

Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

4

K&R

- Im Telegrammstil nach Dubai
Dr. Jonas Kahl
- 225 Personenbezogene Daten als „Preis“ für digitale Produkte
Prof. Dr. Jochen Schneider und **Isabell Conrad**
- 232 Das neue Schuldrecht 2022 – Teil 3
Prof. Dr. Felix Buchmann und **Chiara Panfili**
- 240 Neue Rahmenbedingungen für den Einsatz von Algorithmen im Mediensektor
Dr. Judit Bayer und **Prof. Dr. Bernd Holznagel**
- 247 Aktuelle Rechtsentwicklungen bei Suchmaschinen im Jahre 2021
Dr. Sebastian Meyer und **Dr. Christoph Rempe**
- 254 Der fliegende Gerichtsstand im UWG als Gretchenfrage an den Gesetzgeber: „Nun sag, wie hast du’s mit dem Internet?“
Dr. Steffen Wettig
- 258 Länderreport Österreich
Prof. Dr. Clemens Thiele
- 260 **EuGH:** Auskunftersuchen der Steuerverwaltung zu Online-Inseraten muss datenschutzkonform erfolgen
- 266 **BVerfG:** Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen Normen zu verdeckten Zugriffen auf informationstechnische Systeme
- 269 **BGH:** Unwirksame AGB zu Klarnamenpflicht in sozialem Netzwerk
- 281 **OLG Düsseldorf:** Fliegender Gerichtsstand beim Streit um irreführende Werbung mit Internetbezug
- 290 **OLG Köln:** Unwirksame AGB zur eingeschränkten Nutzung von SIM-Karten in Routern
- 298 **FG Köln:** Gewinne aus privaten Kryptowert-Veräußerungen sind steuerpflichtig
mit Kommentar von **Prof. Dr. Jens M. Schmittmann**

25. Jahrgang

April 2022

Seiten 225 – 304

europäischen Trend. Mit dem Entwurf einer Online Safety Bill⁷⁵ hat die britische Regierung hierfür eine Rahmenregelung vorgelegt, die für die Art. 26 ff. DDG-E Vorbildfunktion hatten.⁷⁶ Für die nähere Ausgestaltung der Sorgfaltspflichten der Plattformen und ihrer Beaufsichtigung soll jedoch nicht ein (privater) Auditor, sondern die Medienaufsichtsbehörde Ofcom zuständig sein. Eine solche Lösung führt die Risikoversorge aus der Sphäre der Selbstregulierung heraus und gliedert sie in das bewährte System staatsferner Medienaufsicht ein.

75 Draft Online Safety Bill, Mai 2021, abrufbar unter: <https://www.gov.uk/government/publications/draft-online-safety-bill>.

76 Zur Debatte um diesen Gesetzesentwurf und der vorgehenden Diskussion zum White Paper Online Harms: *Holznapel/Woods*, JZ 2021, 276 m. w. N.



Judit Bayer

ist Senior Research Fellow des ITM an der Universität Münster und außerordentliche Professorin für Medienrecht an der Budapest Business School, Ungarn. Ihre Forschungsgebiete sind die Regulierung der neuen Medien und die Anwendung von KI in Bezug auf die Medien.



Bernd Holznapel

ist Professor für Öffentliches Recht und Verwaltungsrecht und Direktor des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM) an der Universität Münster. Die Schwerpunkte seiner Forschungstätigkeit liegen im Telekommunikations- und Medienrecht sowie in der Netzregulierung, insbesondere im Energierecht.

RA Dr. Sebastian Meyer, LL.M. und RA Dr. Christoph Rempe*

Aktuelle Rechtsentwicklungen bei Suchmaschinen im Jahre 2021

Kurz und Knapp

Der Bericht gibt einen Überblick über die rechtlichen Entwicklungen im Zusammenhang mit Suchmaschinen. Berücksichtigt sind gerichtliche Entscheidungen, wissenschaftliche Aufsätze und sonstige Veröffentlichungen aus dem letzten Jahr. Der Bericht knüpft damit an die bisherigen jährlichen Berichte an, vor allem an den Überblick des Vorjahres (K&R 2021, 232).

I. Einleitung

Es ist unstrittig, dass Suchmaschinen eine große Bedeutung bei der Auffindbarkeit von Inhalten im Internet zukommt; zu Recht wird Google als größter Anbieter, als „Gatekeeper“ bezeichnet.¹ Es muss daher genau darauf geachtet werden, ob Suchmaschinen wirklich neutral und diskriminierungsfrei den Zugang gewähren oder ob Einfluss auf die Erreichbarkeit von Inhalten genommen wird. In diesem Kontext setzt sich der Trend der letzten Jahre fort, den Bereich der Suchmaschinen einer strengeren Regulierung zu unterwerfen, etwa aktuell durch den Digital Service Act oder zuvor bereits durch die P2B-VO.² Außerdem werden die Aktivitäten von Google auch weiter kartellrechtlich relativ streng geprüft.

II. Marktentwicklung

Eine Marktentwicklung im Bereich der Suchmaschinen gibt es faktisch nicht, sondern die Marktanteile sind fest verteilt und verändern sich praktisch nicht. Seit Jahren liegt der Marktanteil von Google bei konstant mehr als 90 %, wobei sich die Werte für Deutschland immer stärker dem weltweiten Durchschnitt annähern.³ Über das Jahr 2021 bewegte sich der Marktanteil von Google nur zwischen 91,86 % (Januar 2021) und 91,94 % (Dezember 2021). Trotz erheblicher Bemühungen kommt Microsoft mit Bing als einzig verbliebener globaler Wettbewerber

mit dem Ausbau der eigenen Marktanteile nicht weiter voran. Selbst bei Einbeziehung der Suchergebnisse von Yahoo, die aufgrund einer Kooperation technisch von Microsoft bereitgestellt werden, liegt Microsofts Marktanteil bei Suchmaschinen weltweit unter 5,0 %, in Deutschland immerhin etwas höher. Interessant ist allerdings die noch stärkere Dominanz von Google bei mobilen Endgeräten, vor allem bei Smartphones. In diesem Segment liegt der Anteil von Google bei mehr als 95 % mit steigender Tendenz.⁴ Google profitiert insoweit zum einen von der Kontrolle über das Betriebssystem Android und zum anderen von der strategischen Partnerschaft mit Apple, aufgrund derer Apple bisher standardmäßig auf die Suchergebnisse von Google zurückgreift.⁵ Soweit in den vergangenen Monaten in den Medien darüber spekuliert wurde, dass Apple eine eigene Suchmaschine als Alternative zu Google entwickelt, gibt es hierzu noch keine neuen Erkenntnisse oder offizielle Bestätigungen.⁶ Das Thema kann aber an Fahrt aufnehmen, nachdem mittlerweile in den USA eine Sammelklage gegen die ent-

* Die Autoren sind Rechtsanwälte in der Sozietät BRANDI Rechtsanwälte. Mehr über die Autoren erfahren Sie am Ende des Beitrags. Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 10. 3. 2022.

1 Allgemein zur Bedeutung und Relevanz von „Big Tech“ als Gatekeeper *Grünwald*, MMR 2020, 822.

2 *Kettemann/Schulz/Fertmann*, ZRP 2021, 138; *Kaesling*, ZUM 2021, 177; *Beaujean*, MMR 2021, 669; vgl. zur Situation in den USA *Weiden*, GRUR 2021, 1147.

3 Die Werte sind online bei Statcounter GlobalStats verfügbar, abrufbar unter <https://gs.statcounter.com/search-engine-market-share/all/worldwide/2021> (weltweit) bzw. <https://gs.statcounter.com/search-engine-market-share/all/germany/2021> (Deutschland).

4 Auswertung laut Statcounters GlobalStats, abrufbar unter <https://gs.statcounter.com/search-engine-market-share/mobile/germany/2021>.

5 Zu den Hintergründen der Vereinbarungen vgl. *Golem* v. 27. 8. 2021, online abrufbar unter <https://www.golem.de/news/standard-suchmaschine-google-zahlte-apple-2021-bereits-12-milliarden-us-dollar-2108-159175.html>.

6 *Heise-Meldung* v. 7. 1. 2021, online abrufbar unter <https://www.heise.de/hintergrund/Milliarden-Spiel-gegen-Google-Baut-Apple-eine-eigene-Suchmaschine-5005638.html>; vgl. dazu bereits *Meyer/Rempe*, K&R 2021, 232, 233.

sprechende Kooperation eingereicht wurde.⁷ In dem Verfahren wird argumentiert, dass die Absprache kartellrechtswidrig sei und zu einem mangelnden Wettbewerb bei Suchmaschinen führe. Ziel des Verfahrens ist eine Untersagung der entsprechenden Zusammenarbeit, die als wettbewerbsbeschränkend angesehen wird.

Neben den großen Anbietern gibt es wie bisher noch Nischenanbieter für bestimmte Regionen oder mit besonderen Vorzügen. Von regionaler Bedeutung sind vor allem die russische Suchmaschine Yandex und der chinesische Anbieter Baidu. Bei den Nischenprodukten fallen vor allem DuckDuckGo und Ecosia ins Gewicht. DuckDuckGo wirbt mit einem besonders datenschutzfreundlichen Konzept, Ecosia bezeichnet sich als ökologische Suchmaschine und spendet nach eigenen Angaben einen Teil der Werbeeinnahmen für Naturschutzprojekte. Beide Anbieter haben aber keine eigenen Suchmaschinen, sondern beziehen die Ergebnisse als Metasuchmaschine aus verschiedenen Quellen (DuckDuckGo) bzw. von einer bestimmten Suchmaschine (Ecosia).

III. Kartellrecht

1. Kartellverfahren gegen Google

Nachdem im vergangenen Jahr die 10. GWB-Novelle in Kraft getreten ist, mit der der neue § 19a GWB mit Blick auf die großen Digitalkonzerne eingeführt worden ist,⁸ wurde davon durch das Bundeskartellamt nun erstmals Gebrauch gemacht: Das Bundeskartellamt hat mit seiner Entscheidung vom 30. 12. 2021 festgestellt, dass Google bzw. der Google-Mutter Alphabet Inc. eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb im Sinne des § 19a Abs. 1 GWB zukommt.⁹ Google verfüge über eine wirtschaftliche Machtposition, die ihr vom Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierte, marktübergreifende Verhaltensspielräume eröffne. Das Bundeskartellamt stellt insoweit außerdem fest, dass Google mit einem Marktanteil von über 80 % eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für allgemeine Suchdienste habe und der wesentliche Anbieter für suchgebundene Werbung sei. Hinzukomme, dass Google in Deutschland ein marktstarker Anbieter einer breiten Vielzahl von weiteren Diensten wie Google Maps, YouTube, dem Browser Chrome und dem E-Mail-Dienst G-Mail sei und darüber hohe Nutzerreichweiten erreiche. Auch bei der Vermarktung von Online-Werbung verfüge Google über reichweitenstarke Werbedienste, die die gesamte Wertschöpfungskette abdeckten. Dazu kommt der bedeutende Einfluss von Google auf den Zugang anderer Unternehmen zu den Google-Nutzern und Werbekunden, zum Beispiel über die Google-Suche, YouTube, Android und die Werbedienste. Marktübergreifend könne Google damit gegenüber anderen Unternehmen die Regeln und Rahmenbedingungen für den Zugang zu diesen Diensten vorgeben. Hinzu komme noch der herausragende Zugang von Google zu wettbewerbsrelevanten Daten über diese Dienste. Dies ermögliche Google nicht nur die Vermarktung zielgerichteter Werbung, sondern auch die stetige Fortentwicklung seiner Dienste.

Nach Angaben des Bundeskartellamts habe Google erklärt, gegen diesen Beschluss keine Rechtsmittel einzulegen und die Normadressatenstellung nach § 19a Abs. 1 GWB nicht zu bestreiten. Allerdings betone Google, dass man ausdrücklich nicht zwingend mit allen vom Bundeskartellamt in der Entscheidung getroffenen tatsächlichen Feststellungen einverstanden sei.¹⁰

Daneben bzw. daraus hergeleitet droht Google noch weiteres Ungemach: So prüft das Bundeskartellamt unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung auch die Konditionen zur Datenverarbeitung von Google.¹¹

Ein weiteres Verfahren des Bundeskartellamts richtet sich gegen das Angebot „Google News Showcase“. Aufgrund einer Beschwerde wurde das Bundeskartellamt hier tätig, da man eine Selbstbevorzugung von Google bzw. eine Behinderung konkurrierender Angebote Dritter durch die Einbindung des Google News Showcase in die allgemeine Suche befürchte.¹² Inzwischen hat Google in dem Kartellverfahren wegen des Google News Showcase Maßnahmen vorgeschlagen, um wettbewerbsrechtliche Bedenken auszuräumen. Man wolle insoweit eine Trennlinie zwischen den Showcase-Vereinbarungen und den laufenden Verhandlungen zwischen Google und den Presseverlagen zur Vergütung des Leistungsschutzrechts ziehen.¹³

2. Bußgeldverfahren der EU-Kommission gegen Google

Anfang des Jahres 2020 fand vor dem EuG die mündliche Verhandlung nach dem Einspruch Googles bzw. Alphabets gegen eine Geldbuße der EU-Kommission in Höhe von 2,42 Mrd. € aufgrund des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch Vorzugsbehandlung des eigenen Preisvergleichsdienstes statt.¹⁴ Inzwischen hat das EuG am 10. 11. 2021 seine Entscheidung verkündet und das von der EU-Kommission verhängte Bußgeld gegen Google bestätigt.¹⁵ Google als marktbeherrschender Plattformbetreiber sei zum Grundsatz der Neutralität der Suchergebnisse verpflichtet. Das bedeutet auch, dass Google seine eigene Preissuchmaschine nicht privilegiert positionieren dürfe.¹⁶ Google hat angekündigt, gegen diese Entscheidung nun Rechtsmittel einzulegen.¹⁷

3. Gesetzgebungsvorhaben

Die EU-Kommission plant mit dem Digital Markets Act (DMA) und dem Digital Services Act (DSA) neue kartellrechtliche Regulierungsinstrumente gegen marktmächtige Digitalkonzerne wie Google zu erlassen.¹⁸ Mit dem DMA

7 AP News v. 4. 1. 2022, online abrufbar unter <https://apnews.com/press-release/pr-newswire/technology-business-lawsuits-california-united-states-fdcb3ac2a7eada0295da814523d69eb8>; vgl. auch dazu Heise-Meldung v. 5. 1. 2022, online abrufbar unter <https://www.heise.de/news/Sammelklage-Google-bezahlt-Apple-um-aus-dem-Suchgeschaef-herauszubleiben-6318041.html>.

8 Meyer/Rempe K&R 2021, 232, 233.

9 Az. B7 - 61/21, s. Pressemitteilung vom 5. 1. 2022, abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2022/05_01_2022_Google_19a.html einschließlich Verweis auf den ausführlichen Fallbericht des Bundeskartellamts.

10 Pressemitteilung vom 5. 1. 2022, abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2022/05_01_2022_Google_19a.html einschließlich Verweis auf den ausführlichen Fallbericht des Bundeskartellamts.

11 Pressemitteilung vom 25. 5. 2021, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2021/25_05_2021_Google_19a.html; jsessionid=4CEB238C234 FB9130B6BD0A0B26BA9 FD_2_cid3717nn=3591568.

12 Pressemitteilung vom 4. 6. 2021, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2021/04_06_2021_Google_Showcase.html; jsessionid=4CEB238C234 FB9130B6BD0A0B26BA9FD_2_cid3717nn=3591568.

13 Heise-Meldung vom 12. 1. 2022, <https://heise.de/-6324533>.

14 Meyer/Rempe K&R 2021, 232, 233.

15 EuG, 10. 11. 2021 – T-612/2017, WuW 2021, 705, Urteilsbesprechung durch Birk, GRUR-Prax 2022, 32.

16 EuG, 10. 11. 2021 – T-612/2017, WuW 2021, 705.

17 Heise-Meldung vom 21. 1. 2022, <https://heise.de/-6335138>.

18 Dazu ausführlich die zusammenfassende Übersicht und Bewertung bei Gerpott, CR 2021, 255; vgl. auch Gielen/Uphues, EuZW 2021, 627.

soll die Beziehungen zwischen den Plattformen und gewerblichen Nutzern geregelt und vor allem Selbstbevorzugung und Zugangsverweigerungen erfasst werden.¹⁹ Mit dem DSA soll wiederum die Bereitstellung von Online-Vermittlungsdiensten geregelt werden.²⁰

IV. Kontextsensitive Werbung

Im vergangenen Berichtszeitraum lag der Schwerpunkt der Bewertung bei AdWords-Anzeigen eher auf der wettbewerbsrechtlichen Seite, auch wenn verschiedentlich markenrechtliche Fragestellungen diskutiert wurden.

1. AdWords-Anzeigen und Markenrecht

Das KG hat sich mit der Reichweite eines gegen Google aufgrund einer markenverletzenden AdWords-Anzeige gerichteten Auskunftsverlangens gem. § 19 Abs. 1 MarkenG befasst.²¹ Der Markeninhaber hatte Google wegen einer markenverletzenden Werbeanzeige unter anderem auf Auskunft zu dem Zeitpunkt, ab dem die Anzeige auf google.de sichtbar war, die Anzahl der Klicks, mit denen die über die Anzeige zugängliche Website aufgerufen wurde und die Preise, die der Besteller für die AdWords-Anzeige an Google gezahlt hat, in Anspruch genommen. Das LG Berlin hatte Google noch antragsgemäß verurteilt.²² Das Kammergericht hat nun der Berufung im Wesentlichen stattgegeben und lediglich die Verurteilung zur Auskunft im Hinblick auf den Zeitpunkt, ab dem die AdWords-Anzeigen auf der Internetseite google.de sichtbar waren. Der Anspruch wird hergeleitet aus § 19 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG, da es sich um eine offensichtliche Rechtsverletzung handele und Google die im gewerblichen Ausmaß für die rechtsverletzende Tätigkeit genutzte Dienstleistung erbracht habe, indem Google dem Markenverletzer die Möglichkeit geboten habe, auf seiner Internetseite die AdWords-Anzeige gegen Bezahlung zu veröffentlichen. Dabei stehe die von Google angebotene Dienstleistung auch im Zusammenhang insbesondere mit der Markenverletzung und sei ihr nicht nur nachgeschaltet.²³

Danach schulde Google nach § 19 Abs. 1 MarkenG die Auskunft über den Vertriebsweg. Nach Auffassung des KG zählt zum Vertriebsweg auch eine Angabe dazu, ab welchem Zeitpunkt die AdWords-Anzeige auf google.de sichtbar war. Werde eine solche Werbeanzeige für eine Dienstleistung im Internet geschaltet, so liege darin zugleich die Eröffnung eines Vertriebswegs. Die Auskunft über den Vertriebsweg erschöpfe sich dann nicht in der bloßen Mitteilung, dass ein bestimmter Vertriebsweg bestanden hat, sondern erstrecke sich nach dem Wortsinn auch auf die Angabe, wann dieser Vertriebsweg eröffnet worden ist.²⁴

Allerdings bestehe nach der Entscheidung des KG kein Anspruch auf Auskunft über die Anzahl der Klicks auf die Werbeanzeige, da es sich dabei insbesondere nicht um die Frage handelt, ob und ab wann der Vertriebsweg zur Verfügung stand. Eine Auskunftspflicht über die Anzahl der Klicks ergebe sich auch nicht aus § 19 Abs. 3 Nr. 1 und 2 MarkenG, weil die Anzahl der Klicks von keinem der genannten Merkmale erfasst werde. Insbesondere seien die Klicks nicht als die „Menge der ausgelieferten Waren“ zu begreifen, da insoweit bereits der Wortsinn der Regelung überschritten würde. Es handele sich bei den Klickzahlen gerade nicht um „Waren“.²⁵

Ebenso habe der Kläger keinen Anspruch auf Auskunft über die Preise, die für die AdWords-Anzeigen bezahlt wurden. Dieser Auskunftsanspruch werde insbesondere nicht vom § 19 Abs. 3 Nr. 2 MarkenG umfasst. Dort werde

zwar auf den Begriff Dienstleistungen abgestellt, dabei handele es sich jedoch nicht um die Dienstleistungen, die der Verletzer für die rechtsverletzende Tätigkeit genutzt habe, sondern um die widerrechtlich gekennzeichneten Dienstleistungen.²⁶

2. AdWords-Anzeigen und Wettbewerbsrecht

Das LG Osnabrück hatte über eine Preiswerbung in einer Google-Anzeige zu urteilen.²⁷ Wenn man in der Suchmaschine Google ein bestimmtes Suchwort eingab, tauchte neben Anzeigen weiterer Anbieter auch das streitgegenständliche Angebot auf. In der Anzeige wurde ein pharmazeutisches Produkt mit der Angabe eines Preises von 18,00 € zu 50 Stück angeboten. Klickte man dann auf diese Anzeige, musste man feststellen, dass der Preis von 18,00 € erst ab einer Abnahme von 20 Packungen à 50 Stück galt. Bei der Abnahme einer Packung betrug der Preis hingegen 19,98 €. Dagegen ging die Wettbewerbszentrale vor. Das LG Osnabrück hat der Klage im Hinblick auf die Preisangabe im Rahmen der Preissuche über Google stattgegeben. In der konkreten Ausgestaltung sah das LG Osnabrück einen Verstoß gegen § 1 Abs. 1 S. 1 PAngV.²⁸ Die Preisangabe im Rahmen der Preissuche müsse im Sinne von § 1 Abs. 7 S. 1 PAngV den Grundsätzen der Preisklarheit und Preiswahrheit entsprechen. Dem werde die Preissuche allerdings nicht gerecht, weil ein Preis angegeben wird, der erst ab einer bestimmten Abnahmemenge gilt. Außerdem dürfe für Verbraucher die Abnahme von 20 Packungen nur in seltenen Fällen zutreffen, sodass ein Verstoß gegen die Preisklarheit und Preiswahrheit vorliege. Das LG Osnabrück stellt außerdem fest, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass Verbraucher durch diese Irreführung veranlasst werden, eine Bestellung abzugeben, ohne zu bemerken, dass nunmehr ein deutlich höherer Preis zu zahlen sei, wenn nicht 20 Packungen abgenommen würden.²⁹

Das OLG Hamburg musste sich ebenfalls mit irreführenden Angaben im Rahmen einer Google-Anzeige befassen.³⁰ Ein Rechtsanwalt hatte dort eine AdWords-Anzeige mit der Überschrift „Schuldnerberatung Köln“ geschaltet. Tatsächlich war der Werbende ausschließlich in Berlin ansässig und beriet von diesem Standort aus bundesweit Schuldner unter Einsatz von Telekommunikationsmitteln. Das OLG Hamburg kommt zu dem Schluss, dass die Anzeige irreführend im Sinne des § 5 UWG sei. Dabei stellt das OLG Hamburg als Maßstab für die Beurteilung des Verständnisses des Verkehrs auf das Verständnis eines situationsadäquat aufmerksamen, durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers ab. Dabei müsse der Verbraucher die Angabe „Schuldnerberatung Köln“ nach allgemeinem Sprachgebrauch dahingehend verstehen, dass diese auf eine in Köln ansässige Schuldnerberatung hinweise. Insoweit sei insbesondere auch nicht der Einsatz einer entsprechenden Präposition mit der Ortsangabe „Köln“ erforderlich, weil schon mit der Ortsbezeichnung auch ohne Verwendung der Angabe „in“ der Sitz des Unternehmens bzw. der Ort der

19 Jovanovic/Greiner, MMR 2021, 678.

20 Ausführlich dazu Gerpott, CR 2021, 255, 257 f.

21 KG Berlin, 13. 7. 2021 – 5 U 87/2019, K&R 2021, 744 – ALBA. Dazu die Entscheidungsbesprechung von Brost, GRUR-Prax 2021, 713.

22 LG Berlin, 29. 5. 2019 – 97 O 13/2018, GRUR-RS 2019, 28788.

23 KG Berlin, 13. 7. 2021 – 5 U 87/2019, K&R 2021, 744.

24 KG Berlin, 13. 7. 2021 – 5 U 87/2019, K&R 2021, 744.

25 KG Berlin, 13. 7. 2021 – 5 U 87/2019, K&R 2021, 744.

26 KG Berlin, 13. 7. 2021 – 5 U 87/2019, K&R 2021, 744.

27 LG Osnabrück, 25. 8. 2021 – 18 O 140/21, WRP 2021, 1643.

28 LG Osnabrück, 25. 8. 2021 – 18 O 140/21, WRP 2021, 1643, 1644.

29 LG Osnabrück, 25. 8. 2021 – 18 O 140/21, WRP 2021, 1643, 1644.

30 OLG Hamburg, 3. 2. 2021 – 3 U 168/19, K&R 2021, 535.

Erbringung der Leistung angegeben werde. Dies gelte insbesondere bei Google-AdWords-Anzeigen, bei denen eher ein Gebot der Kürze und Prägnanz herrsche, sodass erwartet werden könne, dass wesentliche Informationen entsprechend knapp und schlagwortartig präsentiert würden. Der angesprochene Verkehr erwarte daher, dass es eine räumliche Anlaufstelle in Köln gebe.³¹ Insoweit sei auch nicht maßgeblich, dass jedenfalls eine telefonische Beratung möglich sei, da die Ortsangabe die Erwartungshaltung begründe, dass es eine Anlaufstelle vor Ort in Köln gebe, was jedoch objektiv nicht der Fall war.³²

V. Suchmaschinenoptimierung

Der Begriff der Suchmaschinenoptimierung ist nicht sonderlich positiv besetzt. Tatsächlich geht es bei der Suchmaschinenoptimierung – abgekürzt als SEO bezeichnet – erst einmal neutral darum, für eine bessere Auffindbarkeit der eigenen Inhalte über Suchmaschinen zu sorgen.³³ Eine Vielzahl von rechtlichen Auseinandersetzungen betrifft dabei die Fragestellung, ab wann von einer unzulässigen Manipulation auszugehen ist, gegen die sich Wettbewerber und Nutzer zur Wehr setzen können.³⁴ Google als Anbieter der Suchmaschine wehrt sich faktisch gegen vermeintlich unzulässige Optimierungsmaßnahmen, indem die Relevanz der betroffenen Seiten abgewertet wird oder ein Ausschluss aus den Suchergebnissen erfolgt.³⁵ Aufgrund der Tatsache, dass der genaue Algorithmus, mit dem Google die Relevanz von Inhalten bewertet, nicht bekannt ist, gilt der gesamte Bereich der Rankings und Suchmaschinenoptimierung als sehr intransparent.

1. Regulierung von Suchmaschinenrankings

Ein erster Schritt zu mehr Transparenz sind die Informationspflichten der P2B-VO, die explizit auch für Online-Suchmaschinen gelten.³⁶ Nach Art. 5 P2B-VO ist Google zumindest dazu verpflichtet, Informationen zur Funktionsweise des Rankings offenzulegen.³⁷ Die Regelung ähnelt insoweit der schon bekannten Vorgabe gem. Art. 7 Abs. 4a UGP-RL, wonach gegenüber Verbrauchern bei Produktsuchen der Algorithmus für das Ranking offengelegt werden muss, wobei in der UGP-RL Online-Suchmaschinen explizit ausgenommen wurden.³⁸ Die entsprechende Regelung wird in diesem Jahr als § 5b UWG in das nationale Recht übernommen, und zwar einschließlich der Ausnahme für Online-Suchmaschinen.³⁹

Aus den Transparenzpflichten gem. Art. 5 P2B-VO ergibt sich, dass die Hauptparameter verständlich erklärt werden müssen und auch eine Erläuterung zu erfolgen hat, wie die Gewichtung der Hauptparameter zueinander und im Verhältnis zu weiteren Parametern erfolgt.⁴⁰ Zu berücksichtigen ist dabei, dass der Algorithmus für Suchmaschinen keine starre Formel ist, sondern beständig weiterentwickelt wird.⁴¹ Vor diesem Hintergrund müssen auch die entsprechenden Informationen immer auf dem neuesten Stand gehalten werden.⁴² Aus dieser Anforderung lässt sich relativ klar ableiten, dass eine konkrete Darstellung erwartet wird und abstrakte Ausführungen zur Gewichtung nicht genügen, solange die Hinweise gem. Art. 5 Abs. 6 S. 1 P2B-VO nicht mit „hinreichender Sicherheit“ für Manipulationen genutzt werden.

Durch die neuen Transparenzpflichten ergibt sich dann aber zwangsläufig ein Spannungsverhältnis bezogen auf den Schutz des eigenen Algorithmus als Geschäftsgeheimnis, wobei die entsprechenden Regelungen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen gem. Art. 5 Abs. 6 S. 2 P2B unberührt bleiben sollen.⁴³ In der Literatur wird insoweit

vertreten, dass die Informationen, die einer Informationspflicht unterliegen, keinen Schutz als Geschäftsgeheimnis genießen können.⁴⁴ Inwieweit die Transparenzpflichten tatsächlich für besser nachvollziehbare Ergebnisse sorgen oder nur ein Einfallstor für eine noch stärkere Suchmaschinenoptimierung bieten, bleibt abzuwarten.

2. Umgang mit automatischer Optimierung

Ein Sonderaspekt der Suchmaschinenoptimierung ist der Umgang mit Techniken zur automatischen Erstellung von Texten, die zur Verbesserung der eigenen Platzierung in den Suchmaschinen eingesetzt werden. Über Textgeneratoren können schnell und in einem großen Umfang Texte mit relevanten Stichworten erzeugt und schnell platziert werden. Sprachlich mögen die Texte nicht optimal sein, der Fokus liegt vielmehr auf der Optimierung für die Auffindbarkeit durch Suchmaschinen.⁴⁵ Der Schwerpunkt der Diskussion liegt insoweit noch auf dem urheberrechtlichen Schutz solcher Texte und der Problematik bei Übernahme fremder Inhalte.⁴⁶

VI. Haftung für Suchergebnisse

Bei der Prüfung einer potentiellen Haftung für Suchergebnisse kommen prinzipiell zwei Adressaten in Betracht, zum einen der jeweilige Seitenbetreiber, dessen Seiten gegebenenfalls die Rechtsverletzungen beinhalten, und zum anderen der Betreiber der Suchmaschine, über dessen Ergebnisse die Rechtsverletzungen überhaupt erst aufgefunden und damit einem größeren Publikum bekannt werden.

1. Haftung des Anbieters für die Auffindbarkeit

Unstrittig ist zunächst, dass der Seitenbetreiber als Täter unmittelbar in Anspruch genommen werden kann, was aber Probleme bei der praktischen Durchsetzung verursachen kann, insbesondere bei ausländischen Anbietern oder bei einem fehlenden Impressum.⁴⁷

Ist der Täter bekannt und wurde er schon in Anspruch genommen, dann gehört es zu seiner Pflicht, auch eine Löschung der rechtswidrigen Suchergebnisse bei den gängigen Suchmaschinen zu veranlassen, also vor allem mit Bezug auf Google. Es reicht dazu nicht aus, lediglich die beanstandeten Seiten so zu ändern, dass beispielsweise urheberrechtlich geschützte Bilder auf der Seite nicht mehr eingebunden werden, weil dann häufig die Bilddatei auf dem Server gespeichert bleibt und die Inhalte auch noch von Google aufgefunden werden können. Hat der Täter

31 OLG Hamburg, 3. 2. 2021 – 3 U 168/19, K&R 2021, 535.

32 OLG Hamburg, 3. 2. 2021 – 3 U 168/19, K&R 2021, 535.

33 Lichtnecker, in: Paschke/Berlit/Meyer/Kröner, *Gesamtes Medienrecht*, 4. Aufl. 2021, Kap. 28 Rn. 12.

34 Hoeren, in: Hoeren/Sieber, *Hdb. Multimediarecht*, 57. EL 2021, Teil 18.2 Rn. 117.

35 Kritisch hierzu ErwG 26 P2B-VO; vgl. dazu auch *Busch*, GRUR 2019, 788, 793.

36 VO (EU) 2019/1150 (P2B-VO), ABl. L 186/57.

37 *Alexander*, MMR 2021, 690.

38 RL 2005/29/EG: Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken; zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche und der Zielrichtung vgl. *Busch/Mak*, EuCML 2021, 109, 114 und *Sosnitza*, CR 2021, 329, 331.

39 *Peifer*, GRUR 2021, 1453, 1457; *Weiden*, NJW 2021, 2233, 2234.

40 *Alexander*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, *UWG*, 40. Aufl. 2022, Art. 5 P2B-VO Rn. 16.

41 *Lichtnecker*, in: Paschke/Berlit/Meyer/Kröner (Fn. 33), Kap. 28 Rn. 12.

42 *Alexander*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Fn. 40), Art. 5 P2B-VO Rn. 18.

43 *Schneider*, Beilage 1 zu K&R 6/2021, 51, 53.

44 *Alexander*, MMR 2021, 690, 694.

45 *Gräfe/Kahl*, MMR 2021, 121, 122.

46 *Conraths*, MMR 2021, 457.

47 Grundlegend hierzu *Wagner*, GRUR 2020, 329, 336.

zuvor auf eine entsprechende Abmahnung eine Unterlassungsverpflichtungserklärung abgegeben, so kann die weitere Auffindbarkeit zu der Verwirklichung einer Vertragsstrafe führen.⁴⁸ Die Rechtsprechung hält insoweit an der schon bekannten Anforderung fest, dass sich der Täter zumindest um die Entfernung der Inhalte in den Suchmaschinen angemessen bemühen muss, wenn er zuvor die Ursache für die dortige Auffindbarkeit gesetzt hat.

2. Haftung von Google für fremde Ergebnisse

Für Google und andere Betreiber von Suchmaschinen ergibt sich dagegen das Problem, dass im Zweifelsfall überhaupt nicht abgeschätzt werden kann, wann tatsächlich eine Rechtsverletzung vorliegt und auf rechtsverletzende Inhalte bei den Suchergebnissen nicht mehr verwiesen werden darf. Im Kontext der Wiedergabe fremder Inhalte bei YouTube und auf anderen Videoplattformen hat der EuGH jetzt nochmals klargestellt, dass eine automatische Haftung für Urheberrechtsverstöße Dritter nicht in Betracht kommt.⁴⁹ In Beantwortung der Vorlagefragen hat der EuGH verschiedene Konstellationen herausgearbeitet, die zu einer eigenen Haftung der Plattformanbieter führen können, und zwar bei fehlenden technischen Schutzmaßnahmen, einer Beteiligung an der Auswahl der Inhalte oder bei Hilfsmitteln zum Teilen von rechtswidrigen Inhalten.⁵⁰ Diese Wertung lässt sich auf die Haftung von reinen Suchmaschinen aber nur bedingt übertragen, weil dort standardmäßig die Inhalte gar nicht zur Wiedergabe vorgehalten werden, sondern der Anbieter nur den Zugang mittels Verlinkung vermittelt.⁵¹ Die Frage nach der Einrichtung von „Uploadfiltern“ stellt sich etwa bei der Suchmaschine nicht, weil die Nutzer keine Inhalte aktiv hochladen muss, sondern die Suchmaschine selbst die Inhalte indexiert und dann entsprechend verlinkt.⁵²

Mangels neuerer Erkenntnisse bleibt es also für die Haftung von Suchmaschinen bei den schon bisher in der Rechtsprechung herausgearbeiteten Kriterien und dem Grundsatz, dass eine eigene Haftung erst ab Kenntnis in Betracht kommt.⁵³ Es steht allerdings immer noch die Beantwortung der Vorlagefragen des BGH aus, die sich konkret auf Auslistungsansprüche beziehen und auch die Frage einbeziehen, ob es von Relevanz ist, dass im Hinblick auf Bilder durch Google Vorschaubilder (Thumbnails) angezeigt werden, die dann zwangsläufig nicht mehr im Gesamtkontext der ursprünglichen Seite stehen.⁵⁴

Neben dem Risiko der unmittelbaren Inanspruchnahme durch betroffene Personen bzw. Rechtsinhaber besteht für Google und andere Anbieter weiterhin das Risiko eines behördlichen Vorgehens, vor allem bei einer ungenügenden Umsetzung von Sperr- bzw. Löschverpflichtungen. In Russland wurde ein entsprechendes Bußgeld gegen Google bereits gerichtlich bestätigt, wobei die dortigen Entscheidungen allerdings in den dortigen medienpolitischen Kontext eingeordnet werden müssen.⁵⁵

3. Recht auf Vergessenwerden

Das OLG Hamburg musste sich erneut mit Löschanträgen von Presseberichterstattungen aus dem Suchindex bei Google befassen.⁵⁶ Der Kläger war Geschäftsführer und Gesellschafter verschiedener Gesellschaften und darüber hinaus gesellschaftlich in vielfältiger Art und Weise engagiert etwa als Stifter einer gemeinnützigen Stiftung sowie als Förderer im Sportbereich. Es wurde über ihn über einen Zeitraum von zehn Jahren in der Presse verschiedentlich berichtet, unter anderem über sein gesellschaftliches Engagement bei der Teilnahme an Veranstaltungen als Stifter

und Mäzen oder über die Feier anlässlich seines 60. Geburtstags.⁵⁷ Bei einer früheren Vorstandstätigkeit gegen den Kläger wurde gegen ihn ein Strafverfahren wegen des Verdachts des Betrugs und der Untreue geführt, wobei ein Schaden in zwei- bis dreistelligen Millionenhöhe verursacht worden sein soll. Die Beklagte, die eine Fachzeitschrift für Immobilienwirtschaft verlegt, hatte darüber unter der Überschrift „Drei Vorstände angeklagt“ ausführlich berichtet. Der Kläger wurde schließlich im August 2003 zu einer 1½-jährigen Freiheitsstrafe auf Bewährung verurteilt, worüber erneut in zwei Artikeln im August 2003 berichtet wurde. Die drei streitgegenständlichen Artikel wurden außerdem auf dem Online-Portal des beklagten Verlags zum Abruf bereitgehalten. Noch im Jahr 2021 werden die streitgegenständlichen Beiträge über Eingabe des Namens des Klägers in Internet-Suchmaschinen aufgefunden.

Das OLG Hamburg kommt zu dem Schluss, dass der Kläger die uneingeschränkte Auffindbarkeit der ihn betreffenden Berichterstattung über das Strafverfahren in Internet-Suchmaschinen hinzunehmen habe.⁵⁸ Im Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG⁵⁹ nimmt das OLG Hamburg hier eine Interessenabwägung zwischen den schutzwürdigen Belangen des Betroffenen und dem für die Presse streitenden Recht auf Meinungs- und Pressefreiheit vor. Insgesamt überwiege gegenüber dem Interesse des Klägers das öffentliche Interesse an der fortdauernden Erreichbarkeit der Informationen, da ein großes Informationsinteresse bestehe, wobei von besonderem Gewicht im Rahmen der Abwägung sei, dass an der Person des Klägers auch aufgrund seiner späteren Tätigkeiten als Unternehmer und im sozialen und gesellschaftlichen Bereich ein Interesse der Öffentlichkeit bestand und besteht. Wenn der Kläger weiter in führender Position gewerblich tätig sei, müsse er wahre Berichte über sein früheres Geschäftsgebaren eher hinnehmen, als jemand, der sich völlig aus dem Geschäftsleben zurückgezogen hat.⁶⁰

Inzwischen hat sich auch der EGMR mit dem Recht auf Vergessenwerden und der Löschung aus Online-Archiven beschäftigt.⁶¹ Gegenstand des Verfahrens war ein Zeitungsartikel über eine Person, die durch einen Autounfall zwei Menschen getötet hatte. In dem Artikel wurde die Person mit vollem Namen erwähnt. Sie wurde später im Jahr 2000 verurteilt und im Jahre 2006 vollständig rehabilitiert. Nach wie vor war der Artikel jedoch im Online-Archiv verfügbar. Der EGMR hat nun entschieden, dass nach über 20 Jahren auf Grundlage einer Interessenabwägung dieser Online-Artikel zu löschen sei, weil hier das Interesse der Person an einer vollständigen Rehabilitation und Wahrung ihres Rufes gegenüber dem allgemeinen Informationsinteresse überwiege. Auch diese Entscheidung liegt letztlich auf der Linie der Entscheidungen des BVerfG zum Recht auf Vergessenwerden.

48 OLG Karlsruhe, 14. 4. 2021 – 6 U 94/20, WRP 2021, 1353.

49 EuGH, 22. 6. 2021 – C-682/18 u. C-683/18, GRUR 2021, 1054; dazu auch *Holznapel*, CR 2021, 603.

50 *Specht-Riemenschneider*, GRUR 2021, 1066.

51 *Frey*, MMR 2022, 97 zur Einordnung der Relevanz der EuGH-Entscheidung.

52 *Kaesling/Knapp*, MMR 2021, 11 zur Gestaltung von Upload-Filtern.

53 *Von Schönfeld*, MMR 2021, 208.

54 BGH, 27. 7. 2020 – VI ZR 476/18, K&R 2020, 755 ff.; dazu bereits ausführlicher *Meyer/Rempe*, K&R 2021, 232, 235.

55 *Ukrow*, MMR-Aktuell 2022, 445333.

56 OLG Hamburg, 7. 9. 2021 – 7 U 121/17, K&R 2021, 669.

57 OLG Hamburg, 7. 9. 2021 – 7 U 121/17, K&R 2021, 669.

58 OLG Hamburg, 7. 9. 2021 – 7 U 121/17, K&R 2021, 669.

59 BVerfG, 6. 11. 2019 – 1 BVR 16/13, dazu: *Meyer/Rempe*, K&R 2020, 267, 269 f.

60 OLG Hamburg, 7. 9. 2021 – 7 U 121/17, K&R 2021, 669.

61 EGMR, 22. 6. 2021 – 57292/16, BeckRS 2021, 41577.

4. Fake News

Es kommt wieder Bewegung in die Diskussion um das Netzwerkdurchsetzungsgesetz. Inzwischen geht Google gegen die Verfassungs- und Europarechtskonformität des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes verstärkt vor und hat eine Klage und ein Eilverfahren beim VG Köln anhängig gemacht. Über das Eilverfahren hat das VG Köln inzwischen mit Beschluss vom 1. 3. 2022 im Wege einer einstweiligen Anordnung entschieden.⁶² Das VG Köln hat festgestellt, dass vorläufig bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache die Antragsgegnerin nicht berechtigt ist, Google Maßnahmen nach § 3a Abs. 7 NetzDG und § 4a Abs. 2 und 3 NetzDG zur Einhaltung der Verpflichtungen nach dem NetzDG im Rahmen von YouTube aufzuerlegen. Das VG Köln ist der Auffassung, die Normen des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes genügen nicht den europarechtlichen Anforderungen und es fehle außerdem eine unionrechtskonforme Kompetenzzuweisung an die Aufsichtsbehörde.⁶³ Es handelt sich hierbei bislang um ein Eilverfahren. Es bleibt abzuwarten, wie in der Hauptsache entschieden wird. Auch eine Berufung ist noch möglich und sehr wahrscheinlich.

5. Nutzerbewertungen

Für Handelsplattformen führen die gestiegenen gesetzlichen Anforderungen dazu, dass auch bezogen auf Nutzerbewertungen eine größere Transparenz hergestellt werden muss, insbesondere auch bezogen auf die „Echtheit“ von Bewertungen.⁶⁴ Die geplante Umsetzung führt allerdings gem. § 5b Abs. 3 UWG 2022 nur dazu, dass darüber informiert werden muss, wie die Echtheit von Bewertungen überprüft wird, wofür auch der Hinweis genügt, dass keine Überprüfung stattfindet.⁶⁵ Google wird vermutlich für die eigene Bewertungsfunktion, die direkt bei der Suche eingeblendet wird, keine weiteren Prüfungen vornehmen (können). Das Konzept von Google besteht bisher darin, dass generell Unternehmen, Orte und andere Inhalte bewertet werden können, also unabhängig von Waren- und Dienstleistungsangeboten. Google verfügt zwar mit „Google Shopping“ über eine vermeintliche Handelsplattform, verlinkt im Ergebnis aber nur auf die entsprechenden Anbieter, so dass es zumindest keine Bewertungen von eigenen Kunden geben kann.

In diesem Kontext stellt sich auch die Frage, ob Online-Pattformen einschließlich der Suchmaschinen wirklich nur dann als Wettbewerber zu traditionellen Anbietern anzusehen sind oder es hierfür bereits ausreicht, wenn sie mittelbar profitieren, etwa über Werbeeinnahmen oder Provisionen. Ein mögliches Abgrenzungskriterium kann dabei die Bewertung sein, inwieweit das Portal neutral nur auf fremde Angebote verweist oder die Neutralität durch eigene Aktivitäten verlässt, indem beispielsweise bestimmte Anbieter empfohlen oder hervorgehoben werden.⁶⁶

6. Google Streetview und Google Earth

Bezogen auf die Straßenansichten, die Google in das Kartenmaterial integriert hat, nimmt Deutschland weiter eine Ausnahmesituation ein, weil aufgrund von datenschutzrechtlichen Bedenken keine flächendeckenden Aufnahmen der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen und selbst das verfügbare Material mittlerweile veraltet ist.⁶⁷ Für alle europäischen Nachbarländer stehen dagegen in einem deutlich größeren Umfang auch Straßenansichten zur Verfügung, die regelmäßig aktualisiert werden. Gleichzeitig gibt es aber ausgerechnet aus Deutschland besonders viele Zugriffe auf die Bilder der Straßenansichten. Google weist mittlerweile

aus, in welchen Regionen neue Aufnahmen geplant sind. Für den Zeitraum seit März 2021 noch bis September 2022 weist Google dabei für alle Bundesländer neue Aufnahmen aus, so dass möglicherweise mit der Veröffentlichung von neuem Bildmaterial gerechnet werden kann.⁶⁸

Die Luftbildaufnahmen von Google Earth sind dagegen auch für Deutschland neben dem Kartenmaterial umfassend verfügbar, ohne dass betroffene Personen hiergegen ähnlich wie bei Google Streetview vorgehen könnten.⁶⁹ Das OLG Düsseldorf hat bezogen auf das Material von Google in einem Beschluss sogar ausdrücklich bestätigt, dass die entsprechenden Luftbildaufnahmen als Quelle für allgemeinkundige Informationen zu örtlichen Gegebenheiten herangezogen werden können und dadurch eine Prüfung durch einen Ortstermin entbehrlich werden kann.⁷⁰

VII. Urheberrecht und Leistungsschutzrechte

Zum 7. 6. 2021 wurde der überarbeitete § 87g UrhG, der ein Leistungsschutzrecht für Presseverlage gegenüber Diensten der Informationsgesellschaft statuiert, in Kraft gesetzt. Danach hat der Presseverleger das ausschließliche Recht, seine Presseveröffentlichung im Ganzen oder in Teilen für die Online-Nutzung durch Anbieter wie Google öffentlich zugänglich zu machen und zu vervielfältigen. Dieses Leistungsschutzrecht für Presseverleger wurde und wird ausführlich diskutiert und in weiten Teilen kritisch gesehen.⁷¹ Nun hat Google auf Basis des Leistungsschutzrechts für Presseverlage in Deutschland erste Verträge mit Verlagen geschlossen, unter anderem mit dem Nachrichtenmagazin *Der Spiegel* und der Wochenzeitung *Die Zeit*.⁷² Google kündigte außerdem an, dass weitere Gespräche mit Verlagen und vor allem auch den großen Wertungsgesellschaften geführt würden.⁷³

VIII. Datenschutz und Telekommunikation

Inwieweit Google tatsächlich die aktuellen datenschutzrechtlichen Vorgaben einhält, wird vielfach kritisch gesehen und auch die ersten Aufsichtsbehörden haben sich dieser kritischen Betrachtung angeschlossen. Beanstandet wird vor allem die unvermeidliche Datenübermittlung in die USA bei Nutzung der verschiedenen Dienste von Google.

1. Relevanz des TTDSG für Suchmaschinen

Nachdem die E-Privacy-VO weiter auf sich warten lässt, ist Deutschland mit einer nationalen Umsetzung durch das TTDSG vorgeprescht, das viele Ansätze der E-Privacy-VO aufgreift.⁷⁴ Durch das TTDSG, das im Dezember 2021 in Kraft getreten ist, wird für Deutschland der Umgang mit Cookies, vor allem bezogen auf die Zustimmungspflicht für nicht-erforderliche Cookies, geklärt.⁷⁵ Vorausgegangen

62 VG Köln, 1. 3. 2022 – 6 L 1277/21, BeckRS 2022, 3082.

63 VG Köln, 1. 3. 2022 – 6 L 1277/21, BeckRS 2022, 3082.

64 *Weiden*, NJW 2021, 2233, 2234.

65 *Peifer*, GRUR 2021, 1453, 1456; *Sosnitza*, CR 2021, 329, 331.

66 *Eckel*, GRUR 2021, 1125.

67 Vgl. die Darstellung von Google im eigenen Blog unter <https://blog.google/intl/de-de/unternehmen/inside-google/14-street-view-in-oberstaufen/>.

68 Die Daten sind bei Google online unter <https://www.google.de/intl/de/streetview/explore/#sv-headed> abrufbar.

69 *Meyer/Rempe*, K&R 2021, 232, 237 unter Verweis auf LG Itzehoe, 11. 6. 2020 – 10 O 84/20, ZUM-RD 2020, 541.

70 OLG Düsseldorf, 5. 1. 2021 – 2 RBs 191/20, MMR 2021, 495.

71 *Chack*, ZUM 2020, 165.

72 <https://www.md.de/medien/google-schliesst-vertraege-mit-verlagen-nach-leistungsschutzrecht-55X3NHS4WOX2IJV63JZRYDZBZI.html>.

73 <https://www.md.de/medien/google-schliesst-vertraege-mit-verlagen-nach-leistungsschutzrecht-55X3NHS4WOX2IJV63JZRYDZBZI.html>.

74 *Gola/Klug*, NJW 2021, 2629, 2632.

75 *Schumacher/Sydow/von Schönfeld*, MMR 2021, 603, 604.

war die Entscheidung des BGH zur europarechtskonformen Auslegung von § 15 Abs. 3 TMG a. F., wodurch die gesetzlich vorgesehene Widerspruchslösung (Opt-Out) faktisch aufgehoben und durch eine Einwilligungslösung (Opt-in) ersetzt wurde.⁷⁶ Durch das TTDSG ist diese Anforderung nun auch gesetzlich verankert und führt als Konsequenz dazu, dass die meisten Seitenanbieter mittlerweile zur Einholung der erforderlichen Einwilligung Cookie-Banner vorgeschaltet haben.⁷⁷ Aufgrund der Tatsache, dass das TTDSG nicht explizit auf Cookies abstellt und auch nicht an die Auswertung von personenbezogenen Daten anknüpft, ergibt sich allerdings die Frage, wie mit Diensten umzugehen ist, die zwar auf den Einsatz von Cookies verzichten, aber anderen Technologien ähnliche Auswertungen vornehmen.⁷⁸

Von den neuen rechtlichen Vorgaben ist Google in seinem Kernbereich als Suchmaschinenanbieter nur eingeschränkt betroffen. Der einzige unmittelbar spürbare Effekt besteht darin, dass Google sich von jedem Nutzer vor dem Aufruf der Suchmaschinenseite eine Zustimmungserklärung für die Nutzung von Cookies beschafft. Als Auswahloptionen sieht Google allerdings lediglich die Möglichkeit „Ich stimme zu“ und alternativ „Anpassen“ vor. Selbst wenn die Option „Anpassen“ ausgewählt wird, fehlt es an einer hinreichenden transparenten Auswahl, mit der alle nicht erforderlichen Cookies abgelehnt werden können. Die entsprechende Umsetzung dürfte daher weder den Vorgaben des TTDSG noch den allgemeinen datenschutzrechtlichen Anforderungen an eine informierte und freiwillige Einwilligung entsprechen. Für Frankreich hat die dortige Aufsichtsbehörde CNIL in einer Entscheidung vom 31. 12. 2021 dies bereits entsprechend festgestellt und ein weiteres Mal ein Bußgeld verhängt.⁷⁹ Neben dem Bußgeld in Höhe von 150 Mio. € verlangt die CNIL außerdem von Google die Änderung des Cookie-Banners in der Weise, dass die Ablehnung von Cookies genauso einfach sein muss wie die Erteilung einer Zustimmung.⁸⁰

Die Regelungen des TTDSG haben aber größere Relevanz für den Analysedienst Google Analytics, der von Google für Webseitenbetreiber angeboten wird. Es entspricht der allgemeinen Auffassung, dass Cookies für das Tracking mittels Google Analytics und vergleichbarer Anbieter nicht für den Betrieb einer Website als erforderlich angesehen werden können und ihre Einbindung daher immer von der Einwilligung der Betroffenen abhängig ist. Google hat in diesem Kontext einen neuen Ansatz für das Tracking vorgestellt, der ohne Cookies auskommt und bei dem auch auf eine individuelle User-ID verzichtet wird.⁸¹ Bisher testet Google den Ansatz „Federated Learning of Cohorts“ (FLoC) aufgrund von Datenschutzbedenken nur außerhalb der EU.⁸² Je nach konkreter Ausgestaltung kann möglicherweise von einer Auswertung von Daten ohne Personenbezug und damit außerhalb des Anwendungsbereichs der DSGVO ausgegangen werden.⁸³ Da allerdings § 25 TTDSG und die geplanten Vorgaben der E-Privacy-VO gar nicht auf einen Personenbezug abstellen, hilft der an sich sinnvolle Ansatz möglicherweise nicht zur Umgehung des Einwilligungserfordernisses.⁸⁴

2. Rechtswidrige Nutzung von Google Analytics

Bei der aktuellen Ausgestaltung von Google Analytics gibt es außerdem noch ein weiteres Problem, das sich aus dem potentiellen Datenaustausch unter Einbeziehung der USA ergibt. Die österreichische Aufsichtsbehörde hat – basierend auf einer Beschwerde durch noyb von Max Schrems – entschieden, dass Google Analytics in Österreich angeblich

nicht rechtskonform eingesetzt werden könne.⁸⁵ Der Bescheid geht allerdings nur begrenzt auf die Funktionsweise von Google Analytics ein und beschränkt sich im Ergebnis auf die formale Argumentation, dass aufgrund des Drittlandbezuges durch eine Datenübermittlung in die USA keine ausreichende datenschutzrechtliche Absicherung vorliege. Zeitlich bezieht sich die Bewertung noch auf die alten Standardvertragsklauseln, die Google in der Vergangenheit über seine Datenschutzvereinbarung einbezogen hatte.

In Frankreich hat die dortige Aufsichtsbehörde CNIL zuletzt ähnlich entschieden, wiederum basierend auf einer Beschwerde von noyb, die von der Organisation praktisch flächendeckend in fast allen EU-Staaten eingereicht wurden.⁸⁶ In Deutschland hatten die Aufsichtsbehörden jedenfalls vor der EuGH-Entscheidung zu Schrems II nur darauf verwiesen, dass die Nutzung von Google Analytics einer Einwilligung bedarf; bisher wurde ansonsten aber nicht von einer grundsätzlichen Unzulässigkeit der Nutzung ausgegangen.⁸⁷ Inwieweit die weiteren Aufsichtsbehörden sich der Argumentation anschließen und die Wertungen der gerichtlichen Überprüfung standhalten, bleibt abzuwarten. Vor dem Hintergrund der überarbeiteten Standarddatenschutzklauseln, die mittlerweile von Google genutzt werden, dürfte ohnehin eine Aktualisierung der Bewertung erforderlich sein.⁸⁸

76 BGH, 28. 5. 2020 – I ZR 7/16, K&R 2020, 611 ff.; zuvor EuGH, 1. 10. 2019 – C-673/17, K&R 2019, 705 ff. – Planet 49.

77 *Sesing*, MMR 2021, 544.

78 *Sesing*, MMR 2021, 544.

79 CNIL, Entsch. v. 31. 12. 2021, SAN-2021-023, online abrufbar unter <https://www.legifrance.gouv.fr/cnil/id/CNILTEXT000044840062>.

80 *Votteler*, ZD-Aktuell 2022, 00001.

81 Google Whitepaper, online abrufbar unter <https://github.com/google/ads-privacy/blob/master/proposals/FLoC/FLoC-Whitepaper-Google.pdf>; vgl. dazu auch Handelsblatt v. 3. 3. 2021, online abrufbar unter <https://www.handelsblatt.com/technik/it-internet/datenschutz-google-will-cookie-tracking-abschaffen-eine-alternative-steht-aber-bereit/26971626.html> sowie *Scharpf*, DSRITB 2021, 379, 381.

82 *Scharpf*, DSRITB 2021, 379, 381; vgl. auch Google-Blog v. 30. 3. 2021, online abrufbar unter <https://blog.google/products/chrome/privacy-sustainability-and-the-importance-of-and/>.

83 Kritisch dazu *Scharpf*, DSRITB 2021, 379, 388.

84 *Scharpf*, K&R 2022, 153, 154 zum Verzicht auf den Personenbezug.

85 DSB Österreich, 22. 12. 2021, D155.025, BeckRS 2021, 42145; dazu auch *Winklbauer/Horner*, CR 2022, 84.

86 *Faymonville*, ZD-Aktuell 2022, 01057.

87 EuGH, 16. 7. 2020 – C-311/18, K&R 2020, 588 ff.; vgl. zur Nutzung von Google Analytics in Deutschland etwa BayLDA, ZD-Aktuell 2019, 06868 oder *Kuntz*, MMR-Aktuell 2019, 422346. Noch 2020 hat die Datenschutzkonferenz Hinweise zur Nutzung von Google Analytics im nicht-öffentlichen Bereich gegeben, vgl. https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/DSK/DSKBeschluessePositionspapiere/99DSK_Google-Analytics.pdf.

88 Vgl. für die aktuellen Datenschutzbestimmungen von Google <https://business.google/intl/de/adsservices/> und <https://policies.google.com/privacy/frameworks>.



Sebastian Meyer

Jahrgang 1976; FA für IT-Recht; seit 2005 im Bielefelder Büro von BRANDI Rechtsanwälte; außerdem Notar, Datenschutzauditor (TÜV) und Lehrbeauftragter für IT-Recht und Datenschutz an der Universität Bielefeld, der FernUniversität Hagen und der FH Bielefeld.



Christoph Rempe

Jahrgang 1984; FA für IT-Recht, ist seit 2013 Rechtsanwalt im Bielefelder Büro von BRANDI Rechtsanwälte und Mitglied der Kompetenzgruppen Gewerblicher Rechtsschutz, IT-Recht. Studiert hat er in Münster. Er ist überwiegend im IT-Recht sowie im Urheberrecht und Kartellrecht tätig.