

Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

4
K&R

- Editorial: Clash of Cultures – Medienfreiheit vs. Datenschutz?
Dr. Stefan Brink
- 217 Aktuelle Rechtsentwicklungen bei Suchmaschinen im Jahre 2017
Dr. Sebastian Meyer und Dr. Christoph Remppe
- 223 Penetrationstest bei Auftragsverarbeitung
Dr. Florian Deusch und Prof. Dr. Tobias Eggendorfer
- 230 Datenzugangsverhältnis, FRAND und Wettbewerbsrecht
Sebastian Louven
- 236 Rundfunkrecht in der Entwicklung (Teil 2)
Prof. Dr. Christoph Degenhart
- 243 Länderreport Österreich · *Prof. Dr. Clemens Thiele*
- 245 BGH: Werbe-Einwilligung kann mehrere Werbekanäle umfassen
- 249 BGH: Konferenz der Tiere: Mittäter-Haftung für Filesharing von Dateifragmenten
- 252 BGH: Resistograph: Metatag auf Website kann Hinweis auf Markenbenutzung mit Inlandsbezug sein
- 256 BGH: Drittauskunft bei Vollstreckung von Rundfunkbeiträgen
- 259 OLG Köln: WiFi-Hotspot: Internetanbieter darf Kunden-Router für Dritte freischalten
- 262 OLG München: Academic Conditions: Kein Anspruch auf Software zu Vorzugskonditionen
- 269 LG Berlin: AGB-Verstöße und rechtswidrige Datenschutz-Voreinstellungen in sozialem Netzwerk mit Kommentar von *Lasse Konrad*
- 282 Hamburgisches OVG: Untersagte Datenweitergabe von WhatsApp an Facebook rechtmäßig mit Kommentar von *Frank Trautwein und Philipp Heindorff*

21. Jahrgang

April 2018

Seiten 217 – 288



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

Aktuelle Rechtsentwicklungen bei Suchmaschinen im Jahre 2017

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 den Überblick des Vorjahres (K&R 2017, 303 ff.) an.

I. Einleitung

Große Suchmaschinenbetreiber sehen sich immer mehr mit Regulierungsforderungen konfrontiert. Diese stammen gleichermaßen aus dem Datenschutz- und neuerdings auch aus dem Kartellrecht. Hinzu kommen Bestrebungen, bestimmte Dienste als TK-Dienste einzuordnen. Besonders im Fokus steht dabei die Marktmacht des größten Suchmaschinenbetreibers Google.

Intensiv diskutiert und in der Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt wird darüber hinaus die (Störer-)Haftung der Suchmaschinenbetreiber für angezeigte Inhalte Dritter, wenn diese das Urheber- oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht verletzen. Auch im vergangene Jahr gab es daher wieder sehr viele Streitigkeiten zu der Frage, welche Inhalte angezeigt werden dürfen und welche nicht.

II. Marktentwicklung und Kartellrecht

1. Relevanz von Suchmaschinen

Größere Veränderungen bei den Marktanteilen für Suchmaschinen gibt es nicht; es fehlen insbesondere neue Anbieter, die etwas Bewegung in den Markt bringen könnten. Es kann allenfalls darüber diskutiert werden, ob die Bedeutung von Suchmaschinen generell zurückgeht, etwa aufgrund der steigenden Bedeutung von sozialen Netzwerken.¹ Tatsächlich ist aber für mehr als 90 % der Anwender die Nutzung von Suchmaschinen weiterhin die wichtigste Anwendung im Internet.²

2. Entwicklung der Marktanteile

Bei den Suchmaschinen ist Google seit nunmehr zehn Jahren der dominierende Anbieter in Deutschland mit einem Marktanteil zwischen 89 % und 92 %.³ Zuletzt lag der Marktanteil von Google bei 90,3 %. Einziger verbliebener Wettbewerber von Google ist Microsoft mit der Suchmaschine Bing, die in Deutschland immerhin auf einen Marktanteil von 8,1 % kommt.

Weltweit ist die Dominanz von Google nicht ganz so gravierend, was vor allem an regionalen Anbietern liegt. Wahrnehmbar ist insbesondere noch Baidu. Der chinesische Anbieter ist vor allem auf dem Heimatmarkt erfolg-

reich, liegt dadurch aber weltweit mittlerweile auf Platz 2 vor Microsoft oder zumindest gleichauf.⁴

3. Kartellrecht

a) Digitale Märkte in der 9. GWB-Novelle

Am 9. 6. 2017 ist die 9. GWB-Novelle in Kraft getreten.⁵ Mit dieser Novelle des deutschen Kartellrechts sollen die Herausforderungen der digitalisierten Wirtschaft an das Kartellrecht mit seinen althergebrachten Definitionen von Wettbewerb und Markt angegangen werden.⁶

Mit der 9. GWB-Novelle wird der Anwendungsbereich der Fusionskontrolle weiter ausgedehnt. Bislang richtete sich diese ausschließlich nach Umsatzschwellen. Neben den Umsatzschwellen neu ist nun in § 35 Abs. 1 a GWB n. F. als Aufgreifbestand, dass ein Unternehmen „in erheblichem Umfang“ im Inland tätig ist und der Kaufpreis über 400 Mio. Euro liegt. Umfasst sein sollen damit vor allem innovative Unternehmen in der Start-up-Szene, die durch große Player, insbesondere die bekannten Internetunternehmen übernommen werden. Die Gesetzesbegründung nimmt dazu ausdrücklich auf die Übernahme von WhatsApp durch Facebook im Jahr 2014 Bezug.⁷

Zudem werden zusätzliche Kriterien für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung ins Gesetz integriert. Auch diese zielen vor allem auf Internetmärkte mit ihren Besonderheiten, vor allem den Netzwerkeffekten ab.⁸ So wird zum einen in § 18 Abs. 2 a GWB n. F. klargestellt, dass ein Markt auch dann anzunehmen ist, wenn die Leistungen dort unentgeltlich erbracht werden. Dies zielt vor allem auf mehrseitige Märkte ab, wie sie in der digitalen Wirtschaft viel vorkommen (Suchmaschinennutzer-Suchmaschine-Werbetreibender). Daneben werden als Prüfkriterien für die Marktbeherrschung im Hinblick auf digitale

* Die Autoren sind Rechtsanwälte in der Sozietät BRANDI Rechtsanwälte. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. XII.

1 Nolte, ZUM 2017, 552.

2 Arbeitsgemeinschaft Online-Forschung e. V., digital facts 2015-07, online abrufbar unter http://www.agof.de/download/Downloads_digital_facts/Downloads_Digital_Facts_2015/Downloads_Digital_Facts_2015_07/07-2015_df_Grafiken_digital_facts_2015-07.pdf.

3 Brauneck, GRUR Int. 2018, 103; zu Details der Entwicklung vgl. <https://seo-summary.de/suchmaschinen/> oder <https://www.luna-park.de/blog/9907-suchmaschinen-marktanteile-weltweit-2014/>.

4 Vgl. Statista zu Marktanteilen der Suchmaschinen, online abrufbar unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/222849/umfrage/marktanteile-der-suchmaschinen-weltweit/>.

5 BGBl. 2017 I, S. 1416 ff.

6 Dazu bereits Meyer/Rempe, K&R 2017, 303, 304 m. w. N.; einen Überblick über die 9. GWB-Novelle bezogen auf digitale Märkte geben: Podszun/Schwalbe, NZKart 2017, 98; dies., ZUM 2017, 339; Höft/Esser, NZKart 2017, 259.

7 BT-Drs. 18/10207, S. 71.

8 Dazu bereits Meyer/Rempe, K&R 2017, 303, 304 m. w. N.

Märkte in § 18 Abs. 3 a GWB n. F. vor allem bei mehrseitigen Märkten direkte und indirekte Netzwerkeffekte, die damit verbundenen Größenvorteile, die parallele Nutzung mehrerer Dienste, der Wechselaufwand für Nutzer, der Zugang zu wettbewerbsrelevanten Daten sowie der innovationsgetriebene Wettbewerbsdruck aufgeführt. Diese Ergänzungen zielen eindeutig auf die großen Internetkonzerne, vor allem auch auf Google ab.

Inzwischen hat zudem das Bundeskartellamt angekündigt, auf Basis der mit der 9. GWB-Novelle eingeführten neuen Vorschriften verstärkt gegen Internetkonzerne vorzugehen.⁹

b) Kartellverfahren gegen Google

Inzwischen hat die EU-Kommission ihr lange betriebenes Kartell-Missbrauchsverfahren gegen Google bzw. Alphabet beendet.¹⁰ Die EU-Kommission hat gegen Alphabet/Google eine Kartellstrafe in Höhe von 2,42 Mrd. € wegen missbräuchlicher Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung verhängt.¹¹ Google nutze seine marktbeherrschende Stellung bei der Suchmaschinenfunktion ebenfalls bei Preisvergleichen aus. Bei Eingabe eines Suchbegriffs in die Google-Suchleiste würden die Ergebnisse des Google-Vergleichsdienstes deutlich weiter oben auf der Suchergebnisliste angezeigt als solche von anderen Preisvergleichsanbietern.¹² Die EU-Kommission ist überzeugt, dass dies auf einer Veränderung des Suchalgorithmus basiert, da der beste Preisvergleich-Anbieter bei der Google-Suche erst deutlich weiter hinten, durchschnittlich ab Seite 4 genannt werde. Den Google-Preisvergleich benachteilige der Algorithmus hingegen nicht. Hierdurch würden die Verbraucher getäuscht und es entstehe ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil für Alphabet/Google da deren Preisvergleichsdienst nicht benachteiligt ist und deshalb im Ergebnis öfter angeklickt werde.¹³

Als Reaktion auf diese Entscheidung der EU-Kommission hat Alphabet/Google zunächst Vorschläge zu Veränderungen eingereicht, ohne jedoch diese konkret zu benennen. Mitte September 2017 hat Alphabet/Google dann Vorschläge unterbreitet wonach die höchst anzuzeigenden Suchergebnisse versteigert werden sollten. Inzwischen hat Google angekündigt, ihre Preisvergleichssparte aus dem Alphabet-Konzern auszulagern, sodass diese selbst als Wettbewerberin bei der geplanten Auktion mitbieten könne.¹⁴

Daneben hat Google inzwischen auch vor dem EuG gegen die Kartellstrafe der EU-Kommission geklagt.¹⁵ Der Ausgang des Verfahrens bleibt abzuwarten.

III. Kontextsensitive Werbung

Wie schon im Vorjahr werden die altbekannten AdWords-Anzeigen und die sonstige Beeinflussung der Suchergebnisse bei Suchmaschinen weniger kennzeichenrechtlich als viel mehr zunehmend wettbewerbsrechtlich beurteilt. Zudem tendiert der BGH in seiner aktuellen „Ortlieb“-Entscheidung dazu, auch die Verwendung fremder Marken und Kennzeichen bei Online-Plattformen nach den für AdWords-Anzeigen aufgestellten Kriterien zu beurteilen.¹⁶

1. Rechtliche Entwicklungen bei AdWords-Anzeigen

Das OLG Frankfurt a. M. sah in einer Werbeanzeige bei Google, in der ein bestimmtes Unternehmenskennzeichen verwendet wurde, eine wettbewerbsrechtliche irreführende

Werbung im Sinne des § 5 UWG.¹⁷ Ein Domaininhaber hatte bei Google eine Werbeanzeige geschaltet, die auch bei der Suche nach einem bestimmten Unternehmenskennzeichen bzw. Firmennamen erschien. Mit dieser Anzeige wurde einem durchschnittlichen Publikum suggeriert, dass auf dieser Internetseite mehrheitlich, d. h. über 50 % Waren dieser bestimmten Marke verkauft würden. Dem war jedoch nicht so. Darin sah das OLG Frankfurt a. M. den Irreführungstatbestand als erfüllt an.¹⁸

Übereinstimmend mit der inzwischen wohl herrschenden Meinung in der Rechtsprechung hat das OLG Schleswig entschieden, dass die Verwendung eines Unternehmenskennzeichens für eine AdWords-Kampagne bei Google das geschützte Kennzeichen dann verletzt, wenn es bei den angesprochenen Verkehrskreisen zu Verwechslungen kommen kann.¹⁹ Die Beklagte verwendete das geschützte Zeichen „Wheel Clean Tech“. Aus der AdWords-Anzeige ging jedoch nicht hervor, dass diese Anzeige nicht vom Kennzeicheninhaber geschaltet wurde. Das OLG Schleswig hat festgestellt, dass aufgrund dieser konkreten Gestaltung der Anzeige für den durchschnittlichen Internetnutzer nicht erkennbar war, ob es eine geschäftliche Verbindung zwischen dem Anzeigenverwender und dem Kennzeicheninhaber gab. Tatsächlich war das nicht der Fall. Besonders war der Fall dadurch, dass die Überschrift der Anzeige nicht durch die Beklagte gewählt, sondern durch Google vorgegeben wurde. Dies war der Beklagten nämlich bewusst und sie ist dagegen nicht eingeschritten, so dass sie jedenfalls als Störerin verantwortlich ist.²⁰

Mit einer Variante musste sich das KG beschäftigen.²¹ Jemand hatte eine Domain unter einer bekannten Porzellan-Marke registriert und anschließend „geparkt“. Über einen Link gelangte man auf eine weitere Internetseite mit Werbeanzeigen zu Porzellanangeboten. Durch Verwendung der bekannten Marke als Domain und Ausnutzung der Suchalgorithmen von Google wurde der Traffic auf der Internetseite erhöht und so höhere Werbeeinnahmen generiert. Darin sah das KG eine Markenverletzung, indem die Wertschätzung der bekannten Marke ausgenutzt wurde.²²

2. BGH zu Suchergebnissen bei Amazon – „Ortlieb“

Der BGH hat die Entscheidung des OLG München zur Markenverletzung bei Amazon-Suchergebnissen²³ aufge-

9 Handelsblatt vom 27. 12. 2017, abrufbar unter: <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/it-medien/jahresbilanz-kartellamt-richtet-fokus-auf-netz/20765114.html>, zuletzt abgerufen am 5. 3. 2018.

10 Zum Verfahrensgang siehe auch Meyer/Rempe, K&R 2017, 303, 304 und Meyer/Rempe, K&R 2016, 308.

11 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 27. 6. 2017, Factsheet vom 27. 6. 2017, MEMO/17/1785.

12 Vgl. auch Wittmann, MR-Int. 2017, 122, 123.

13 Kritisch zur Wertung der EU-Kommission: Brauneck, GRUR Int. 2018, 103.

14 Zu den Vorschlägen von Google: Heise-Meldung vom 27. 9. 2017, abrufbar unter: <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Google-Shopping-Google-gelobt-nach-EU-Rekordstrafe-gleiches-Recht-fuer-alle-bei-Produktanzeigen-3845507.html>, zuletzt abgerufen am 5. 3. 2018.

15 Heise-Meldung vom 11. 9. 2017, abrufbar unter: <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Google-klagt-gegen-milliardenschwere-Kartellstrafe-der-EU-3826971.html>, zuletzt abgerufen am 5. 3. 2018.

16 BGH, 15. 2. 2018 – I ZR 138/16 – Ortlieb, MMR-Aktuell 2018, 402387.

17 OLG Frankfurt a. M., 2. 2. 2017 – 6 U 209/16, MMR 2017, 417.

18 OLG Frankfurt a. M., 2. 2. 2017 – 6 U 209/16, MMR 2017, 417.

19 OLG Schleswig, 31. 3. 2017 – 6 U 29/15, K&R 2017, 415.

20 OLG Schleswig, 31. 3. 2017 – 6 U 29/15, K&R 2017, 415.

21 KG Berlin, 30. 5. 2017 – 5 U 86/15 (Juris).

22 KG Berlin, 30. 5. 2017 – 5 U 86/15 (Juris).

23 OLG München, 12. 5. 2016 – 29 U 3500/15, WRP 2016, 1042; dazu: Meyer/Rempe, K&R 2017, 303, 305.

hoben.²⁴ In seiner Entscheidung wendet der BGH konsequent die Argumentation zu Markenverletzungen beim Keyword-Advertising auch auf Verkaufsplattformen an: Letztlich liege eine Markenverletzung nur dann vor, wenn der Nutzer von Amazon nicht oder nur schwer erkennen könne, dass die angebotenen Produkte nicht von dem Markeninhaber stammten.²⁵ Dazu hat jedoch das OLG München keine Feststellungen getroffen, sondern eine Markenverletzung bereits durch die Anzeige fremder Produkte bei Suche nach der Marke „Ortlieb“ bei Amazon angenommen.

IV. Suchmaschinenoptimierung

Die richtige vertragliche Vereinbarung von Maßnahmen zur Suchmaschinenoptimierung (SEO) bereitet weiterhin regelmäßig Schwierigkeiten. Während der Auftraggeber im Idealfall eine bestimmte Platzierung der eigenen Internetseiten bei Google und anderen Suchmaschinen in deren Trefferlisten erwartet, wird der vorgesehene Dienstleister nur in seltenen Fällen einen konkreten Erfolg seiner Suchmaschinenoptimierung zusagen.²⁶ Soweit die Parteien sich aber lediglich allgemein darauf verständigen, dass eine Suchmaschinenoptimierung erfolgen soll, bleibt der konkrete Leistungsumfang unklar. Fragwürdig ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung des AG Hameln, wonach eine „Suchmaschinenoptimierung als solche nicht vereinbar“ ist, weil hierfür die Programmierung der Suchmaschine bekannt sein müsse.²⁷ Es habe eher der Ansatz nahegelegen, bei fehlender Konkretisierung von dem Dienstleister zu verlangen, Optimierungsmaßnahmen mittlerer Art und Güte zu erbringen, ohne dass diese zu einem konkreten Ergebnis führen müssen. Hat der Dienstleister keinerlei Optimierungsmaßnahmen vorgenommen, dürfte immer ein Fall der Nichtleistung vorliegen; entsprechen die durchgeführten Maßnahmen oder deren Ergebnis lediglich nicht den Vorstellungen des Auftraggebers, muss der Fall über die Auslegung des Leistungsumfangs nach den allgemeinen Regelungen des Gewährleistungsrechts erfolgen.

V. Bildersuche

1. BGH – Vorschau-Bilder III

Im vergangenen Jahr hat sich der BGH in seiner inzwischen dritten Entscheidung zu Vorschau-Bildern in Suchmaschinen wiederum zum Thema Bildersuche zu Wort gemeldet.²⁸ Auf einer Internetseite wurden rechtswidrig Bilder und Fotos bereitgestellt, die eigentlich nur über eine andere Internetseite kostenpflichtig heruntergeladen werden konnten. Diese rechtswidrig eingestellten Fotos waren über die „Vorschau“-Funktion der Google-Bildersuche einsehbar. Der BGH hat anknüpfend an seine bisherige Rechtsprechung und an die Grundlagen der Störerhaftung entschieden, dass eine Urheberrechtsverletzung des Suchmaschinenbetreibers und eine Haftung als Störer nur dann begründet werden könne, wenn er von der Rechtswidrigkeit des Angebots Kenntnis hatte oder Kenntnis hätte haben müssen. Im vorliegenden Fall konnte dies jedoch nicht festgestellt werden.²⁹

2. „Bild-Ansehen“ bei Google

Inzwischen hat Google nach heftigen Protesten von Fotografen und Bildagenturen seine „Bild-Ansehen“-Funktion aus der Bildersuche wieder entfernt.³⁰ Vorausgegangen war eine Einigung zwischen Getty Images und Google.

Getty Images hatte Google vor allem vorgeworfen, dass die angezeigten Fotos bildschirmfüllend und hochauflösend und außerdem die Quelle nicht kenntlich gemacht worden sei. Zu dem verwende Google einen eigenen Hintergrund für die Bildanzeige, so dass die Bilder aus ihrem ursprünglichen Kontext gerissen würden.³¹

VI. Haftung für Suchergebnisse

In der Rechtsprechung setzt sich immer mehr der Grundsatz durch, wonach der Zugang zu rechtswidrigen Inhalten erst bei Kenntnis oder Kennenmüssen des Suchmaschinenbetreibers bzw. der Internetplattform zu unterbinden ist.

1. Recht auf Vergessenwerden

Vier Jahre nach der wegweisenden EuGH-Entscheidung hat Google nun Zahlen zum „Recht auf Vergessenwerden“ veröffentlicht.³² Damit hat Google seinen jährlichen Transparenzbericht erweitert und weist nun auch aus, welche Personen Anfragen gestellt haben, in welchen Kategorien dies erfolgte und auf welche Webseiten sie sich bezogen. Gleichzeitig hat Google Zahlen dazu veröffentlicht, wie viele Anfragen Erfolg hatten. Danach wurden seit der Etablierung des „Recht auf Vergessenwerden“ 654 876 Anträge auf Löschung von insgesamt 2,4 Mio. URLs gestellt, von denen 43 % tatsächlich erfolgreich waren, so dass Google die betroffenen Links aus seinem Suchindex gestrichen hatte.³³ Allein aus Deutschland erreichten Google 109 520 „Ersuche um Entfernung aus den Suchergebnissen“.³⁴ Ergänzend hat Google nun auch ein Whitepaper mit dem Titel „Three years of the right to be forgotten“ veröffentlicht.³⁵

Auch in der Praxis wird das Recht auf Vergessenwerden – neben der Löschung rechtswidriger Links – immer stärker durchgesetzt: Im Sommer 2017 hat Google zum Beispiel zahlreiche Links zu unzulässigen Internetseiten gelöscht, über die Daten über Insolvenzverfahren der Betroffenen öffentlich zugänglich waren. Zahlreiche Betroffene hatten sich vorher beim Hamburgischen Datenschutzbeauftragten Johannes Kasper beschwert.³⁶ Die Daten über die Insolvenzverfahren stammten von offiziellen Seiten, wo sie aufgrund der InsOBekV öffentlich bekannt gemacht wurden und sich über eine zentrale Stelle abrufen lassen. Allerdings sind die Daten dort nach einer Frist von zwei Wochen nur noch über bestimmte Suchbegriffe auffindbar und für Suchmaschinenbetreiber blockiert.³⁷ Allerdings sind die Daten über Insolvenzverfahren noch über andere

24 BGH, 15. 2. 2018 – I ZR 138/16, MMR-Aktuell 2018, 402387 – Ortlieb.

25 BGH, 15. 2. 2018 – I ZR 138/16, MMR-Aktuell 2018, 402387 – Ortlieb.

26 Vgl. dazu Meyer/Rempe, K&R 2016, 308, 310.

27 AG Hameln, 4. 7. 2017 – 20 C 250/14.

28 BGH, 21. 9. 2017 – I ZR 11/16, K&R 2018, 110 – Vorschau-Bilder III.

29 BGH, 21. 9. 2017 – I ZR 11/16, K&R 2018, 110 – Vorschau-Bilder III.

30 Zu den Protesten siehe Meyer/Rempe, K&R 2017, 303, 305 f.

31 Heise-Meldung vom 16. 2. 2018, abrufbar unter: <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Nach-Kritik-Google-entfernt-Bild-ansehen-Button-aus-seiner-Bildersuche-3971484.html>, zuletzt abgerufen am 5. 3. 2018.

32 <https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview>, zuletzt abgerufen am 5. 3. 2018.

33 <https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview>, zuletzt abgerufen am 5. 3. 2018.

34 Heise-Meldung vom 27. 2. 2018, abrufbar unter: <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Recht-auf-Vergessenwerden-Google-erhielt-bislang-2-4-Millionen-URL-Loeschanfragen-3981437.html>, zuletzt abgerufen am 5. 3. 2018.

35 <https://drive.google.com/file/d/1H4MKNwf5MgezT7G0JnRn3ym3gIT3HUK/view>, zuletzt abgerufen am 5. 3. 2018.

36 HmbBfDI, ZD-Aktuell 2017, 05746.

37 HmbBfDI, ZD-Aktuell 2017, 05746.

Internetseiten Dritter abrufbar, die wiederum über Google gefunden werden können. Der Hamburgische Datenschutzbeauftragte Johannes Caspar sieht darin „eine erhebliche Prangerwirkung“ und hatte Google deswegen zur Löschung aufgefordert.³⁸

Das OLG Celle hat einen Suchmaschinenbetreiber verurteilt, Links auf Berichte zu einem früheren Gefängnisarrest („Knast für:“) zu löschen und geeignete Maßnahmen zu treffen, zukünftig solche Links zu verhindern.³⁹ Insoweit hat das OLG Celle entschieden, dass der Suchmaschinenbetreiber sich nicht in gleichem Maße auf das Recht auf freie Meinungsäußerung und Pressefreiheit berufen könne wie ein Internetseitenbetreiber.⁴⁰

Das LG Frankfurt a. M. hat wiederum entschieden, dass die Löschung eines Links zu sechs Jahre alten Presseberichten bei einer Suchmaschine nicht ohne Weiteres verlangt werden könne, weil das Recht auf freie Meinungsäußerung des Suchmaschinenbetreibers in diesem Fall überwiege.⁴¹

Die Möglichkeit, unliebsame Suchergebnisse aus dem Suchindex von Google löschen zu lassen, wird somit von vielen Personen beansprucht. Dennoch gibt es nach wie vor Streit um die Reichweite und den Umfang der Löschung.

Offen ist nach wie vor die Reichweite des Löschanforderungs aufgrund des „Recht auf Vergessenwerden“. So hatte die französische Datenschutzbehörde CNIL im Jahre 2016 gegen Google ein Bußgeld verhängt, weil Suchergebnisse nur von den jeweiligen nationalen Seiten entfernt wurden, auf internationalen Seiten jedoch noch abrufbar waren.⁴² Dagegen ist Google vor die französischen Verwaltungsgerichte gezogen. Nun hat das höchste VG Frankreichs, der Staatsrat, dem EuGH die Frage nach der Reichweite der Löschung zur Beantwortung vorgelegt.⁴³ Zwar hat Google ein Geoblocking eingerichtet, so dass die Suchergebnisse auf den internationalen Seiten nicht im jeweiligen Land abgerufen werden können. Dies geht jedoch der französischen Datenschutzbehörde nicht weit genug, da das Geoblocking leicht umgangen werden könne. Nun muss das höchste europäische Gericht darüber entscheiden.⁴⁴

Der kanadische Supreme Court hat jedoch inzwischen am 28.6.2017 entschieden, dass Links zu Produktplagiaten weltweit von allen internationalen Seiten von Google gelöscht werden müssen.⁴⁵ Daraufhin hat Google vor einem US-Gericht per einstweiliger Verfügung Schutz gegen die Löschanforderung gesucht und bekommen. Nach der Entscheidung eines Bezirksgerichts in den USA könne Google sich auf das Providerprivileg berufen.⁴⁶

Umfang und Reichweite des „Rechts auf Vergessenwerden“ werden somit weiter diskutiert werden, dies zumal vor der gesetzlichen Neuerung gem. Art. 17 DSGVO, der das „Recht auf Vergessenwerden“ explizit regelt und ab zu beachten sein wird.⁴⁷

2. Fake News

Kurz vor Ende der vergangenen Legislatur-Periode ist noch das mit heißer Nadel gestrickte Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) verabschiedet worden, das am 1.10.2017 in Kraft getreten ist.⁴⁸ Mit diesem Gesetz soll Hasskommentaren im Internet begegnet werden und ein effektiverer Schutz des Persönlichkeitsrechtes im digitalen Raum erreicht werden. Das Gesetz wurde scharf kritisiert.⁴⁹ Auf Suchmaschinen ist es ausdrücklich nicht anwendbar, sondern lediglich auf soziale Netzwerke im weitesten Sinne,

vgl. § 1 Abs. 1 NetzDG. Offenbar war der Gesetzgeber der Auffassung, dass Suchmaschinenbetreiber weniger als Störer haften als Betreiber sozialer Netzwerke.

3. Nutzerbewertungen bei Google

Im Hinblick auf die Voraussetzungen zur Löschung von Nutzerbewertungen gibt es bisher keine einheitliche Linie in der Rechtsprechung.⁵⁰ Soweit neben der Sterne-Bewertung zusätzlich ein Freitext vorhanden ist, kann dieser nach den allgemeinen Kriterien auf seine Zulässigkeit geprüft werden. Problematisch ist dagegen der Fall, wenn ausschließlich eine Bewertung mit einem Stern als schlechteste mögliche Bewertung erfolgt, ohne dass eine Erklärung zu den Hintergründen der Bewertung erfolgt.

Das LG Augsburg lehnt bei dieser Ausgangslage einen Anspruch auf Löschung gegen Google ab, weil die nicht weiter kommentierte Bewertung von der Meinungsfreiheit gedeckt ist und sich hieraus keine Anhaltspunkte für rechtswidrige Inhalte ableiten lassen.⁵¹ Mit dem LG Augsburg wird davon auszugehen sein, dass die negative Bewertung nicht zwangsläufig die Tatsachenaussage beinhaltet, dass der Nutzer überhaupt das betroffene Unternehmen kennt oder dieses eine objektiv schlechte Leistungen erbracht hätte. Ohne weitere Erklärungen lässt die negative Bewertung verschiedene Deutungen zu, die außerhalb der vorsätzlichen Schädigungsabsicht nicht angreifbar sind.

Eine abweichende Auffassung vertritt dagegen das LG Hamburg, allerdings in einem anders gelagerten Fall.⁵² Das LG Hamburg hatte über einen Fall zu entscheiden, bei dem neben der schlechten Bewertung noch erläuternde Hinweise im Freitext enthalten waren.⁵³ Insoweit hat das Gericht nach den Kriterien des BGH zwischen Tatsachenaussagen und Meinungsäußerungen differenziert und kommt dabei zu dem Ergebnis, dass zumindest ein Teil der Tatsachenaussagen falsch war und so die Bewertung insgesamt, also einschließlich der Bewertung mit einem Stern, gelöscht werden musste.⁵⁴ Ob das LG Hamburg in gleicher Weise entschieden hätte, wenn ausschließlich die Bewertung ohne Begründung veröffentlicht worden wäre, ist dagegen nicht erkennbar.

4. Verantwortlichkeit von Google

Hinsichtlich der Reichweite der möglichen Unterlassungsansprüche gegen Google hatte das OLG Karlsruhe Ende

38 HmbBfDI, ZD-Aktuell 2017, 05746.

39 OLG Celle, 1.6.2017 – 13 U 178/16, K&R 2017, 734.

40 OLG Celle, 1.6.2017 – 13 U 178/16, K&R 2017, 734.

41 LG Frankfurt a. M., 26.10.2017 – 2-03 O 190/16, K&R 2017, 72.

42 Meyer/Rempe, K&R 2017, 303, 306 m. w. N.

43 EuGH, Gerichtsmitteilung v. 21.8.2017 – C-507/17, BeckEuRS 2017, 521516.

44 Az. C-507/17, Google Inc./Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL).

45 Supreme Court of Canada, Entsch. v. 28.6.2017, GRUR-Int. 2017, 880 – Google Inc. v. Equustek Solutions Inc. et al.; vgl. dazu auch Golem-Meldung vom 20.7.2017, <https://glm.io/129044>, zuletzt abgerufen am 5.3.2018.

46 Golem-Meldung vom 17.11.2017, <https://glm.io/131006>, zuletzt abgerufen am 5.3.2018.

47 Paal/Hennemann, K&R 2017, 18, 21; umgekehrt zur Aufnahmepflicht vgl. Milker, K&R 2017, 23.

48 BGBl. 2017 I, 3352.

49 Statt vieler: Kalscheuer/Hornung, NVwZ 2017, 1721.

50 Vgl. generell für Bewertungssysteme Solmecke, in: Hoeren/Sieber/Holz-nagel, Multimedia-Recht, 45. EL 2017, Teil 21.1 Rn. 32.

51 LG Augsburg, 13.3.2017 – 34 O 275/16.

52 LG Hamburg, 24.3.2017 – 324 O 148/16, K&R 2017, 596.

53 LG Hamburg, 24.3.2017 – 324 O 148/16, K&R 2017, 596.

54 Vgl. zu Bewertungsportalen zuletzt BGH, 4.4.2017 – VI ZR 123/16, K&R 2017, 489; dazu Meyer, K&R 2017, 493.

2016 entschieden, dass grundsätzlich nur ein Anspruch auf Entfernung konkreter Suchergebnisse besteht, die vorher gegenüber Google beanstandet wurden, und nicht generell die Löschung aller Ergebnisse einer Domain verlangt werden kann.⁵⁵ Dieser Auffassung haben sich zwischenzeitlich weitere Gerichte angeschlossen.⁵⁶

a) Ablauf des Prüfverfahrens

Für Rechteinhaber ist daher weiter erforderlich, Google und andere Anbieter von Suchmaschinen jeweils konkret unter Angabe der jeweiligen URL über die aus ihrer Sicht rechtswidrigen Inhalte zu informieren. Nachdem Google die Möglichkeit bietet, die Löschung von Inhalten über ein Webformular zu beantragen, existieren mittlerweile klar definierte Verfahren zur Prüfung und Entfernung von beanstandeten Inhalten.⁵⁷ Lehnt Google nach Mitteilung der vermeintlichen Rechtsverletzung die Entfernung aus dem Suchindex ab, bleibt es weiterhin dabei, dass die entsprechenden Ansprüche gerichtlich geltend gemacht werden müssen. Richtiger Klagegegner ist insoweit die irische Gesellschaft und nicht die Google Germany GmbH, was sich immer noch nicht bei allen Anspruchstellern bzw. deren Vertretern herumgesprochen hat.⁵⁸

Aus der Perspektive der Gerichte kommt es vor allem darauf an, wie offensichtlich die behauptete Rechtsverletzung ist und wie schwerwiegend in das Persönlichkeitsrecht des jeweiligen Betroffenen eingegriffen wird. Bei der Veröffentlichung von Bildern einer Person wird dabei sehr schnell von einem Unterlassungsanspruch ausgegangen.⁵⁹ Das LG Frankfurt hat insoweit zutreffend darauf hingewiesen, dass die gesetzgeberische Wertung der §§ 22, 23 KUG zu berücksichtigen ist, wonach Bildnisse nur mit Einwilligung der Betroffenen veröffentlicht werden dürfen, sofern nicht die Sonderregelungen für Bildnisse aus dem Bereich der Zeitgeschichte einschlägig sind. Verweist ein Link also auf einen Text mit Bild des Betroffenen, ist regelmäßig der Link schon wegen des Bildes zu entfernen, ohne dass es auf den Text ankäme. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung im Hinblick auf die Darlegungs- und Beweislast bei Ansprüchen auf Entfernung von Links hat das LG Frankfurt die Revision zugelassen, so dass demnächst eine höchstgerichtliche Klärung zu erwarten ist.⁶⁰ In allen anderen Fällen bleibt es dabei, dass der Suchmaschinenbetreiber letztlich anhand der verfügbaren Informationen abschätzen und auf eigenes Risiko bewerten muss, inwieweit das Recht auf Meinungsfreiheit gegenüber dem beeinträchtigten Rechtspositionen zurücktreten muss.

b) Verweis auf Lumen-Datenbank

Soweit Google zur Entfernung von Links verpflichtet ist, weist Google abstrakt auf die Tatsache hin, dass einzelne Ergebnisse entfernt wurden. Unzulässig ist aber eine Verlinkung auf eine alternative Quelle, mit deren Hilfe die entfernten Inhalte doch noch aufgerufen werden können. Zwischenzeitlich hatte Google konkrete Links zu den entfernten Inhalten angeboten, die aber nach einer gerichtlichen Auseinandersetzung entfernt werden mussten.

In dem maßgeblichen Verfahren wurde Google zunächst im Wege der einstweiligen Verfügung durch das LG München I verpflichtet, bestimmte Informationen über vermeintlich betrügerische Geschäftstätigkeiten bei den Suchergebnissen nicht mehr anzuzeigen.⁶¹ Google hat zwar der einstweiligen Verfügung entsprochen, dafür aber bei den Suchergebnissen auf die Löschung hingewiesen und

gleichzeitig einen direkten Verweis auf die Lumen-Datenbank vorgenommen. Die Lumen-Datenbank (ehemals Chilling Effects) ist eine neutrale Datenbank, in der Angaben über geltend gemachte Löschungsansprüche gespeichert werden.⁶² Die Datenbank enthält dabei auch Verweise auf die gelöschten Inhalte, so dass auf diese Weise die eigentlich gelöschten Inhalte doch noch aufgerufen werden können.

Wegen dieser Gestaltung wurde eine zweite einstweilige Verfügung gegen Google beantragt, wonach die Verlinkung auf die Lumen-Datenbank durch Google zu unterlassen sei. Das erneut angerufene LG München I sah allerdings keine Notwendigkeit zum Erlass einer weiteren einstweiligen Verfügung, weil Google auf der eigenen Seite die Ergebnisse entfernt habe und nicht für Auffindbarkeit über Dritte (Lumen-Datenbank) verantwortlich sei.⁶³ Im Rahmen der sofortigen Beschwerde hat das OLG München die einstweilige Verfügung dennoch erlassen und darauf verwiesen, dass Google zwar nicht dafür verantwortlich sein kann, dass Inhalte insgesamt nicht mehr auffindbar sind; Google müsse sich aber zumindest eines direkten Verweises auf weitere Möglichkeiten zur Auffindbarkeit enthalten.⁶⁴ Die Argumentation des OLG München ist überzeugend; außerdem wird verhindert, dass Google die Löschpflichten unterläuft, indem indirekt doch weiter auf gelöschte Ergebnisse verwiesen wird. Zulässig bleibt aber der allgemeine Hinweis, dass aufgrund von Löschpflichten nicht alle Inhalte angezeigt werden. Letztlich kann damit jeder Nutzer selbst immer noch überprüfen, welche Daten von Google entfernt wurden. Diese Möglichkeit ist prinzipiell nicht zu beanstanden, weil durch die Entfernung der Suchergebnisse bei Google nicht die Inhalte insgesamt gelöscht werden, sondern nur eine schnelle Auffindbarkeit über Google verhindert werden soll.

c) Ausweitung der Verantwortlichkeit und internationaler Vergleich

Über die vorstehenden Prüf- und Löschpflichten hinaus wird eine weitergehende Verantwortung von Google konsequent abgelehnt.⁶⁵ Selbst bei offensichtlichen Rechtsverletzungen kann nicht eine Löschung unabhängig von einem Hinweis auf die Rechtsverletzung verlangt werden. Da die Ansprüche gegen Google aus dem Grundsatz der Störerhaftung abgeleitet werden, kann Anknüpfungspunkt immer nur die Verletzung zumutbarer Prüfpflichten von Google sein. Soweit aber die Indexierung automatisiert abläuft, ist eine automatisierte Erkennung und Bewertung von Inhalten weder möglich noch wünschenswert.⁶⁶

55 OLG Karlsruhe, 14. 12. 2016 – 6 U 2/15, MMR 2017, 487; dazu Meyer/Rempe, K&R 2017, 303, 307.

56 LG Frankfurt a. M., 9. 2. 2017 – 2-03 S 16/16, CR 2017, 537.

57 https://support.google.com/legal/contact/lr_eudpa?product=websearch&hl=de, zuletzt abgerufen am 5. 3. 2018.

58 In dem Verfahren vor dem LG Hamburg, 24. 3. 2017 – 324 O 148/16, K&R 2017, 596, und LG Frankfurt a. M., 9. 2. 2017 – 2-03 S 16/16, CR 2017, 537 wurden zwar die irische Gesellschaft verklagt, aber erst nachdem die deutsche Gesellschaft die an sie gerichteten anwaltlichen Auforderungsschreiben an die irische Gesellschaft weitergegeben hat.

59 LG Frankfurt a. M., 9. 2. 2017 – 2-03 S 16/16, CR 2017, 537.

60 Das Verfahren ist anhängig beim BGH unter dem Az. VI ZR 105/17.

61 LG München I, 4. 4. 2017 – 25 O 3214/17.

62 www.lumendatabase.org, zuletzt abgerufen am 5. 3. 2018.

63 LG München I, 20. 4. 2017 – 25 O 5616/17.

64 OLG München, 7. 6. 2017 – 18 W 826/17, K&R 2017, 662.

65 Specht, ZUM 2017, 114, 117 zu möglichen Ansätzen für eine Haftungsausweitung.

66 Der BGH hat die Grundsätze der Störerhaftung von Google zuletzt nochmals bestätigt, vgl. BGH, 27. 2. 2018 – VI ZR 489/16; dazu bereits Meyer/Rempe, K&R 2017, 303, 307.

Ausländische Gerichte gehen dagegen teilweise von einer deutlich weitgehenderen Verantwortlichkeit von Google aus. Der kanadische Supreme Court hat hierzu – unabhängig von der Frage der territorialen Reichweite⁶⁷ – entschieden, dass Google verpflichtet werden kann, sämtliche Inhalte eines betrügerischen Online-Anbieters unabhängig von der konkreten URL insgesamt zu entfernen.⁶⁸

5. Verantwortlichkeit Dritter

Im Hinblick auf die Verantwortlichkeit Dritter für die über Google abrufbaren Inhalte entspricht es der ständigen Rechtsprechung, dass es bei einer bestehenden Unterlassungspflicht nicht ausreicht, nur die Inhalte von der eigenen Homepage zu entfernen.⁶⁹ Im Hinblick auf Veröffentlichungen durch Dritte auf gängigen Internetseiten sind zumindest Bemühungen erforderlich, dort ebenfalls auf eine Löschung hinzuwirken.⁷⁰ In diesem Zusammenhang ist insbesondere zu prüfen, inwieweit beanstandete Inhalte über die gängigen Suchmaschinen, also Google und Bing, noch abrufbar sind.⁷¹

Das LG Berlin hatte in einem Verfahren darüber zu befinden, ob dies auch dann gilt, wenn die rechtswidrigen Inhalte auf den Ausgangsseiten überhaupt nicht zu finden waren, aber Google dennoch entsprechende Inhalte anzeigt.⁷² Konkret hat der Betreiber eines Hotels unzutreffend damit geworben, es handele sich um ein Vier-Sterne-Hotel. In dem Rechtsstreit über die unzulässige Sterneklassifizierung hatte sich der Betreiber dazu verpflichtet, zukünftig im geschäftlichen Verkehr nicht mehr „selbst oder durch Dritte“ mit der Sterneklassifizierung zu werben. Auch nach Abgabe der Unterlassungsverpflichtungserklärung fanden sich in den Suchergebnissen für das Hotel noch Verweise auf die Sterneklassifizierung, Google selbst bewertet das Hotel weiterhin mit 4,5 Sternen. Im Ergebnis hat das Gericht den Betreiber zur Zahlung einer Vertragsstrafe verurteilt, weil nicht hinreichend auf die Löschung der falschen Inhalte hingewirkt wurde. Unter Verweis auf die Rechtsprechung des BGH führt das LG Berlin zutreffend aus, dass die Anforderungen bei der Frage der Haftung des Unterlassungsschuldners generell sehr streng sind.⁷³ Unter Berücksichtigung der Vorgaben des BGH dürfte es zutreffend sein, dass der Betreiber sich bei Google zumindest für die Löschung der fehlerhaften Angaben hätte einsetzen müssen. Dies gilt selbst dann, wenn die angezeigten Inhalte ursprünglich nicht von dem Betreiber stammen, sondern Google sich diese von Dritten beschafft oder selbst ermittelt hat.⁷⁴ Nachvollziehbar hat das LG Berlin im Rahmen der Bemessung der Vertragsstrafe schließlich dargelegt, dass von einem nicht nur geringfügigen Verstoß auszugehen ist, da die über Google abrufbaren Informationen aufgrund der Marktmacht von Google ein erhebliches Gewicht haben.⁷⁵

Das LG Stuttgart hat in einem weiteren Verfahren über die Löschung einer Sterneklassifizierung von Hotels in vergleichbarer Weise entschieden, dass der jeweilige Betreiber bei Google für die Entfernung der Sterneklassifizierung zu sorgen hat bzw. sich zumindest um die Entfernung bemühen muss.⁷⁶

VII. Datenschutz und Telekommunikation

Im Hinblick auf datenschutzrechtliche Aspekte wirft die Datenschutz-Grundverordnung ihre Schatten voraus. Vor allem Google bemüht sich intensiv darum, seinen Nutzern

die Angst zu nehmen, der Einsatz der verschiedenen Dienste könnte zu einem Datenschutzverstoß führen.

1. Datenschutz bei G Suite und Google Cloud Services

Bei sämtlichen Angeboten von Google, die dem Nutzer eine webbasierte Datenverarbeitung ermöglichen, stellt sich die Frage, ob zur datenschutzrechtlichen Absicherung spezielle Vereinbarungen mit Google getroffen werden müssen. Im Hinblick auf Google Analytics erfolgte bereits frühzeitig eine Verständigung zwischen Google und den zuständigen Aufsichtsbehörden über die Gestaltung der datenschutzrechtlichen Vertragsklauseln.⁷⁷

In ähnlicher Weise hat sich Google nunmehr auch mit den Behörden über die Nutzung der Dienste Google G Suite (ehemals Google Apps) und Google Cloud Services verständigt.⁷⁸ Hierzu bietet Google allen Nutzern eine neue Version des Zusatzes zur Datenverarbeitung an, die den zukünftigen Anforderungen zur Auftragsvereinbarung gem. Art. 28 DSGVO entsprechen soll.⁷⁹ Aufgrund der geänderten formalen Anforderungen kann die Vereinbarung jetzt direkt auf den Internetseiten von Google bestätigt werden.⁸⁰

Im Ergebnis gilt natürlich auch im Hinblick auf die neuen Vereinbarungen die bisherige Einschätzung, dass die Vereinbarungen zwar die formalen Anforderungen erfüllen mögen, eine transparente Datenverarbeitung und Kontrolle von Google aber im Ergebnis so immer noch nicht erreicht werden kann.⁸¹

2. Abschluss des Verfahrens zur Profilbildung

Rechtzeitig vor der Geltung der geänderten Anforderungen durch die DSGVO konnte auch das Verfahren gegen Google wegen der Nutzung diensteübergreifender Nutzerprofile abgeschlossen werden.⁸² Im Zuge der Neuformulierung der Datenschutzerklärung durch Google erfolgte eine koordinierte Überprüfung durch mehrere nationale Aufsichtsbehörden in Europa. Im Zusammenhang mit dieser Prüfung hatte unter anderem die Aufsichtsbehörde in Hamburg Google verpflichtet, entsprechende Nutzerprofile nur mit Einwilligung der Nutzer zu erstellen.⁸³ Google hatte zunächst gegen die Anordnung Rechtsmittel eingelegt, gleichzeitig aber die Anordnung der Aufsichtsbehörde umgesetzt. Aufgrund der Anpassungen durch Google konnte jetzt das gerichtliche Verfahren vor dem VG Hamburg beendet werden, so dass die Anordnung bestandskräftig ist.⁸⁴

67 Vgl. Hierzu die Ausführungen unter VI. 1.

68 Supreme Court of Canada, Entsch. v. 28. 6. 2017, GRUR-Int. 2017, 880 – Google Inc. v. Equustek Solutions Inc. et al.

69 Husemann, WRP 2017, 270, 273; Meyer/Rempe, K&R 2017, 303, 307.

70 Husemann, WRP 2017, 270, 273.

71 Meyer/Rempe, K&R 2017, 303, 307.

72 LG Berlin, 17. 10. 2017 – 15 O 129/17, WRP 2018, 123.

73 BGH, 4. 5. 2017 – I ZR 208/15, WRP 2017, 944 – Luftentfeuchter.

74 LG Berlin, 17. 10. 2017 – 15 O 129/17, WRP 2018, 123 Rn. 25.

75 LG Berlin, 17. 10. 2017 – 15 O 129/17, WRP 2018, 123 Rn. 32.

76 LG Stuttgart, 7. 12. 2017 – 11 O 92/17, WRP 2018, 378.

77 Spindler/Nink in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 11 BDSG Rn. 8; kritisch dazu Kaufmann, ZD-Aktuell 2012, 02945.

78 Müller-Peltzer, PinG 2017, 111, 112.

79 Vgl. die Informationen von Google unter <https://support.google.com/a/answer/2888485?hl=de>.

80 Martini, in: Paal/Pauly, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 28 Rn. 75.

81 Spindler/Nink, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 11 BDSG Rn. 8.

82 Meyer/Rempe, K&R 2015, 222, 229 zur ursprünglichen Ausgangslage.

83 Meyer/Rempe, K&R 2016, 308, 312.

84 <https://www.datenschutz-hamburg.de/news/detail/article/verfahren-zu-den-privatsphaerebestimmungen-von-google-abgeschlossen.html>.

3. Sammelklage gegen Google in Großbritannien

In Großbritannien muss sich Google dagegen in einer Sammelklage gegen den Vorwurf verteidigen, in den Jahren 2011 und 2012 auf dem iPhone Datenschutzeinstellungen umgangen und auf diese Weise rechtswidrig das Surfverhalten der Internetnutzer überwacht zu haben.⁸⁵ Das Verfahren ist noch in einem sehr frühen Stadium, so dass der weitere Verlauf abzuwarten ist.

4. Gmail als Telekommunikationsdienst

Inzwischen hat sich das OVG Münster mit dem Streit zwischen der Bundesnetzagentur und Google über die Einstufung von Google Mail als Telekommunikationsdienst beschäftigt. Das VG Köln als Vorinstanz hatte ent-

schieden, dass Google Mail gem. § 6 TKG bei der Bundesnetzagentur meldepflichtig sei.⁸⁶

Mit Entscheidung vom 26. 2. 2018 hat das OVG Münster das Berufungsverfahren ausgesetzt und die Sache dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt.⁸⁷ Der EuGH muss nun klären, ob Webmail-Dienste unter die Definition des Telekommunikationsdienstes im Sinne der RL 2002/21/EG fallen können.⁸⁸

85 Wieduwilt, FAZ v. 30. 11. 2017.

86 VG Köln, 11. 11. 2015 – 21 K 450/15, K&R 2016, 141 ff. = MMR 2016, 141.

87 OVG Münster, 26. 2. 2018 – 13 A 17/16, Pressemitteilung vom 26. 2. 2018.

88 Grünwald/Nüßing, MMR 2016, 91 zur grundsätzlichen Fragestellung.

RA Dr. Florian Deusch, Ravensburg, und Prof. Dr. Tobias Eggendorfer, Weingarten*

Penetrationstest bei Auftragsverarbeitung

Stand der Technik und damit Pflicht bei Web-Anwendungen

Nach der DSGVO und dem – noch geltenden – Bundesdatenschutzgesetz 2003¹ (BDSG 2003) muss der Auftraggeber einer Auftragsverarbeitung seinen Auftragnehmer sorgfältig bezüglich der technischen und organisatorischen Datenschutz- und IT-Sicherheitsmaßnahmen auswählen. Er muss die Umsetzung der Maßnahmen prüfen oder sich geeignet nachweisen lassen. Die aktuelle Praxis beschränkt sich dabei im Wesentlichen auf die Prüfung der Netzwerksicherheit sowie der organisatorischen Maßnahmen. Die Anlage 1 zu § 9 BDSG 2003 ist dabei – soweit ersichtlich – das typische Prüfraster. Doch erscheint dies unzureichend: Ein weitaus größerer Teil der Datenverluste geschieht aktuell über fehlerhafte Anwendungssoftware, insbesondere bei Web-Anwendungen. Der Beitrag diskutiert deshalb, ob ein Penetrationstest zu der obligatorischen Prüfung gehört, weil er gezielt nach Sicherheitslücken sucht, die zu einer Datenexfiltration führen könnten.

I. Einleitung

Wer IT-Dienste auslagert (E-Mail-Verwaltung, Nutzung von „Cloud“-Diensten oder andere Web-Anwendungen), lässt Daten durch einen Dritten weisungsgebunden verarbeiten. Bei personenbezogenen Daten gelten die Regelungen der Auftragsverarbeitung. Den Auftraggeber treffen nach BDSG 2003 und DSGVO umfangreiche Prüfpflichten, die die Datensicherheit beim Auftragnehmer gewährleisten sollen, insbesondere zu den „technischen und organisatorischen Maßnahmen“ (TOM). Sofern der Auftraggeber in der Praxis überhaupt Prüfungen vornimmt, legt er in der Regel die 8 TOMs der Anlage zu § 9 BDSG 2003 zugrunde.² Ab dem 25. 5. 2018 gelten mit der DSGVO zwar neue Regeln für die Auftragsverarbeitung, eine inhaltliche Erweiterung der Prüfpflichten wird der DSGVO jedenfalls bislang nicht zugeschrieben.³

Bei der „TOM-Prüfung“ hat sich in der Praxis eine Reduzierung auf die Sicherheit des Rechenzentrums und der Netzwerkinfrastruktur durchgesetzt, ohne die Sicherheit

der Web-Anwendung des Auftragnehmers zu berücksichtigen.⁴ Doch reicht das aus?

Datenexfiltration erfolgt heute weniger durch Angriffe auf Netze, sondern hauptsächlich durch Angriffe wie Code-Injections auf die Anwendung selbst, und über Angriffe auf Nebenwegen wie Social Engineering.⁵ Kaum ein Datenschutzbeauftragter fordert jedoch im Rahmen einer TOM-Prüfung die Ergebnisse eines halbwegs aktuellen Penetrationstests⁶ der Anwendung oder führt ihn gar selbst durch.

* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. XII. Der Autor Deusch ist als Rechtsanwalt, FA für Informationstechnologierecht und externer zertifizierter Datenschutzbeauftragter in der Anwaltskanzlei Dr. Gretter tätig; der Autor Eggendorfer ist Professor für IT-Sicherheit an der Hochschule Weingarten, freiberuflicher IT-Berater und ebenso zertifizierter externer Datenschutzbeauftragter. Alle angegebenen Links wurden zuletzt abgerufen am: 9. 3. 2018, soweit nicht anders vermerkt.

1 DSGVO: Datenschutz-Grundverordnung = VO (EU) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. 4. 2016, ABl. Nr. L 119, S. 1 ff.; Bundesdatenschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. 1. 2003 (BGBl. I S. 66), das zuletzt durch Art. 10 Abs. 2 des Gesetzes vom 31. 10. 2017 (BGBl. I S. 3618) geändert worden ist.

2 Infoblatt „Auftragsdatenverarbeitung“ des bayerischen Landesamts für Datenschutzaufsicht, Stand März 2016, online unter https://www.lida.bayern.de/media/info_adv.pdf, 23. 11. 2017; Gola/Schomerus, BDSG, Kommentar, 12. Aufl. 2015, § 11 Rn. 20; Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, 5. Aufl. 2017, Kap. A Rn. 232.

3 Härting, ITRB 2016, 137; Schneider (Fn. 2), Kap. A Rn. 628 ff.; Lissner, in: Taeger (Hrsg.), Smart World – Smart Law, weltweite Netze mit regionaler Regulierung, 2016, S. 401, 408; von Holleben/Knaut, CR 2017, 299, 302.

4 Die Vermeidung und gegebenenfalls Behebung von Sicherheitslücken ist jedenfalls kein Prüfungspunkt in der ansonsten vorbildlichen und ausführlichen Prüfliste von Müller, in: Koreng/Lachenmann, Formularhandbuch Datenschutzrecht, 2015, S. 513 ff. ebenso die Folgeauflage, siehe Müller, in: Koreng/Lachenmann, Formularhandbuch Datenschutzrecht, 2. Aufl. 2018, S. 459 ff., 627 ff. sowie Witt, S. 675 ff.

5 Vgl. den Bericht „Die Lage der IT-Sicherheit in Deutschland 2016“ des Bundesamts für Sicherheit in der Informationstechnik, unter https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/Publikationen/Lageberichte/Lagebericht2016.pdf?__blob=publicationFile&v=5; zu IT-Sicherheitslücken in Anwendungsprogrammen siehe auch Deusch/Eggendorfer, K&R 2016, 152, 153. Oftmals sind sogar die eher oberflächlichen TOMs so allgemein, dass sie auf die konkrete Datenverarbeitung nicht anwendbar sind, doch das kann vorliegend außen vor bleiben.

6 In der IT-Sicherheit spricht man oft kurz von einem „Pen-Test“. Der Begriff wird im Folgenden verwendet.