuer-aerger-um-googles-buchprojekt/50098658.html#utm_source=rss2&utm_medium=rss_feed&utm_campaign=/it-medien. Dies gilt auch für die American Society of Media Photographers und vier andere Verbände, die eine weitere Sammelklage gegen Google eingereicht haben. Die Klageschrift ist abrufbar unter: http://asmp.org/pdfs/Google_classaction_20100407.pdf.

⁸⁸² Der ursprünglich mit dem Verfahren befasste Richter Denny Chin erhielt über 400 inhaltliche Stellungnahmen von Betroffenen und Interessierten aus verschiedenen Ländern. Eine gute Übersicht des Verfahrensablaufs findet sich bei *Peukert*, UFITA 2010, S. 2 ff.

⁸⁸³ *Bechtold*, GRUR 2010, 282, 283. Die nachfolgende Darstellung der wesentlichen Aspekte des Vergleichs kann sich selbstverständlich nur auf zentrale Punkte beschränken, da andernfalls der Rahmen der Arbeit gesprengt würde.

auftreten, der Schaden bei jedem einzelnen Betroffenen aber relativ gering ausfällt.⁸⁸⁴ Hierdurch sollen die Interessen einer Vielzahl von Betroffenen gebündelt werden, um ein wirtschaftliches Gegengewicht zum Beklagten herzustellen und gleichzeitig prozessökonomisch für eine größtmögliche Rechtssicherheit zu sorgen. Hierdurch können ähnlich gelagerte Fälle verfahrensmäßig zusammengefasst und sich widersprechende Entscheidungen vermieden werden. Unmittelbar an dem Verfahren beteiligt und damit auch nur in dem Verfahren als Kläger geführt, sind die sog. named plaintiffs⁸⁸⁵. Die hierbei geltend gemachten Ansprüche müssen im Wesentlichen auf dem gleichartigen tatsächlichen und rechtlichen Grund beruhen. Bei dieser „class action“ treten die Kläger (Plaintiffs) sowohl für ihre eigenen als auch für die Interessen für eine unbestimmte Zahl an Personen („class members“) auf, die einer solchen „class“ angehören. Ein solches Verfahren stellt damit insgesamt ein Instrument dar, bei der einzelne Mitglieder einer Gruppe („class“)⁸⁸⁶ zivilrechtliche Ansprüche geltend machen können, die im Wesentlichen auf demselben tatsächlichen und rechtlichen Grund beruhen.⁸⁸⁷

Wird eine Klage als Sammelklage angenommen,⁸⁸⁸ müssen die „class members“ unter Anwendung angemessener Anstrengungen zunächst benachrichtigt (Rule 23 (c) (B) F.R. Civ. P.) und, sofern es – wie im vorliegenden Fall – zu einem Vergleich kommt, auch hierüber in Kenntnis gesetzt werden (Rule 23 (e) (1) F.R. Civ. P.). Ein solcher Vergleich ist jedoch nur wirksam, wenn er von dem zuständigen Gericht genehmigt wurde (Rule 23 (e) F.R. Civ. P.), wobei das Gericht den Beteiligten zuvor die Möglichkeit einräumt, ihre Einwendungen (Objections) in einem sog. fairness hearing vorzubringen.⁸⁸⁹ Das Gericht prüft hierbei auch, ob

⁸⁸⁴ Böhne/Krüger, WRP 2009, 599, 600.

⁸⁸⁵ Hay, US-amerikanisches Recht, Rn. 181.

⁸⁸⁶ Die Gruppe definiert sich in dem vor dem US District Court anhängigen Verfahren gegen Google über die Inhaberschaft eines sogenannten US Copyright Interest.

⁸⁸⁷ Die Rule of Civil Procedure 23 (a) lautet hierbei: „*One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common of the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defense of the class, and (4) the representative will fairly and adequately protect the interest of the class.*“

⁸⁸⁸ Die Zulassung einer „class action“ hängt nach Rule 23 (a) F.R. Civ. P. hängt davon ab, ob (1) die Gesamtanzahl der Kläger ausreichend ist (numerosity), (2) die Ansprüche der Gruppenmitglieder tatsächliche oder rechtliche Gemeinsamkeiten aufweisen (commonality), (3) die von den „named plaintiffs“ geltend gemachten Ansprüche und Einreden typisch für die betroffene Gruppe sind (typicality) und (4) die plaintiffs die Interessen und der Gruppenmitglieder angemessen und fair vertreten (adequacy of representation). Zu den Voraussetzungen der „class action“ siehe auch ausführlich, Reuschle, WM 2004, 966, 969 ff.

⁸⁸⁹ Sowohl der erste Vertragsinhalt als auch das Verfahren an sich wurden hierbei erheblich kritisiert, da eine Vielzahl der „class members“ ihre Rechte nicht angemessen vertreten sahen. Die Zahl der „objections“ war daher erheblich. Folge der insbesondere in Europa geäußerten Kritik war zunächst die Verschiebung der Deadline für Objections und sonstige Eingaben auf den 08.09.2009 wie auch des Fairness Hearings; Rauer, K&R 2010, 9, 12.

der Vergleich fair, zumutbar und angemessen (fair, reasonable and adequate) ist (Rule 23 (e) (2) F.R. Civ. P.).

Das bedeutet im Fall der Genehmigung des Settlement Agreement durch das zuständige Gericht, dass es zu einer Rechtskrafterstreckung auf sämtliche Urheber und betroffene Rechteinhaber kommt, die dieser Gruppe angehören,⁸⁹⁰ sofern nicht ausdrücklich widersprochen oder der Austritt aus der „class“ erklärt wurde.⁸⁹¹ Auch Urheber, die keine Kenntnis vom Settlement haben oder untätig bleiben, nehmen damit am Vergleich teil.⁸⁹² Diese Sammelklage hat damit weitreichende Konsequenzen, da die Entscheidungen, die im Rahmen einer solchen „class action“ ergehen, „inter omnes“ und nicht nur „inter partes“ wirken. Ein Urteil ebenso wie ein gerichtlich genehmigter⁸⁹³ Vergleich binden damit nicht nur die Kläger und Beklagten, sondern sämtliche „class members“ und damit auch diejenigen, die überhaupt nicht geklagt oder einer solchen Klage zugestimmt habe.

2. Betroffenheit von ausländischen Rechteinhabern

Auch wenn Gegenstand des Verfahrens nur die Nutzungs- und Verwertungshandlungen innerhalb der USA sind und in prozessualer wie auch in materieller Hinsicht US-amerikanisches Recht Anwendung findet, sind dennoch auch ausländische Rechteinhaber vom Ausgang des Rechtsstreits betroffen.

⁸⁹⁰ Eichholtz, Die US-amerikanische Class Action und ihre deutschen Funktionsäquivalente (Diss), S. 215; Mitteilung des United States District Court for the Southern District of New York, S. 27, abrufbar unter: http://static.googleusercontent.com/external_content/untrusted_dlcp/www.googlebooksettlement.com/de//intl/de/Final-Notice-of-Class-Action-Settlement.pdf.

⁸⁹¹ Zum Verfahren im Zusammenhang mit der „class action“ vgl. auch ausführlich Mann, NJW 1994, 1187, 1187; Rauer, K&R 2010, 11; Bohne/Krüger WRP 2009, 600; Rösler, GRUR Int. 2008, 489.

⁸⁹² Rule 23 (e) (2) F.R. Civ. P. hat folgenden Wortlaut:

“(e) Settlement, Voluntary Dismissal, or Compromise.

The claims, issues, or defenses of a certified class may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court's approval. The following procedures apply to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise:

(1) The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal.

(2) If the proposal would bind class members, the court may approve it only after a hearing and on finding that it is fair, reasonable, and adequate.

(3) The parties seeking approval must file a statement identifying any agreement made in connection with the proposal.

(4) If the class action was previously certified under Rule 23(b)(3), the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so.

(5) Any class member may object to the proposal if it requires court approval under this subdivision (e); the objection may be withdrawn only with the court's approval.”

⁸⁹³ Ein solcher Vergleich unterliegt nicht der uneingeschränkten Privatautonomie, sondern bedarf der Genehmigung durch das Gericht.

Dies liegt zum einen daran, dass die Bibliotheksbestände der Universitäten von Michigan, Harvard und Oxford Zehntausende Werke aufweisen, die nicht von amerikanischen Autoren stammen. Diese Werke werden indes von Google weiterhin gescannt. Zum anderen sind die Vereinigten Staaten von Amerika 1989 der sog. Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst (RBÜ) beigetreten. Dies bedeutet, dass auch in den USA der Grundsatz der Inländerbehandlung gilt und damit dem ausländischen Urheber und Rechteinhaber ein sog. U.S. Copyright Interest zusteht. Zuletzt liegt die Bedeutung in der weitreichenden Wirkung der „class action“ selbst. Das Verfahren zwischen Google und den Rechteinhabern ist damit weltumspannend.⁸⁹⁴

Der Vergleich über die Google-Buchsuche wurde bereits umfassend überarbeitet. Der besseren Übersicht halber sollen die wesentlichen Vertragsgegenstände und ihre Auswirkungen auf nationale wie internationale Rechteinhaber erläutert werden. Sowohl die erste als auch die überarbeitete Fassung sehen im Kern vor, dass Google weiterhin das Recht behält, urheberrechtlich geschützte Bücher aus Bibliotheken zu scannen und als Volltextsuche verfügbar zu machen. Die wesentlichen Aspekte des ersten Vergleichs (Google Book Settlement) lassen sich nachstehend wie folgt zusammenfassen.

3. Google Book Settlement 1.0

Die erste Version (GBS 1.0) des Vergleichs⁸⁹⁵ zwischen Google und den Klägern wurde am 28.10.2008 veröffentlicht und am 17.11.2008 vom zuständigen Gericht in New York genehmigt. Diese Vereinbarung betraf Bücher und sog. Einfügungen⁸⁹⁶, die vor dem 05.01.2009 veröffentlicht wurden, am oder vor diesem Datum beim U.S. Copyright Office registriert worden sind und dem US-Urheberrecht unterliegen. Google war nach dieser Fassung verpflichtet, für jedes dieser vor dem 05.05.2009 digitalisierten Bücher mindestens 60 Dollar zu zahlen und hierfür eine entsprechende Registrierungsstelle (Book Right Registry) einzurichten.⁸⁹⁷ Diese Registrierungsstelle sollte gleichzeitig die Auszahlung an die Rechteinhaber koordinieren und die Daten der Urheber in einer umfassenden Datenbank verwalten.

⁸⁹⁴ Rauer, K&R 2010, 9, 11.

⁸⁹⁵ Sämtliche Vereinbarungen, Vertragstexte und Stellungnahmen des Gerichts sind abrufbar unter: <http://www.googlebooksettlement.com/>.

⁸⁹⁶ Unter dem Begriff der Einfügungen versteht man nach der Definition in der förmlichen Mitteilung des Gerichts Texte, Tabellen, Grafiken, Noten sowie Kinderbuchillustrationen, die in einem Buch, einem staatseigenen Werk oder einem gemeinfreien Buch enthalten sind.

⁸⁹⁷ Adolphsen/Mutz, GRUR Int. 2009, 789, 795.

Autoren und Verlage sollten hierbei selbst entscheiden können, ob sie in diese Datenbank aufgenommen werden wollen. Sofern sie sich für die Aufnahmen entscheiden, würden sie an den Vermarktungen beteiligt. Die bei der Google Book Registry geführten Rechteinhaber haben hierbei die Möglichkeit, für einzelne Werke einen Austritt (Removal)⁸⁹⁸ zu erklären. In diesem Fall müsste Google das Werk aus der Buchsuche herausnehmen.⁸⁹⁹ Google war es nach diesem Vergleich weiterhin erlaubt, ohne Zustimmung der betroffenen Rechteinhaber die Werke zu scannen und im Internet zumindest teilweise zugänglich zu machen, sofern sie sich nicht in das Register eintragen lassen und der Verwertung ausdrücklich widersprechen würden.⁹⁰⁰

3.1 Definition des „Books“ und seiner Darstellungen

Eine der zentralen Bestimmungen⁹⁰¹ in der ersten Version des GBS 1.0 war die Definition des Begriffs „Books“ in Ziffer 1.16. Von dieser Regelung waren alle Bücher umfasst, die vor dem 05.01.2009 veröffentlicht wurden, als sog. United States work im Sinne der Sec. 101 U.S. Copyright Act registriert wurden oder Gegenstand eines U.S. Copyright Interest sind. Von Letzterem waren vor allem die Werke umfasst, die in den RBÜ-Mitgliedstaaten veröffentlicht wurden.

Der Vergleich unterschied in dieser Fassung zwischen den lieferbaren sowie gewerblich noch erhältlichen Werken (commercially available) und den vergriffenen, nicht mehr gewerblich erhältlichen (not commercially available) Büchern. Weiterhin unterschied die Vereinbarung zwischen den Nutzungsrechten von Google in Form der sog. display uses⁹⁰² und der non-display-uses.⁹⁰³ Ob ein Werk letztlich als „display“ oder „non display“ eingestuft wird, hängt davon ab, ob dieses von den Verlagen noch vertrieben wird oder vergriffen ist.⁹⁰⁴

⁸⁹⁸ Band, A Guide for the perplexed: Libraries and the Google Library Project Settlement, S. 20, abrufbar unter: <http://www.arl.org/bm~doc/google-settlement-13nov08.pdf>; Band, The Google Settlement: International Implications, CRI 2009, 72, 74.

⁸⁹⁹ Diese „Removals“ sollten jedoch in der ersten Fassung nur bis zum 05.04.2011 erklärt werden können.

⁹⁰⁰ Hüttner, WRP 2009, 422, 426; Rath/Swane, K&R 2009, 225, 227.

⁹⁰¹ Rauer, K&R 2010, 9, 11.

⁹⁰² Unter „display uses“ versteht man das Recht von Google, die umfassende Verwertung der gescannten Werke vorzunehmen, und zwar hinsichtlich aller angebotenen Internetnutzungen in Form von Abonnements für Bildungseinrichtungen, Behörden und Unternehmen, des Verkaufs und Handels von Rechten auf den Onlinezugriff auf einzelne Bücher und den Zugriff der Öffentlichkeit über sog. öffentliche Zugriffspunkte in Bibliotheken. Auch die Nutzung der Vorschau auf einzelne Werke („preview use“) fällt unter den Begriff des „display use“. Bei dieser Vorschau können bis zu 20 % eines Buches angezeigt werden.

⁹⁰³ Settlement Agreement Google 1.0, S. 21; „Non-Display Uses“ sind Nutzungen, bei denen die Inhalte von Büchern der Öffentlichkeit nicht angezeigt werden.

⁹⁰⁴ Settlement Agreement Google 1.0, S. 11.

3.2 Rechteeinräumung an Google

Das GBS 1.0 räumte Google das Nutzungsrecht in Form von „display uses“ und „non-display uses“ an vergriffenen Büchern ein, es sei denn, der Rechteinhaber legt hiergegen Widerspruch ein („Opt-Out“). Bei urheberrechtlich geschützten Werken, die noch im Verkauf sind, gilt hingegen die „Opt-in-Praxis“, wonach Google hier für die „display-uses“ keine Nutzungsrechte besitzt. In diesem Fall bedarf Google der Zustimmung des Rechteinhabers. Diese Nutzungseinräumung erfolgt als einfache, nicht exklusive Lizenz.⁹⁰⁵

Einen wesentlichen Punkt der Vereinbarung stellte zudem der Bereich der „verwaisten“ Bücher („orphan works“) dar. Bei den „orphan works“ handelt es sich um Werke, die mangels Ablauf der Schutzfrist urheberrechtlich zwar noch geschützt sind, deren Rechtsinhaber aber unbekannt sind oder trotz Recherche nicht ausfindig gemacht werden können. Die erste Vereinbarung sah hier vor, dass die Rechteinhaber nicht mehr von der „class“ austreten konnten, sofern sie erst nach dem 04.09.2009 festgestellt hätten, dass sie überhaupt Rechte an einem Buch innehaben und dies von Google vor dem 05.05.2009 digitalisiert wurde. Diese Urheber wären somit an die Vereinbarungen des Settlements gebunden gewesen und hätten auf die in dieser Vereinbarung festgeschriebenen Rechte zurückgreifen müssen. Hierdurch droht nach Auffassung der Kritiker⁹⁰⁶ ein Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Digitalisierungsprojekten.

3.3 Opt-Out-Option

Auf Verlangen der Rechteinhaber kann im Wege des „Opt-Out“ das Werk aus dem Index entfernt und seine weitere Verwendung durch Google untersagt werden. Google rechtfertigt die Einführung dieses „Opt-Out“ damit, dass die Einholung der vorherigen Zustimmung sehr zeitintensiv und letztlich auch aufgrund der mit der Recherche nach den Rechteinhabern verbundenen Transaktionskosten nicht zu realisieren sei. Der Schaden für die Allgemeinheit, der durch einen unvollständigen Suchindex eintünde, sei größer als die Bürde eines „Opt-Out“ für die Autoren und Verleger.⁹⁰⁷ Diese seien im Allgemeinen auch eher in der Lage, festzu-

⁹⁰⁵ Settlement Agreement Google 1.0, S. 21. *Adolphsen/Mutz*, GRUR Int. 2009, 789, 795.

⁹⁰⁶ *Samuelson*, Legally Speaking: The dead Souls of the Google Book Search Settlement, abrufbar unter: <http://radar.oreilly.com/2009/04/legally-speaking-the-dead-soul.html>; ebenso *Braun*, Wie Google sich um verwaiste Bücher sorgt, Welt-online vom 29.04.2009, abrufbar unter: http://www.welt.de/welt_print/article3644070/Wie-Google-sich-um-verwaiste-Buecher-sorgt.html; a. A. *Hüttner*, WRP 2009, 420, 424.

⁹⁰⁷ *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586, 588.

stellen, wem die betroffenen Nutzungsrechte zustünden.⁹⁰⁸ Ein „Opt-In“ würde nach Auffassung von Google zudem die Aufnahme von Werken unbekannter Rechteinhaber verhindern, selbst wenn diese einer Verwertung nicht widersprechen würden. Selbst wenn ein Urheber vergessen würde, die „Opt-out-Möglichkeit“ in Anspruch zu nehmen, würde das den Markt für das Werk nicht beeinträchtigen, da Google im Rahmen des Bibliotheksprogramms derzeit nur Snippets zeigt.

Hüttner⁹⁰⁹, die sich insgesamt für die Möglichkeit und die Praktikabilität des „Opt-Out“ ausspricht, betont in diesem Zusammenhang, dass ein Großteil des menschlichen Wissens in Büchern liege, die weitestgehend unzugänglich sind, sei es, weil sie sich nicht mehr im Druck befinden oder vergriffen sind. Durch diese „Opt-out-Möglichkeit“ ginge dieses Wissen nicht verloren, zumal im Zeitalter des Internets die Gefahr besteht, dass alles Wissen, was nicht im Internet verfügbar ist, nicht mehr von der Allgemeinheit wahrgenommen wird. Die Google-Buchsuche bringe daher letztlich einen großen Nutzen für die Allgemeinheit, binnen Sekunden für jedermann die relevanten Bücher bereitzuhalten.

Die Rechteinhaber betonen hingegen, dass es dem Grundgedanken des Urheberrechts entspricht, um Erlaubnis zur Nutzung des Werkes zu ersuchen (Opt-In). Ohne eine vorherige Einwilligung⁹¹⁰ besteht keine Rechtfertigung für eine solche Verwertung. Auch eine konkludente Einwilligung komme nicht in Betracht, denn selbst bei der Veröffentlichung von Büchern in der „Offline-Welt“⁹¹¹ kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Urheber automatisch mit der digitalen Verwertung einverstanden ist.

3.4 Hauptkritikpunkte am Google Book Settlement 1.0

Das Google Book Settlement in der Fassung 1.0 traf von Beginn an auf heftigen Widerstand.⁹¹² Hierbei wurde u. a. vorgebracht, dass bei vergriffenen Werken nicht mehr der Urheber, sondern in gewisser Weise Google als gewerbliches Unternehmen die Form der Veröf-

⁹⁰⁸ Band, The Google Library Project: Both Sides of the Story, S. 9, abrufbar unter: <http://www.plagiary.org/Google-Library-Project.pdf>.

⁹⁰⁹ Hüttner, WRP 2009, 422, 428.

⁹¹⁰ Ott, GRUR Int. 2007, 562, 565.

⁹¹¹ Ott, GRUR Int. 2007, 562, 575; Hüttner, WRP 2009, 422, 428.

⁹¹² Siehe z. B. Stellungnahme des Börsenvereins des deutschen Buchhandels vom 19.06.2009, „Keine Zukunft ohne Rechtssicherheit“, abrufbar unter: http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/184_HV_Resolution_Keine_Zukunft_ohne_Rechtssicherheit.pdf; der Schriftsatz des Börsenvereins des deutschen Buchhandels und des Hauptverbandes des österreichischen Buchhandels ist abrufbar unter: http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Google_Objections.pdf.

fentlichung geschützter Werke festlegen kann.⁹¹³ Auch das Erfordernis der Registrierung bei der Book Rights Registry wurde als Verstoß gegen grundlegende Prinzipien des internationalen Urheberrechts gesehen.⁹¹⁴ Besonders die zuletzt genannte „Opt-out-Option“ für vergriffene Werke wurde kritisiert. Einige sprachen hierbei von der „Beraubung des Urheberrechts um sein Kronrecht“⁹¹⁵, da dem Urheber seine Entscheidungsgewalt über das Ob und Wie der Nutzung genommen werde. Die Vereinbarung insgesamt stellte nach Auffassung einiger Kritiker auch einen Verstoß gegen das Prinzip der Gewaltenteilung dar, da es Sache des Gesetzgebers und nicht eines einzelnen Richters sei, die Verwertung verwaister Werke zu regeln.⁹¹⁶

4. Inhalt und Änderung des Google Book Settlement 2.0

Die anhaltende Kritik an der ersten Vereinbarung führte schließlich zur Überarbeitung durch die Beteiligten und im Ergebnis zum Google Book Settlement 2.0. Dieses Werk erhielt am 19.11.2009 die vorläufige Genehmigung des US-Bezirksgerichts.⁹¹⁷ Da diese zweite Fassung weitreichende Änderungen, insbesondere für die europäischen Rechteinhaber vorsieht, sollen die wesentlichen Aspekte erläutert werden.

4.1 Kernbereich der Änderung

In der zweiten Fassung des Google Book Settlement liegt der Schwerpunkt der Änderung im Bereich der Definition des Begriffs „Books“. Die Definition ist nunmehr in Ziffer 1.19 der Vereinbarung geregelt und legt fest, dass vom Vergleich nur noch Bücher erfasst sind, die entweder (1) ein registriertes „United States work“ darstellen, (2) als ausländisches Werk bei US Copyright Office registriert sind oder (3) in Kanada, Großbritannien oder Australien pu-

⁹¹³ Böhne/Krüger, WRP 2009, 599, 605.

⁹¹⁴ Hauptkritikpunkt war hier der Vorwurf, diese Regelung stelle eine Verletzung der Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst dar. Zudem wurden die Effizienz und die Vorgehensweise dieser Registry bezweifelt.

⁹¹⁵ Vgl. Rauer, K&R 2009, 9, 13.

⁹¹⁶ Die Bundesrepublik Deutschland äußerte zudem Bedenken hinsichtlich des Datenschutzes und sah die Möglichkeit und Gefahr der Zensur durch Google. Insbesondere der Aspekt des Datenschutzes wird weiterhin diskutiert. Es wird darauf hingewiesen, dass Google im Rahmen der Buchsuche mehrere Daten des Nutzers ermittelt, wie die Suchanfrage des Nutzers, das vom Nutzer angesehene Buch (inklusive der konkret betrachteten Seiten), den Zeitpunkt des Aufrufs, die IP-Adresse des Nutzers, den verwendeten Browser und das benutzte Betriebssystem sowie die Cookies, die einen Nutzer eindeutig identifizieren. Sofern ein Nutzer nunmehr bei einem (registrierungspflichtigen) Dienst bei Google angemeldet ist, kann Google die Daten und damit die Interessen am Buchprogramm einer konkreten Person zuordnen. Vgl. hierzu Ozer/Lynch, Protecting Reader Privacy in Digital Books, S. 3, abrufbar unter: http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1588187_code1101397.pdf?abstractid=1588187&mirid=3.

⁹¹⁷ Derzeitige Fassung ist abrufbar unter <http://www.googlebooksettlement.com/intl/de/Amended-Settlement-Agreement.zip>.

bliziert worden sind. Rauer⁹¹⁸ geht in diesem Zusammenhang davon aus, dass damit rund 90 % der deutschen Werke nicht mehr erfasst sind.

Diese Regelung darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch europäische Rechteinhaber nach wie vor aktiv tätig werden müssen, sofern sie sicherstellen möchten, dass ihr Werk nicht bei Google Books erscheint. Oftmals werden die Werke auch in den USA veröffentlicht, oder die Verlage unterhalten Zweigstellen in den vom Vergleich betroffenen Ländern. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass sich viele der Autoren und Rechteinhaber bis 1978 freiwillig in das US Copyright Register eingetragen haben. In diesen Fällen wären die Rechteinhaber von dem Vergleich betroffen.

4.2 Vergriffene Werke

Bei den vergriffenen Werken muss weiterhin der Rechteinhaber an Google herantreten und seinen Austritt (Opt-Out) erklären. Bis dahin ist Google weiterhin berechtigt, im Wege des „display uses“ die Bücher zu veröffentlichen und vollumfänglich zu verwerten.

Eine Einschränkung wird indes nunmehr dahin gehend vorgenommen, dass unter dem Begriff „commercially available“ nur noch die Werke zu verstehen sind, die in den USA, Kanada, Großbritannien oder Australien über die üblichen Vertriebswege (auch Onlineversand und Onlinebestellung) erhältlich sind. Bemerkenswert erscheint hierbei die Tatsache, dass sich Google gemäß Ziffer 3.2 (d) der überarbeiteten Fassung bereiterklärt hat, eine umfassende Recherche vorzunehmen, um festzustellen, ob ein Werk vergriffen ist. Diese Recherche umfasst hierbei auch die Datenbanken Dritter in den vom Vergleich umfassten Ländern („*Google shall determine whether a Book is Commercially Available or not Commercially Available based on its analysis of multiple third-party databases as well as its analysis of the Book's retail availability based on information that is publicly available to it on Internet.*“).

⁹¹⁸ Rauer, K&R 2010, 9, 14. Es liegen nach bisherigen Recherchen noch keine exakten Zahlen hierzu vor. Allerdings spricht Dobusch in seinem Beitrag („Kommentar der Anderen“ in der Tageszeitung „Der Standard“, erschienen am 23.11.2009) davon, dass fast alle deutschsprachigen Werke außen vor bleiben. Daher erscheint es wohl durchaus realistisch, dass auch in Österreich eine Zahl von rund 90 % erfasst ist. Siehe hierzu auch Commission for the Education, Youth and Culture and for the Competitiveness Council, The Google Book Settlement (GBS) – Impacts from a European perspective, vom 27.11.2009, S. 3 (80 % englischsprachige Werke), abrufbar unter: http://www.grur.de/cms/upload/pdf/GmB/2010/2010-03-24_GmB_GBS_Lueder.pdf.

4.3 Verwaiste Werke („orphan works“)

Für den Bereich der verwaisten Werke besteht weiterhin die „Opt-out-Regelung“, wobei geringe Änderungen hinsichtlich der Regelungen um die „Book Rights Registry“ vorgenommen wurden. Dies betrifft die Errichtung einer sog. Unclaimed Works Fiduciary (UWF) in Ziffer 1.160. Hierbei handelt es sich um einen Art Treuhänder unter dem Dach der Book Rights Registry. Dieses Gremium soll gegenüber allen Beteiligten unabhängig sein und ein zentrales Entscheidungsrecht in Fragen um die verwaisten Werke erhalten („*The Registry’s power to act with respect to the Preview Uses under this Section 4.3 (Preview Uses) will be delegated to the Unclaimed Works Fiduciary*“). Die Ausschüttung der mit verwaisten Werken erzielten Einnahmen soll zudem nicht mehr an die registrierten Rechteinhaber gehen, sondern in Höhe von 25 % der Einnahmen für das Auffinden der Autoren verwendet werden.⁹¹⁹

Hieran wurde allerdings bereits kritisiert, dass diese UWF bei den Verhandlungen über diesen Vergleich letztlich noch gar nicht eingesetzt war und daher auch nicht an den Vergleichsgesprächen teilnehmen konnte, was ihnen jedoch als Vertreter der Urheber verwaister Werke bereits in dieser Erörterungsphase zusteht.⁹²⁰ Ott⁹²¹ hat hierzu bereits die Spekulation angestellt, dass bei einer entsprechenden Beteiligung und Einräumung von Mitspracherechten von Vertretern der verwaisten Werke die Gefahr bestanden hätte, dass diese für die von ihnen vertretenen Autoren kollektiv den „Opt-Out“ aus dem Vergleichsvorschlag erklärt hätten. Diesem Risiko wollten sich die Vergleichsparteien anscheinend nicht aussetzen.

4.4 Ausschlussfristen

Das neue Google Book Settlement sieht zudem neue Ausschlussfristen vor, wonach sich die betroffenen Rechteinhaber bis spätestens 31.03.2011 bei Google melden müssen. Ein „Removal“ kann bis spätestens 31.03.2011 erklärt werden. Google muss das Digitalisat in diesem Fall so schnell wie möglich, spätestens aber binnen 30 Tagen aus der Google-Buchsuche entfernen. Erfolgt der „Removal“ erst nach dem 05.04.2011, dürfen die Digitalisa-

⁹¹⁹ Rauer, K&R 2010, 9, 14.

⁹²⁰ In den Federal Rules of Civil Procedure (F.R.C.P) Rule 23 (a) (4) heißt es: „The representative parties will fairly and adequately protect the interest of the class before a class may be certified.“

⁹²¹ Ott, Kritik am Amended Settlement Agreement vom 09.02.2010, abrufbar unter: <http://www.linksandlaw.de/news1630-kritik-asa.htm>.

te zumindest an den am Google-Bibliotheksprogramm teilnehmenden Bibliotheken weiter zur Verfügung gestellt werden.⁹²²

5. Bewertung und Ausblick

Auch wenn auf den ersten Blick die Rechtslage für die europäischen Rechteinhaber positiver aussieht, sind sie nicht per se von der Vereinbarung ausgeschlossen. Hierbei spielt es auch eine Rolle, dass für die meisten Urheber überhaupt nicht ersichtlich ist, ob sie im US Copyright Register verzeichnet sind, da eine Onlineabfrage hierzu nicht möglich ist.⁹²³

Daneben erscheint zudem fraglich, ob die bestehende „Opt-out-Praxis“ für vergriffene Werke mit dem derzeitigen Urheberrecht in Einklang zu bringen ist. Auch wenn eine Vielzahl von Werken in den USA, Kanada, Großbritannien oder Australien vergriffen ist, bedeutet dies zudem nicht zwangsläufig, dass dies auch in Europa der Fall ist. Die Anzahl dieser Bücher wird sich zwar in Anbetracht der Angebote von weltweit tätigen Onlineversandhändlern wie z. B. Amazon verringern. Gleichwohl besteht aufgrund der Globalisierung des weiter wachsenden Internets zumindest die Gefahr, dass Google mit Veröffentlichung seiner „vergriffenen Werke“ einen eigenen Markt erschließen und damit in Konkurrenz mit Rechteinhabern treten könnte, die sich außerhalb der genannten Länder befinden, zugleich diese Werke aber auch noch führen.

Für die Verwertung verwaister Werke erscheint daher der Vorschlag,⁹²⁴ eine Wartefrist einzuführen und das Werk in eine Liste des Buchrechteregisters aufzunehmen, durchaus gangbar. Zudem sollte die Verpflichtung nach einer sorgfältigen Suche nach den Urhebern verwaister Werke aufgenommen werden. So könnte nach Vorschlag des Justizministeriums vorgesehen werden, dass Google verwaiste Werke nur für einen bestimmten Zeitraum verwerten darf (ca. fünf bis zehn Jahre) und dann auf eine erneute Verhandlung mit dem Buchrechteregister und/oder eine erneute Zustimmung des Gerichts angewiesen ist. Abschließend könnte eine Bestimmung aufgenommen werden, wonach die Parteien eine zukünftige Änderung des Urheberrechts (insbesondere hinsichtlich verwaister Werke) zu beachten haben. Damit würde

⁹²² Rauer, R&R 2010, 9, 14, 15.

⁹²³ Siehe Spang, Interview vom 26.11.2009, abrufbar unter: www.boersenblatt.net/348367.

⁹²⁴ Vorschlag des US-Justizministeriums vom 04.02.2010, abrufbar unter: <http://www.scribd.com/doc/26397263/Justice-Department>.

ein Parallelurheberrecht zugunsten von Google vermieden⁹²⁵ und zugleich auch eine gewisse Rechtssicherheit für Google hergestellt.

⁹²⁵ Siehe zu den aktuellen Entwicklungen auch die Beiträge unter LinksandLaw, abrufbar unter: <http://www.linksandlaw.de/news1636-justizministerium-buchsuche.htm>.

Zusammenfassung

Der Titel „Ausgewählte Rechtsprobleme der Suchmaschine Google“ zeigt bereits, dass eine abschließende Aufarbeitung sämtlicher Rechtsprobleme um die Suchmaschine schlichtweg nicht möglich ist. Dies wird auch in Zukunft kaum möglich sein, da die technische Entwicklung des Internets, der Dienste und Anwendungen ständig neue rechtliche Konfliktfelder hervorbringen werden. Hinzu kommt, dass die gesetzliche Anpassung an geänderte und neu hinzutretende Rechtsprobleme mit dieser rasanten Entwicklung nur schwer Schritt halten kann. Viele Gesetze stammen aus einer Zeit, in der Begriffe wie „Suchmaschinen“ oder „Hyperlinks“ gänzlich unbekannt waren.

Die Bedeutung und der Einfluss von Suchmaschinen auf die Verbreitung und Vermittlung von Informationen werden jedoch in Zukunft noch erheblich zunehmen. Hieraus resultiert gleichsam die Notwendigkeit, z.B. bei Fragen nach der Verantwortlichkeit und Haftung für die angebotenen Dienste ein größtmögliches Maß an Rechtssicherheit für den Suchmaschinenanbieter zu schaffen. Hier heißt es, klare Verantwortungsmaßstäbe zu etablieren, ohne der Entwicklung einer Suchmaschine und ihren Diensten unnötige Hürden in den Weg zu legen. Die Suchmaschine von Google ist zweifellos ein sinnvolles Werkzeug, ohne dass die Informationsflut im Internet wohl kaum komfortabel beherrscht werden könnte. Nichtsdestotrotz sollten Begriffe wie „Nützlichkeit“ und „Komfort“ nicht dazu führen, einer vertieften Diskussion um die Rolle von Google in der Zukunft aus dem Weg zu gehen.

Das Datenschutzrecht wird sowohl für Unternehmen, als auch für Privatpersonen in Zukunft erheblich an Bedeutung gewinnen. Hiervon ist besonders Google betroffen. Es wird Aufgabe des Suchmaschinenbetreibers sein, bei der Verwendung von Daten den Mittelweg zwischen der Wahrung berechtigter, eigener wirtschaftlicher Interessen und der datenschutzrechtlichen Belange der Betroffenen zu finden. Dies umfasst die eigentliche Nutzung der Suchmaschine ebenso, wie die Weiterentwicklung von nützlichen Tools wie Google Analytics.

Die rechtlichen Fragen um die Werbekonzepte wie Google AdWords werden auch in den kommenden Jahren Werbetreibende wie Juristen gleichermaßen beschäftigen. Die jüngste Entwicklung hat hier bereits gezeigt, dass eine einheitliche Bewertung der Rechtsprobleme in Europa in diesem Bereich in naher Zukunft alles andere als wahrscheinlich ist. Auch die rechtliche Aufarbeitung von „Spezialfunktionen“ wie der Google Bildersuche steht trotz einiger jüngerer Urteile erst am Anfang. Die „Thumbnails – Problematik“ eignet sich zudem be-

sonders gut dazu, über eine Fortentwicklung der *de lege ferenda* bei der rechtlichen Bewertung derartiger „neuer Rechtsprobleme“ nachzudenken. Ansatzpunkte können hierbei durchaus die Prinzipien der US-amerikanischen fair use Doktrin bilden. Hierdurch ließe sich flexibel und individuell auf neue rechtliche Fragestellungen reagieren. Inwieweit die Gesetzgebung bereit ist, derartige Rechtsinstitute einzuführen und hierdurch möglicherweise eine unterschiedliche Rechtsanwendung zu riskieren, bleibt jedoch abzuwarten.

Auch bei der Google Buchsuche sollte über die Anwendung der fair use Doktrin zumindest nachgedacht werden. Auch wenn die Verhandlungen zwischen Google und den Rechteinhabern über eine vergleichsweise Einigung noch nicht abgeschlossen sind, ist nach hiesiger Ansicht davon auszugehen, dass auch hier ein guter Kompromiss gefunden werden kann, um einen solchen, durchaus sinnvollen Dienst weiterhin möglich zu machen.

Abstract

The doctoral thesis entitled “selected legal problems of the search engine Google” already indicates completely the problem to discuss all legal issues of a typical search engine. This is not possible. The technical development of the Internet and its applications and services will constantly produce new legal problems. In addition, due to this rapid development, it seems quite unlikely and difficult to adapt the laws to these new areas of legal conflicts. A lot of laws date back to a time, when terms like “search engines” or “hyperlinks” were completely unknown.

The significance and the influence of search engines will become more important in the future. Search engines are mainly responsible for the distribution and dissemination of information. Thus, it is very important to create legal security for the services provided by a search engine, e.g. in the legal field of liability. It is necessary to establish obvious responsibility standards without preventing the development of the search engine and its services.

The search engine of Google is undoubtedly a useful tool. Without its help, it would be more than difficult to handle comfortably the flood of information in the internet. Nevertheless, terms like “usefulness” and “comfort” do not mean that one can avoid a detailed discussion about the position of Google.

The significance of data protection will increase in future for both companies and individuals. This in particular concerns Google. It will be the job of the search engine provider, to find the

balance between the protection of data of its users and their own commercial interests. This relates to the use of the search engine, as well as the development of tools like “Google Analytics”.

The legal questions about advertising services like “Google AdWords” will in future concern both advertisers and lawyers. Despite the recent ruling of the ECJ, it seems quite unlikely, that there will be a uniform jurisdiction in Europe in the next years. The clarification of the legal problems of special services of Google like the “Google Images” or the “Google Book Search” is far away from being completed. These services are also suitable when thinking about new legal institutions like the principles of the U.S. "fair use doctrine" in the European Union. Hereby it could be possible to react to these legal questions flexibly and individually. Nevertheless it is actually not clear, whether the jurisdiction will use such “new legal institutions” in the view of different applications of the law.

In my opinion, one should also consider these principles in connection with the “Google Book Search”. Although the negotiations between Google and copyright holders over a comparatively agreement are still going on, I assume that a good compromise can be found, to uphold such useful service.

Literaturverzeichnis

Alle angegebenen Internetfundstellen wurden letztmalig Ende Oktober 2010 geprüft

Aden, Timo:

Google Analytics: Implementieren. Interpretieren. Profitieren (2009)

Adolphsen, Jens / Mutz, Martina:

Das Google Book Settlement, GRUR Int. 2009, 789 ff

Anderl, Axel:

Aktuelles zum Keyword-Advertising, Besprechung der Entscheidungen des OGH vom 19.12.2005, 4 Ob 195/05p, sowie des OLG Wien vom 14.7.2005, 1 R 134/05s, 3/2006, RdW 2006, 143 ff

Anderl, Axel:

EuGH zur Verantwortlichkeit bei Keyword-Advertising (II), ecolex 2010, 477 ff

Arning, Marian / Forgó, Nikolaus / Krügel, Tina:

Datenschutzrechtliche Aspekte der Forschung mit genetischen Daten, DuD 2006, 700 ff

Baars, Wiebke / Schuler, Marc / Lloyd, Charles:

Keyword-Advertising, CRi 2007, 137 ff

Backu, Frieder:

Anmerkung zu BGH, v. 22.01.2009, Az. I ZR 139/07, CR 2009, 326 ff

Bager, Jo:

Der Datenkrake, c't-Archiv, 10/2006

<http://www.heise.de/ct/artikel/Der-Datenkrake-290454.html>

Bahr, Martin:

Rechtsanspruch auf Aufnahme in den Suchmaschinen-Index (am Beispiel Google)?

<http://www.suchmaschinen-und-recht.de/rechtsanspruch-auf-aufnahme-in-den-suchmaschinen-index.html>

Bammer, Armin / Holzinger, Gerhart / Vogl, Mathias / Wenda, Gregor (Hrsg.):

Rechtsschutz gestern – heute – morgen, Festgabe zum 80. Geburtstag von Rudolf Machacek und Franz Matscher (2008), zit. *Bearbeiter*, in: FS Machacek-Matscher (2008)

Band, Jonathan:

A Guide for the perplexed: Libraries and the Google Library Project Settlement
<http://www.arl.org/bm~doc/google-settlement-13nov08.pdf>

Band, Jonathan:

The Google Library Project: Both Sides of the Story
<http://www.plagiary.org/Google-Library-Project.pdf>

Band, Jonathan:

The Google Settlement: International Implications, CRi 2009, 72 ff

Barbaro, Michael / Zeller, Tom:

A Face Is Exposed for AOL Searcher No. 4417749
<http://www.nytimes.com/2006/08/09/technology/09aol.html?ex=1312776000>

Batalla, Enrique / Sanmartin, Maria:

Lights and Shades on the Future of Keyword Advertising, CRi 2009, 165 ff

Bayreuther, Frank:

Beschränkungen des Urheberrechts nach der neuen EU-Urheberrechts-RL, ZUM 2001, 828 ff

Bechtold, Stefan:

Optionsmodelle und private Rechtsetzung im Urheberrecht am Beispiel von Google Book Search, GRUR 2010, 282 ff

Berberich, Matthias:

Die urheberrechtliche Zulässigkeit von Thumbnails bei der Suche nach Bildern im Internet, MMR 2005, 145 ff

Berger, Arndt / Janal, Ruth:

Suchet und Ihr werdet finden? CR 2004, 917 ff

Berka, Walter / Höhne, Thomas / Noll, Alfred / Polley, Ulrich:

Mediengesetz – Praxiskommentar (2002) (zit. *Bearbeiter*, in: Berka/Höhne/Noll/Polley, Mediengesetz)

Bernreuther, Friedrich:

Die suchmaschinenoptimierte Webseite - eine urheberrechtlich geschützte Unlauterkeit mit und ohne Markenverletzung, WRP 2008, 1057 ff

Blaurock, Uwe / Bornkamm, Joachim / Kirchberg/ Christian (Hrsg.):

Festschrift für Achim Krämer zum 70. Geburtstag am 19. September 2009 – (zit. *Be-
arbeiter*, in: FS Krämer)

Blume, Matthias / Hammerl, Alexandra:

E-Commerce-Gesetz ECG: Kommentar zum E-Commerce-Gesetz ECG (2002)

Bogendorfer, René / Ciresa, Meinhard (Hrsg.):

Urheberrecht: Werbung - Telekommunikation - Internet (2009)

Bohne, Michael / Krüger, Alexandra:

Das „Settlement-Agreement“ zwischen Google und der Author’s Guild als Leitbild ei-
ner europäischen Regelung, WRP 2009, 599 ff

Bohne, Michael / Elmers, Christine:

Die Digitalisierung von Wissen in der Informationsgesellschaft und ihre rechtliche Re-
gulierung, WRP 2009, 586 ff

Brin, Sergey / Page, Lawrence:

The Anatomy of a Large-Scale Hypertextual Web Search Engine (Excerpt)
<http://infolab.stanford.edu/~backrub/google.html>

Büchele, Manfred:

Anmerkung zu OGH, v. 26.08.2008, 4 Ob 89/08d, ÖBl 2009, 87 ff

Büscher, Wolfgang:

Schnittstellen zwischen Markenrecht und Wettbewerbsrecht, GRUR 2009, 230 ff

Bull, Hans-Peter:

Sind Video-Verkehrskontrollen „unter keinem rechtlichen Aspekt vertretbar“? NJW
2009, 3279 ff

Burgstaller, Peter / Minichmayr, Georg:

E-Commerce-Gesetz, Praxiskommentar (2002)

Caspar, Johannes:

Gutachten zu Rechtsfragen betreffend den Internetdienst Google Street View
(02.02.2009)
<http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl16/umdrucke/3900/umdruck-16-3924.pdf>

Ciresa, Meinhard:

Urheberwissen leicht gemacht (2003)

Connolly, Chris:

The US Safe Harbor - Fact or Fiction? (2008)

http://www.galexia.com/public/research/assets/safe_harbor_fact_or_fiction_2008/safe_harbor_fact_or_fiction.pdf

Conti, Greg:

Googling Security - How much does Google know about you? (2009)

Danckert, Burkhard / Mayer, Frank:

Die vorherrschende Meinungsmacht von Google - Bedrohung durch einen Informationsmonopolisten? MMR 2010, 219 ff

Daswani, Susheel:

The Google Book Search Library Project: A Fair Use Analysis (2006)

<http://www-cs-students.stanford.edu/~sdaswani/GBookSearch.doc>

David Jahn / Julia Striezel:

Google Street View is watching you, K&R 2009, 753 ff

Dichlberger, Elke:

Markenrechtliche Risiken bei Keyword-Advertising, ecolex 2008, 1032 ff

Dietrich, Christian:

Rechtliche Probleme bei der Verwendung von Metatags, K&R 2006, 71 ff

Dietrich, Florian:

Anm. zu OLG Stuttgart, v. 26.11.2008, Az. 4 U 109/08, CR 2009, 188 ff

Dittrich, Robert:

Österreichisches und internationales Urheberrecht⁴ (2004).

Dobusch, Leonhard:

Gerechtigkeit für Google, „Der Standard“ (Printausgabe), vom 23.11.2009

Dreyer, Gunda / Kotthoff, Jost / Meckel, Astrid:

Heidelberger Kommentar zum Urheberrecht² (2008)

Drobesch, Heinz / Grosinger, Walter:

Das neue österreichische Datenschutzgesetz (2000)

Duhr, Elisabeth / Naujok, Helga / Peter, Martina / Seiffert, Evelyn:

Neues Datenschutzrecht für die Wirtschaft, DuD 2002, 5 ff

Duhr, Elisabeth / Naujok, Helga / Schaar, Peter:

Anwendbarkeit des deutschen Datenschutzrechts auf Internetangebote, MMR aktuell 7/2001, XVI ff

Ebner, Matthias / Ebner, Philipp:

Ist Google Analytics erlaubt oder nicht?

http://www.namics.com/2009/06/24/download/presse/NW_Gastautoren_Google_Recht_Ebner240609.pdf

Ehmann, Eugen / Helfrich, Marcus:

EG Datenschutzrichtlinie - Kurzkomentar (1999)

Eichholtz, Stephanie:

Die US-amerikanische Class Action und ihre deutschen Funktionsäquivalente (Diss. 2002)

Engel, Alexandra:

Reichweite und Umsetzung des Datenschutzes gemäß der Richtlinie 95/46/EG für aus der Europäischen Union in Drittländer exportierte Daten am Beispiel der USA (Diss. 2005)

Engels, Gabriele:

Keyword Advertising - Zwischen beschreibender, unsichtbarer und missbräuchlicher Verwendung, MarkenR 2009, 289 ff

Ernst, Stefan:

Google Street View: Urheber- und persönlichkeitsrechtliche Fragen zum Straßenpanorama, CR 2010, 178 ff

Ernst, Stefan:

Rechtsprobleme im Internet, K&R 1998, 536 ff

Ernst, Stefan:

Suchmaschinenmarketing (Keyword-Advertising, Doorwaypages u.ä.) im Wettbewerbs- und Markenrecht, WRP 2004, 278 ff

Feiler, Lukas / Raschhofer, Maximilian, (Hrsg.):

Praxisschrift für Wolfgang Zankl - Innovation und internationale Rechtspraxis – (2009) (zit. *Bearbeiter*, in: FS Zankl)

Fezer, Karl-Heinz:

Markenrecht⁴ (2009)

Fleischer, Peter:

Why does Google remember information about searches?

<http://googleblog.blogspot.com/2007/05/why-does-google-remember-information.html>

Forgó, Nikolaus:

Google Street View – Nur ein Spannungsverhältnis zwischen Privatsphäre und öffentlichem Raum, MMR 2010, 217 ff

Forgó, Nikolaus:

Gutachten des Rechtsinstituts für Rechtsinformatik der Leibniz Universität Hannover vom 18.02.2010

Forgó, Nikolaus / Krügel, Tina:

Der Personenbezug von Geodaten - Cui bono, wenn alles bestimmbar ist? MMR 2010, 17 ff

Fortmann, Harald:

Geschichte der Suchmaschinen und ein vorsichtiger Blick in die Zukunft, Interaktive Trends 2006/2007

http://www.competence-site.de/downloads/09/d6/i_file_8035/Geschichte_der_Suchmaschinen.pdf

Freytag, Stefan:

Digital Millennium Copyright Act und europäisches Urheberrecht für die Informationsgesellschaft, MMR 1999, 207 ff

Freytag, Stefan:

Haftung im Netz (Diss. 1999)

Frome, Andrea / Cheung, German u.a:

Large-scale Privacy Protection in Google Street View, (Excerpt)

http://static.googleusercontent.com/external_content/untrusted_dlcp/research.google.com/de//archive/papers/cbprivacy_iccv09.pdf

Fromm, Friedrich / Nordemann, Wilhelm (Hrsg.):

Urheberrecht¹⁰ (2008) (zit. *Bearbeiter*, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht)

Fuchs, Dominik:

Die marken- und wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von kontextabhängiger Suchmaschinenwerbung (Keyword Advertising), wbl 2007, 414 ff

Gabriel, Ulrich / Cornels, Lars:

Webtracking und Datenschutz – ein „hidden problem“, MMR aktuell 11/2008, XVI ff

Gaulke, Martin:

Suchmaschinenkompetenz - Was wissen wir wirklich über Suchmaschinen? (MA 2008)

Genz, Alexander:

Datenschutz in Europa und den USA, (2004)

Givler, Peter:

Google and the Book Publishers: Testing the Limits of Fair Use in the Digital Environment

<http://www.aaupnet.org/aboutup/issues/pgbrightideas.pdf>

Glögler, Michael:

Suchmaschinen im Internet: Funktionsweisen, Ranking-Methoden, Top-Positionen, (2003)

Gola, Peter / Schomerus, Rudolf:

BDSG, Bundesdatenschutzgesetz⁹ (2007)

Goldmann, Eric:

Outdated Metatags don't Infringe - Pop Warner v. NH Youth Football & Spirit Conference

http://blog.ericgoldman.org/archives/2006/09/outdated_metata.htm

Grimmelmann, James:

The Google Book Search Settlement: Ends, Means, and the Future of Books (2009)

<http://www.acslaw.org/files/Grimmelmann%20Issue%20Brief.pdf>

Gutmann, Daniel:

Urheberrecht im Internet in Österreich, Deutschland und der EU (Diss. 2003)

Hacker, Franz:

Funktionenlehre und Benutzungsbegriff nach "L'Oreal", MarkenR 2009, 333 ff

Härting, Niko:

Datenschutz im Internet, CR 2008, 743 ff

Haft, Fritjof / Eisele, Jörg:

Zur Einführung: Rechtsfragen des Datenverkehrs im Internet, JuS 2001, 112 ff

Handig, Christian:

Das Zurverfügungstellungsrecht und die Hyperlinks, ecolex 2004, 38 ff

Hanratty, Elisabeth:

Google Library: Beyond fair use?

<http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/pdf/2005dltr0010.pdf>

Hansen, Marit / Meissner, Sebastian:

Verkettung digitaler Identitäten (2007)

Hasberger, Michael:

Haftung der Provider für Rechtsverletzungen auf gehosteten Webseiten, MR 2004, 274 ff

Hasberger, Michael / Semrau-Deutsch:

Host-Provider als Richter ? ecolex 2005, 197 ff

Haug, Volker:

Grundwissen Internetrecht: Erläuterungen mit Urteilsauszügen, Schaubildern und Übersichten (2005)

Hay, Peter:

US-Amerikanisches Recht⁴ (2008)

Heckmann, Jörn:

Zum Erfordernis der Einwilligung in eine retrospektive Digitalisierung von Printwerken zu Werbezwecken, AfP 2007, 314 ff

Heymann, Britta / Nolte, Georg:

Blockiert das Urheberrecht sinnvolle Informationsdienste? K&R 2009, 759 ff

Hildebrandt, Ulrich:

Marken und andere Kennzeichen (2008)

Hillenbrand-Beck, Renate / Greß, Sebastian:

Datengewinnung im Internet, DuD 2001, 389 ff

Hoeren Thomas / Sieber Ulrich:

Handbuch Multimedia Recht, (24. EL 2009)

Hoeren, Thomas:

Rechtliche Zulässigkeit von Meta-Suchmaschinen - Urheber- und wettbewerbsrechtliche Vorgaben, MMR Beilage 8/2001, 2 ff

Hoeren, Thomas:

Überlegungen zur rechtlichen Zulässigkeit von Meta-Suchmaschinen – unter besonderer Berücksichtigung Urheber – und wettbewerbsrechtlicher Vorgaben
<http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/INHALTE/publikationen/Meta-Suche2.pdf>

Hoffmann, Helmut:

Zivilrechtliche Haftung im Internet. MMR 2002, 284 ff

Holzhausen, Elke:

Die Safe-Harbor-Vereinbarung als Methode zur Sicherung eines „angemessenen Datenschutzniveaus“ im Sinne der EG-Datenschutzrichtlinie (Diss. 2002)

Horak, Michael:

Die Platzierung von nicht sichtbaren Keywords zwecks Bewerbung von Leistungen als Markenverletzung am Beispiel der Keywords in Google AdWords, MarkenR 2007, 240 ff

Hüsch, Moritz:

Anm. zu LG Braunschweig, v. 15.11.2006, Az. 9 O 184/06, CR 2007, 190 ff

Hüsch, Moritz:

Der Gebrauch geschützter Kennzeichen als Advertising Keywords (AdWords) – ein Fall für das Marken - oder Wettbewerbsrecht? K&R 2006, 223 ff

Hüttner, Sabine:

Die „Google Buchsuche“ im deutsch/amerikanischen Vergleich, WRP 2009, 422 ff

Jaeschke, Lars:

Zur markenmäßigen Benutzung beim Keyword-Advertising, CR 2008, 375 ff

Jahnel, Dietmar (Hrsg.):

Datenschutzrecht und E-Government Jahrbuch 2009 (zit. *Bearbeiter*, in: Jahnel, Jahrbuch Datenschutzrecht und E-Government)

Jahnel, Dietmar / Schramm, Alfred / Staudegger, Elisabeth (Hrsg.):

Informatikrecht² (2003), (zit. *Bearbeiter*, in: Jahnel/Schramm/Staudegger, Informatikrecht)

Jeanneney, Jean-Noel:

Googles Herausforderung: Für eine europäische Bibliothek (2006)

Jennings, Christopher Alan:

Fair Use on the Internet, 2002

<http://www.fas.org/irp/crs/RL31423.pdf>

Jeweler, Robin:

The Google Book Search Project: Is Online Indexing a Fair Use Under Copyright Law? (2005)

http://www.ipmall.info/hosted_resources/crs/RS22356_051228.pdf

Jotzo, Florian:

Gilt deutsches Datenschutzrecht auch für Google, Facebook & Co. bei grenzüberschreitendem Datenverkehr? MMR 2009, 23 ff

Jürgens, Uwe / Köster, Oliver:

Jugendschutz bei Suchmaschinen, MMR aktuell 1/2005, XX ff

Karg, Moritz:

Datenschutzrechtliche Rahmenbedingungen für die Bereitstellung von Geodaten für die Wirtschaft (2008)

<http://www.geobusiness.org/Geobusiness/Redaktion/PDF/Publikationen/ampelstudie-datenschutzrechtliche-rahmenbedingungen-bereitstellung-geodaten-lang,property=pdf,bereich=geobusiness,sprache=de,rwb=true.pdf>

Kasper, Christoph:

Die privatrechtliche Haftung des Host-Providers für fremde Inhalte und Delikte (Dipl. 2008)

Kazemi, Robert:

Anm. zu AG Darmstadt, v. 30.06.2005, Az. 300 C 397/06, MMR 2005, 636 ff

Klett, Alexander R. /Apetz, Daja:

Nochmals: AdWord-Werbung unter Verwendung fremder Kennzeichen - markenrechtsverletzend? K&R 2010, 289 ff

Klug, Christoph:

Persönlichkeitsschutz beim Datentransfer in die USA – Die Safe-Harbour-Lösung, RDV 2000, 212 ff

Knaak, Roland:

Keyword Advertising Das aktuelle Key-Thema des Europäischen Markenrechts, GRUR-Int. 2009, 551 ff

Knoll, Martin:

Zur datenschutzrechtlichen (Un)Zulässigkeit von Google Street View, jusIT 2010, 16 ff

Knyrim, Rainer:

25 Jahre Datenschutzrecht in Österreich. Bestandsaufnahme und Lösungsansätze für aktuelle Probleme, MR 2005, 415 ff

Knyrim, Rainer:

Datenschutzrecht (2003)

Knyrim, Rainer:

Suchmaschinen andersrum: Datenschutzrechtliche Implikationen von Suchmaschinen und Web-Analyse-Tools,
http://www.preslmayr.at/admin2/untermenue/pdf/10/20091118065320KY_DSR_Suchmaschinen_andersrum.pdf

Köhntopp, Kristian / Köhntopp, Marit:

Datenspuren im Internet, CR 2000, 248 ff

Krenn, Michael:

DSG-Novelle 2010 - Ein mangelhafter Entwurf
http://www.argedaten.at/php/cms_monitor.php?q=PUB-TEXT-ARGEDATEN&s=03609aue

Kubis, Sebastian:

Digitalisierung von Druckwerken zur Volltextsuche im Internet – die Buchsuche von Google (Google Book Search) im Konflikt mit dem Urheberrecht, ZUM 2006, 370 ff

Kucsko, Guido:

marken.schutz - Systematischer Kommentar zum Markenschutzgesetz (2006)

Kucsko, Guido:

Österreichisches und Europäisches Urheberrecht⁴ (1996)

Kühling, Jürgen / Gauß, Nicolas:

Expansionslust von Google als Herausforderung für das Kartellrecht, MMR 2007, 751 ff

Kühling, Jürgen / Gauß, Nicolas:

Suchmaschinen - eine Gefahr für den Informationszugang und die Informationsvielfalt? ZUM 2007, 881 ff

Kur, Annette:

Confusion Over Use? GRUR Int. 2008, 1 ff

Laga, Gerhard / Sehrschön, Ulrike / Ciresa, Meinhard:

E-Commerce-Gesetz, Praxiskommentar² (2007)

Lehment, Cornelis:

Zur Haftung von Internet-Auktionshäusern Anmerkung zum Urteil des BGH „Internet-Versteigerung“, GRUR 2005, 210 ff

Leistner, Matthias:

Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums (2010)

Leistner, Matthias / Stang, Felix:

Die Bildersuche im Internet aus urheberrechtlicher Sicht, CR 2008, 499 ff

Lensing-Kramer, Andrea / Ruess, Peter:

Verantwortlichkeit von Online-Auktionshäusern in Deutschland und der USA - eBay & Co in der transatlantischen Zange? WRP 2006, 815 ff

Lepperhoff, Niels / Petersdorf, Björn:

Datenschutz auf Webpräsenzen, DuD 2009, 1 ff

Lepperhoff, Niels / Petersdorf, Björn:

Umgang mit Datenschutzerklärungen im Internet, DuD 2009, 15 ff

Lewandowski, Dirk / Höchstötter, Nadine:

Wie effektiv sind Suchmaschinen zur Recherche nach Bildern von berühmten Persönlichkeiten?

http://www.bui.haw-hamburg.de/fileadmin/user_upload/lewandowski/doc/Bildersuche_Preprint.pdf

Lewandowski, Dirk:

Google Scholar

http://www.dl-forum.pt-dlr.de/dateien/Expertise_Google-Scholar.pdf

Lewandowski, Dirk:

Themen und Typen der Suchanfragen an deutsche Web-Suchmaschinen

<http://www.durchdenken.de/lewandowski/doc/mkwi2006.pdf>

Machil, Marcel / Welp, Carsten:

Wegweiser im Netz (2003)

Mann, Roger:

Die Anerkennungsfähigkeit von US-amerikanischen “class-action”-Urteilen, NJW 1994, 1187 ff

Manz, Reto:

Rechtsfragen offener Netze, Rechtliche Gestaltung und Haftung des Access Providers in zugangsoffenen (Funk-) Netzen (Diss. 2008)

Matthies, Ulf:

Providerhaftung für Online-Inhalte (Diss. 2004)

Maurer, Hermann:

Report on dangers and opportunities posed by large search engines, particularly Google, 2007

<http://www.google-watch.org/gpower.pdf>

McCullagh, Declan:

AOL's disturbing glimpse into users' lives

http://news.cnet.com/2100-1030_3-6103098.html

Menzel, Hans-Joachim:

Datenschutzrechtliche Einwilligungen, DuD 2008, 400 ff

Merati-Kashani, Jasmin:

Datenschutz im E-Commerce (Diss. 2005)

Meyer, Sebastian:

Aktuelle Rechtsentwicklungen bei Suchmaschinen im Jahr 2009, K&R 2010, 226 ff

Meyer, Sebastian:

Aktuelle Rechtsentwicklungen bei Suchmaschinen im Jahre 2008, K&R 2009, 217 ff

Meyer, Sebastian:

Aktuelle Rechtsentwicklungen bei Suchmaschinen im Jahre 2007, K&R 2008, 201ff

Meyer, Sebastian:

Google AdWords: Wer haftet für vermeintliche Rechtsverletzungen? K&R 2006, 557 ff

Meyerdierks, Per:

Sind IP-Adressen personenbezogene Daten? MMR 2009, 8 ff

Mittelstädt, Robert:

Verstößt die Bildersuche von Google im Internet gegen Urheberrecht?
<http://www.amrecht.com/Google-UrteilRobMit.pdf>

Moos, Flemming:

Die Entwicklung des Datenschutzrechts im Jahr 2007, K&R 2008, 137 ff

Moos, Flemming:

Dürfen Access-Provider IP-Nummern speichern? CR 2003, 385 ff

Moritz, Hans-Werner:

Zur Zulässigkeit von Google Street View unter dem Aspekt des Deutschen Datenschutzrechts, K&R 2010, Beiheft 2/2010, 1 ff

Moritz, Hans-Werner / Dreier, Thomas:

Rechts-Handbuch zum E-Commerce² (2005)

Niiranen, Ossi:

Online Access to the World`s Libraries, CRi 2006, 65 ff

Nimmer, Raymond:

Google Print Library Project – Unfair Use of Copyright, CRi 2006. 1 ff

Noha, Birgit:

Keyword Advertising - Verwendung von Kennzeichen Dritter als Suchwort - Anmerkung zu 17 Ob 1/07g - Google Adword Wein & Co, 6/2007, ecolex 2007, 616 ff

Ohly, Ansgar:

Keyword-Advertising auf dem Weg von Karlsruhe nach. Luxemburg, GRUR, 2009, 709 ff

Ott, Stephan:

Anm. zu Thüringer Oberlandesgericht, v. 27.02.2008, Az. 2 U 319/07, K&R 2008, 306 ff

Ott, Stephan:

Bildersuchmaschinen und Urheberrecht, ZUM 2009, 345 ff

Ott, Stephan:

Das Internet vergisst nicht – Rechtsschutz für Suchobjekte? MMR 2009, 158 ff

Ott, Stephan:

Datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Webtracking? K&R 2009, 308 ff

Ott, Stephan:

Die Entwicklung des Suchmaschinen- und Hyperlink-Rechts im Jahr 2007, WRP 2008, 393 ff

Ott, Stephan:

Die Entwicklung des Suchmaschinen- und Hyperlink-Rechts im Jahr 2008, WRP 2009, 351 ff

Ott, Stephan:

Die Entwicklung des Suchmaschinen- und Hyperlink-Rechts im Jahr 2009, WRP 2010, 435 ff

Ott, Stephan:

Die Google-Buchsuche, GRUR Int. 2007, 562 ff

Ott, Stephan:

Haftung für verlinkte urheberrechtswidrige Inhalte in Deutschland, Österreich und den USA, GRUR-Int. 2007, 14 ff

Ott, Stephan:

Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, 195 ff

Ott, Stephan:

Marktbeherrschende und öffentlich-rechtliche Suchmaschinen, K&R 2007, 375 ff

Ott, Stephan:

Schutz der Nutzerdaten bei Suchmaschinen, MMR 2009, 448 ff

Ott, Stephan:

Suchmaschinenmanipulation im Zusammenhang mit fremden Marken - Technische Grundlagen und rechtliche Konsequenzen, MMR 2008, 222 ff

Ott, Stephan:

Urheber- und wettbewerbsrechtliche Probleme von Linking und Framing (Diss. 2003)

Ott, Stephan:

Zulässigkeit der Erstellung von Thumbnails durch Bilder- und Nachrichtensuchmaschinen? ZUM 2007, 119 ff

Ozer, Nicole / Lynch, Jennifer:

Protecting Reader Privacy in Digital Books (Excerpt)
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1588187&

Pahlen-Brandt, Ingrid:

Datenschutz braucht scharfe Instrumente- Beitrag zur Diskussion um „personenbezogene Daten“, DuD 2008, 34 ff

Pahlen-Brandt, Ingrid:

Zur Personenbezogenheit von IP-Adressen, K&R 2008, 288 ff

Paul, Ganley:

Google Book Search: Fair Use, Fair Dealing and the Case for Intermediary Copying
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=875384

Peukert, Alexander:

Deutschland v. Google, Dokumentation einer Auseinandersetzung, UFITA 2010/II, 477 ff

Pilcher, Clemens:

Besondere Kontrollpflichten für Host-Provider, ecolex 2007, 189 ff

Rastl, Peter:

Es begann an der Uni Wien – 10 Jahre Internet in Österreich
<http://comment.univie.ac.at/00-2/2/>

Rath, Michael / Swane, Torben:

Google Buchsuche - digitale Weltbibliothek und globale Buchhandlung, K&R 2009, 225 ff

Rath, Michael:

Das Recht der Internet-Suchmaschinen (Diss. 2005)

Rauer, Nils:

Das Google Book Settlement 2.0, K&R 2010, 9 ff

Reppesgaard, Lars:

Das Google-Imperium (2008)

Reuschle, Fabian:

Möglichkeiten und Grenzen kollektiver Rechtsverfolgung - Zu den Defiziten im deutschen Prozessrecht, der Übertragbarkeit ausländischer Lösungen und den Grundzügen eines kollektiven Musterverfahrens, WM 2004, 966 ff

Roggenkamp, Jan Dirk:

Anmerkung zu LG Erfurt, v. 15.03.2007, Az. 3 O 1108/05, K&R 2007, 328 ff

Rösler, Hannes:

„The Future of Books” – Symposium zur urheberrechtlichen Zulässigkeit der Google Buchsuche, GRUR Int. 2008, 489 ff

Roßnagel, Alexander / Banzhaf, Jürgen / Grimm, Rüdiger:

Datenschutz im Electronic Commerce (2003), (zit.: *Bearbeiter*, in: Roßnagel/Banzhaf/Grimm, Datenschutz im Electronic Commerce)

Roßnagel, Alexander / Scholz, Philip:

Datenschutz durch Anonymität und Pseudonymität Rechtsfolgen der Verwendung anonymer und pseudonymer Daten, MMR 2000, 722 ff

Rücker, Daniel:

Notice and take down-Verfahren für deutsche Providerhaftung? CR 2005, 347 ff

Ruess, Peter:

"Just google it? – Neuigkeiten und Gedanken zur Haftung der Suchmaschinenanbieter für Markenverletzungen in Deutschland und den USA", GRUR 2007, 198 ff

Ruessmann, Laurent / Melin, Hanne:

Ode to the Digital Single. Market: And the Google AdWords case plays a part, CRi 2009, 161 ff

Sag, Matthew:

The Google Book Settlement and the Fair Use Counterfactual (Excerpt)
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1437812&

Samuelson, Pamela:

Academic Author Objections to the Google Book Search Settlement
<http://people.ischool.berkeley.edu/~pam/JTHTL.pdf>

Samuelson, Pamela:

Google Book Search and the Future of Books in Cyberspace (Excerpt)
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1535067##

Samuelson, Pamela:

Legally Speaking: The Dead Souls of the Google Booksearch Settlement
<http://radar.oreilly.com/2009/04/legally-speaking-the-dead-soul.html>

Sartor, Patrick:

Der urheberrechtliche Schutz von Multimediaanwendungen (Dipl. 2008)

Schaar, Peter:

Datenschutz im Internet (2001)

Schack, Haimo:

Anm. zu OLG Jena, v. 27.2.2008, Az. 2 U 319/07, MMR 2008, 414 ff

Schallaböck, Jan:

Datenkonzentration bei Suchmaschinen – die Macht von Google & Co

<https://www.datenschutzzentrum.de/sommerakademie/2007/sak2007-schallaboeck-datenkonzentration-bei-suchmaschinen.pdf>

Schanda, Reinhard:

Verantwortung und Haftung im Internet nach dem neuen ECommerce-Gesetz, ecolex 2001, 920 ff

Schmidtmayr, Hartmut / Knyrim, Rainer:

Freie Werknutzung (Panoramafreiheit) in der virtuellen Realität, JurPC Web-Dok. 71/2001

Schneider, Jürgen:

Urheberrechtsverletzungen im Internet bei Anwendung des § 5 TDG, GRUR 2000, 969 ff

Schönherr, Georg:

Wettbewerbsrechtliche Aspekte im Internet, ÖBl. 1999, 267 ff

Schrader, Paul / Rautenstrauch, Birthe:

Urheberrechtliche Verwertung von Bildern durch Anzeige von Vorschaugrafiken (sog. thumbnails) bei Internetsuchmaschinen, UFITA 2007, 761 ff

Schubert, Maximilian / Ott, Stephan:

AdWords - Schutz für die Werbefunktion einer Marke? MarkenR 2009, 338 ff

Schubert, Maximilian / Ott, Stephan:

Fremde Marken als Keywords – Orakelsprüche des EuGH als Antwort auf biblische Fragen, MarkenR 2009, 160 ff

Schubert, Maximilian / Ott, Stephan:

Mehr Fragen als Antworten – die Google France Entscheidung des EuGH zum Keyword Advertising, jusIT, 2010, 85 ff

Schultz, Dennis / Störing, Marc:

Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Keyword-Advertising mit fremden Marken, WRP 2008, 741 ff

Schuster, Fabian:

Die Störerhaftung von Suchmaschinenbetreibern bei Textausschnitten („Snippets“), CR 2007, 443 ff

Schwarz, Mathias / Peschel-Mehner, Andreas (Hrsg.):

Recht im Internet - Der große Rechtsberater für die Online-Praxis (27 EL 2010), (zit.: *Bearbeiter*, in: Schwarz/Peschel-Mehner, Recht im Internet)

Seichter, Dirk:

Markenrecht und Internet, MarkenR 2006, 375 ff

Seidel, Janine / Nink, Judith:

Personensuchmaschinen, CR 2009, 666 ff

Sieber, Ulrich / Liesching, Marc:

Die Verantwortlichkeit der Suchmaschinenbetreiber nach dem Telemediengesetz, MMR Beilage, 8/2007, 1 ff

Simitis, Spiros (Hrsg.):

Bundesdatenschutzgesetz⁶ (2006), (zit.: *Bearbeiter*, in: Simitis, Bundesdatenschutzgesetz)

Smarty, Ann:

Let's Try to Find All 200 Parameters in Google Algorithm
<http://www.searchenginejournal.com/200-parameters-in-google-algorithm/15457/>

Sobola, Sabine / Kohl, Kathrin:

Haftung von Providern für fremde Inhalte, CR 2005, 443 ff

Sonntag, Michael:

E-Business Recht (2006)

Sonntag, Michael:

Rechtsfragen im E-Commerce
http://www.fim.uni-linz.ac.at/lva/Rechtsfragen_im_E-Commerce/ss2005/Rechtsfragen_im_E-Commerce.pdf

Sosnitza, Olaf:

Adwords = Metatags? – Zur marken- und wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit des Keyword-Advertising über Suchmaschinen, MarkenR 2009, 35 ff

Spiecker gen. Döhmman, Indra:

Datenschutzrechtliche Fragen und Antworten in Bezug auf Panorama-Abbildungen im Internet, K&R 2010, 311 ff

Spindler, Gerald / Schmitz, Peter / Geis, Ivo:

TDG Teledienstegesetz, Teledienstschutzgesetz, Signaturgesetz Kommentar (2004), (zit.: *Bearbeiter*, in: Spindler/Schmitz/Ivo)

Spindler, Gerald:

Das Gesetz zum elektronischen Geschäftsverkehr - Verantwortlichkeit der Diensteanbieter und Herkunftslandprinzip, NJW 2002, 921 ff

Spindler, Gerald:

Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Internetauktionshäusern - Haftung für automatisch registrierte und publizierte Inhalte? MMR 2001, 737 ff

Spindler, Gerald:

Hyperlinks und ausländische Glücksspiele - Karlsruhe locuta causa finita? GRUR 2004, 724 ff

Stadler, Thomas:

Haftung für Informationen im Internet² (2005)

Steidle, Roland / Pordes, Ulrich:

Im Netz von Google. Web-Tracking und Datenschutz, DuD 2008, 324 ff

Steinberg, Jens H:

Segeln im Kielwasser des Konkurrenten, MarkenR 2009, 185 ff

Stessel, Wolfgang:

Internetsuchmaschinen und Datenschutz (MA 2008)

Stögmüller, Thomas:

Markenrechtliche Zulässigkeit kontextsensitiver Werbung im Internet, CR 2007, 446 ff

Ströbele/ Paul / Hacker, Franz (Hrsg.):

Markengesetz⁹ (2009), (zit. *Bearbeiter*, in: Ströbele/Hacker, Markengesetz)

Terhaag, Michael:

Anmerkung zu LG München I, v. 24.06.2004, Az. 17 HK O 10389/04, K&R, 448 ff

Terhaag, Michael:

Anm. zu OLG Braunschweig, v. 05.12.2006, Az. 2 W 23/06, MMR 2007, 111, ff

Thiele, Clemens:

Unbefugte Bildaufnahme und ihre Verbreitung im Internet – Braucht Österreich einen eigenen Paparazzi-Paragrafen? RZ 2007, 2 ff

Tonninger, Bernhard:

Zu den Pflichten des Host-Providers, ecolex 2004, 799 ff

Tränkle, Johannes:

Urheberrechtliche Fragen des Einsatzes von (Meta-) Suchmaschinen unter Berücksichtigung der Paperboy-Entscheidung des BGH

<http://www.traenkle.org/texte/MetaSuchmaschinenUrhG.pdf>

Ufer, Frederic:

Die Haftung der Internetprovider nach dem Telemediengesetz (Diss 2007)

Ulbricht, Johannes / Meuss, Holger:

Juristische Aspekte von Extended Links und Smart Tags, CR 2002, 162 ff

Ullmann, Eike:

Wer sucht, der findet - Kennzeichenverletzung im Internet, GRUR 2007, 633 ff

Van der Linden-Smith, Tina:

Google – Searching a legal context, JurPC Web-Dok 259/2004

<http://www.jurpc.de/aufsatz/20040259.htm>

Voigt, Paul:

Datenschutz bei Google, MMR 2009, 377 ff

Völker, Stefan / Elskamp, Gregor:

Die neuen Markenfunktionen des EuGH, WRP 2010, 64 ff

Volkman, Christian:

Haftung für fremde Inhalte: Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche gegen Hyperlinksetzer im Urheberrecht, GRUR 2005, 200 ff

von Ungern-Sternberg, Joachim:

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten in den Jahren 2008 und 2009 (Teil I), GRUR 2010, 273 ff

von Ungern-Sternberg, Joachim:

Schlichte einseitige Einwilligung und treuwidrig widersprüchliches Verhalten des Urheberberechtigten bei Internetnutzungen, GRUR 2009, 369 ff

Wäble, Florian:

Rechtliche Zulässigkeit von Bilder-Suchmaschinen im Internet, K&R 2008, 729 ff

Weichert, Thilo:

Datenschutz bei Internetveröffentlichungen, VuR 2009, 323 ff

Weichert, Thilo:

Datenschutz bei Suchmaschinen, DuD 2007, 724 ff

Weichert, Thilo:

Datenschutz bei Suchmaschinen, MR-Int. 2007, 188 ff

Well-Szönyi, Catherine:

Adwords: Die Kontroverse um die Zulässigkeit der Verwendung fremder Marken als Schlüsselwort in der französischen Rechtsprechung, GRUR Int. 2009, 557 ff

Westermeier, Jay T.:

Infringing Sale of Trademarks As Keyword Triggers for Internet Advertisements, CRI 2009, 97 ff

Wiebe, Andreas:

Anmerkung zu BGH, v. 17.07.2003, Az. I ZR 259/00, MMR 2003, 719 ff

Wiebe, Andreas / Kodek, Georg:

Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (2009)

Wiltschek, Lothar / Majchrzak, Katharina:

Wettbewerbs- und Markenrecht in Österreich, WRP 2009, 875 ff

Wimmers, Jörg / Schulz, Carsten:

Wer nutzt? - Zur Abgrenzung zwischen Werknutzer und technischem Vermittler im Urheberrecht, CR 2008, 170 ff

Wukoschitz, Michael:

Keyword Advertising: EuGH am Wort, RdW 2009, 96 ff

Zankl, Wolfgang:

E-Commerce-Gesetz, Kommentar und Handbuch (2002)

Zankl, Wolfgang:

Haftung für Hyperlinks im Internet, ecolex 2001, 354 ff

Zankl, Wolfgang:

OGH erlaubt meta-tags im Internet, AnwBl 2001, 316 ff

Zankl, Wolfgang:

Online-Privilegien für Unterlassungsansprüche? ecolex 2004, 361 ff

Zankl, Wolfgang:

Verantwortlichkeit für fremde Internetinhalte, JBl 2001, 409 ff

Lebenslauf

Persönliche Daten:

Philipp Martin Daniel Herrmann,
geboren am 26.01.1979 in München

Beruflicher Werdegang:

seit 12/2009

Rechtsanwalt und Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz
teclegal Habel Rechtsanwälte Partnerschaft (München)

12/2008 – 12/2009

Rechtsanwalt
Kanzlei Klinger und Kollegen (München)

12/2006 – 11/2008

Rechtsanwalt
Kanzlei Leipold & Coll. (Wien/München)

06/2006 – 09/2006

Rechtsreferendar
Dr. Witt & Partner Rechtsanwälte (Wien)

Berufs- und Schulausbildung:

2008 - 2010

Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften
Universität Wien

05/2010

Gestattung zur Führung der Bezeichnung Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz durch die Rechtsanwaltskammer München

2006

2. Juristisches Staatsexamen

2004 – 2006

Referendariat im OLG-Bezirk München

2004

1. Juristisches Staatsexamen

1999 – 2004

Studium der Rechtswissenschaften an der Ludwig – Maximilians – Universität (LMU) München

1998 – 1999

Zivildienst

1989 – 1998

Ernst-Mach-Gymnasium Haar

Abschluss: Abitur

1985 – 1989

Grundschule