

Die Macht der Suchmaschinen unter rechtlichen Aspekten

von Dr. Stephan Ott

I. Suchmaschinen als die neuen Gatekeeper

1. Einleitung

Suchmaschinen sind die neuen Gatekeeper des Internet-Zeitalters. Ohne sie wäre die gewaltige Informationsfülle des World Wide Web nicht mehr nutzbar. Eine Datenbank dient ihnen dabei als Grundlage zur Beantwortung der täglich zig Millionen Suchanfragen ihrer Nutzer.¹ Um ihren Index mit Informationen zu füllen, schicken sie sog. Roboter auf Informationssuche ins Netz. Bei diesen handelt es sich um Computerprogramme, die automatisch das World Wide Web durchsuchen und Webseiten analysieren. Wie beim Internetsurfen von Nutzern gelangt ein Roboter über Hyperlinks von einer Webseite zu weiteren URLs. Dabei werden alle bisher bekannten Adressen gespeichert und der Reihe nach besucht. Die neu gefundenen Hyperlinks werden zur Liste aller URLs hinzugefügt. Auf diese Weise können theoretisch alle erreichbaren Webseiten gefunden werden. Ist eine Webseite erst einmal in den Index aufgenommen, nutzt dies einem Unternehmer jedoch wenig, wenn er es nicht auf einen der vorderen Plätze schafft. Statistiken belegen, dass sich die meisten Nutzer nur maximal die ersten beiden Ergebnisseiten anschauen.² Seiten, die hier nicht präsent sind, existieren für Nutzer praktisch nicht.

Suchmaschinen bestimmen das sog. Ranking einer Webseite, also den Platz, auf dem sie in der Suchergebnisliste erscheint, mit Hilfe einer komplizierten Berechnungsformel, in die vielfältige Bewertungsfaktoren einfließen. In verschiedenen Foren im Internet werden bis zu 93 verschiedene Faktoren diskutiert, deren Gewichtung zudem von Suchmaschine zu Suchmaschine variieren kann. Wer aber die grundlegende Arbeitsweise von Suchmaschinen kennt, kann seine Webseiten so optimieren, dass sich das Ranking verbessert und damit deutlich mehr Besucher zum eigenen Angebot finden. Diese Tätigkeit hat ein neues Berufsbild, das des sog. Suchmaschinenoptimierers, hervorgebracht. Bei den von diesen angewandten Me-

¹ Eine Studie aus den USA hat z.B. ergeben, dass US-Amerikaner im Juni 2004 3,9 Milliarden Suchanfragen durchführten. Durchschnittlich führte der amerikanische Internetnutzer 33 Anfragen aus und verbrachte 41 Minuten bei Suchmaschinen. Vgl. *Rötzer*, *Blindes Vertrauen in Suchmaschinen*, <<http://www.heise.de/tp/r4/artikel/19/19301/1.html>>.

² Laut *Machill/Welp*, *Wegweiser im Netz*, 2003, S. 95 rufen nur 13 % der Benutzer von Suchmaschinen hinter den ersten 20 Nachweisen liegende Treffer auf.

thoden wird zwischen sog. White Hat SEO³ und Black Hat SEO unterschieden. Bei ersterer orientiert sich seine Tätigkeit streng an den Richtlinien der Suchmaschinen⁴ und wird u.a. eine Optimierung der Titel der Webseiten auf bestimmte Schlüsselbegriffe hin vorgenommen, unter denen sie gut auffindbar sein sollen, und versucht, die Zahl der zu einer Webseite weisenden Links zu erhöhen.⁵ Black Hat SEO hingegen setzt auf Methoden, die sehr schnellen Erfolg versprechen, aber nicht mit den Richtlinien der Suchmaschinen vereinbar sind, weil sie irreführenden oder manipulativen Charakter haben und sehr verallgemeinernd gesprochen, oft dazu dienen sollen, dass Webseiten unter Begriffen erscheinen, die nicht deren wirklichen Inhalt widerspiegeln. Bei Entdeckung dieser Methoden droht einer Webseite der Ausschluss aus dem Index einer Suchmaschine.

Diese, sicherlich nur die allerwichtigsten Grundlagen vermittelnde Einführung in die Funktionsweise von Suchmaschinen und die Notwendigkeit einer Suchmaschinenoptimierung von Webseiten, soll Ausgangspunkt für die Frage sein, ob Suchmaschinen bei der Aufnahme und dem Ranking einer Webseite völlig frei oder aber rechtlichen Zwängen unterworfen sind. Angesichts der großen wirtschaftlichen Bedeutung von Suchmaschinen können es sich Unternehmen nicht leisten, hier nicht oder nur an einer hinteren Position gefunden zu werden. Gibt es aber einen Anspruch darauf, in den Index einer Suchmaschine aufgenommen zu werden? Sowohl das Rundfunk- als auch das Telekommunikationsrecht kennen allgemeine Zugangsregeln, das allgemeine Wettbewerbsrecht kennt Tatbestände der Missbrauchskontrolle (§§ 19, 20 GWB) oder der Unlauterkeit (§§ 3, 4 UWG), die hierfür eine Anspruchsgrundlage bieten könnten. Angesichts dessen, dass Suchmaschinen in aller Regel darauf aus sind, möglichst viele Webseiten in den eigenen Index aufzunehmen, wird diese Problematik insbesondere dann relevant, wenn sich ein Webmaster von Suchmaschinen zu Unrecht aufgrund der Verwendung bestimmter Optimierungsmethoden ausgeschlossen fühlt. Schon heute ist es an der Tagesordnung, dass aufgrund übereifriger Suchmaschinenoptimierung, insbesondere durch Black Hat SEO, Webseiten aus dem Index ausgeschlossen werden.

³ SEO steht für Search Engine Optimization. Näheres dazu unter <<http://www.linksandlaw.de/suchmaschinen-lexikon-suchmaschinen-optimierung.htm>>.

⁴ Vgl. z.B. <<http://www.google.de/intl/de/webmasters/guidelines.html>>.

⁵ Dies ist von großer Bedeutung, da die meisten Suchmaschinen großes Gewicht auf die sog. Linkpopularität einer Webseite legen. Das Grundprinzip lautet: Je mehr Links auf eine Webseite verweisen, um so wichtiger ist sie. Je wichtiger wiederum die verweisenden Seiten sind, um so größer der Effekt. Google und auch die anderen Suchmaschinen sehen damit Links als eine Art Stimme für eine Webseite an. Je mehr Stimmen eine Webseite bekommt, desto wichtiger muss sie sein. Vgl. <http://www.linksandlaw.de/suchmaschinen-lexikon-page-rank.htm>.

2. Bisherige Gerichtsverfahren

In Deutschland gab es, soweit ersichtlich, zu dieser Thematik noch keine gerichtlichen Verfahren und in der Literatur finden sich bislang nur sehr wenige Aussagen.⁶ Anders in den USA, wo Yahoo und Google sich in jüngster Zeit vermehrt gegen Webmaster gerichtlich zu Wehr setzen müssen, die ihre Webseite zu Unrecht zurückgestuft glauben. Um die Marktmacht der Suchmaschinen und je nach Betrachtungsweise die an den Tag gelegte Willkürlichkeit und Intransparenz der getroffenen Entscheidungen noch einmal praktisch vor Augen zu führen, sollen einige diese Fälle kurz dargestellt werden:

a. Kinderstart v. Google

Die Website des Klägers stellt seit Mai 2000 einerseits umfangreiche Informationen zur Kinderentwicklung (u.a. Ernährung und Erziehung), andererseits einen eigenen Katalog und eine eigene Suchmaschine bereit. Im Laufe der Zeit wurde die Website weiter ausgebaut und konnte sich über die Besuche von immer mehr Internetnutzern erfreuen. Zeitweise konnte Kinderstart.com ca. 10 Millionen Page Views in einem Monat verzeichnen. Seit Anfang 2003 versuchte der Kläger, aus den Besucherströmen auch Kapital zu schlagen, indem er ihnen Werbung präsentierte. Dazu bediente er sich des Google AdSense-Programms, d.h. nach dem Einfügen eines Codes in eine Webseite werden von Google vermittelte Werbeanzeigen auf seiner Website angezeigt und er erhält für jeden Klick auf eine solche einen bestimmten Betrag gutgeschrieben.

Seit dem 19.3.2005 hat Kinderstart.com einen dramatischen Rückgang an Besucherzahlen (70%) und dementsprechend auch einen grobe Verschlechterung der AdSense-Einnahmen (80%) registriert. Die Ursache dafür war schnell ausgemacht: Es fanden keine Nutzer von Google mehr den Weg zu seiner Website. Warum Google sich zu dazu entschlossen hat, die Webseite abzustrafen und ihr einen PageRank von 0 zuzuweisen, blieb bislang im Dunkeln. Kinderstart.com, das in der Klageschrift bestreitet, jemals gegen die Richtlinien verstoßen zu haben, mutmaßt, dass Google sich der eigenen Suchmaschine entledigen und mit der Zurückstufung einen Konkurrenten beseitigen will.

⁶ Bislang *Ott*, MMR 2006, 195 ff.; *ders.*, K&R 2007, 375 ff.; *Schulz/Held/Laudien*, Suchmaschinen als Gatekeeper in der öffentlichen Diskussion, 2005, S. 58 ff.; *Bahr*, Rechtsanspruch auf Aufnahme in den Suchmaschinenindex (am Beispiel Google)?, <<http://www.suchmaschinen-und-recht.de/rechtsanspruch-auf-aufnahme-in-den-suchmaschinen-index.html>>; *Hoeren*, MMR 1999, 649 ff.

Die Klage gegen Google wurde am 17.3.2006 bei einem Gericht in Kalifornien eingereicht. Am 30.6.2006 fand eine erste Anhörung statt. In einer ersten Entscheidung vom 13.7.2006 gab das Gericht zu erkennen, dass es sämtliche Vorwürfe für nicht hinreichend begründet hält. Es gab dem Kläger aber die Möglichkeit, einzelne Punkte der Klage neu zu formulieren und wieder einzureichen.

b. Datner v. Yahoo

Mitte 2005 hat Avi Datner bemerkt, dass seine Webseite partypop.com bei Yahoo nicht in den Suchergebnissen gelistet wird. Daraufhin kontaktierte er Yahoo und erfuhr dort, dass diese auf einer Liste ausgeschlossener Seiten stünde. Warum dies so sei, wollte man ihm aber nicht erklären. Am 11.7.2006 hat Datner deshalb vor einem Gericht in Kalifornien Klage eingereicht und Yahoo wettbewerbswidriges Verhalten vorgeworfen, weil die Suchmaschine potentiellen Kunden seinen Konkurrenten zuführe.⁷

Bisher haben sich Suchmaschinen bei derartigen Fällen immer schnell auf die Behauptung zurückgezogen, die Suchergebnisse seien Ergebnis eines objektiven Prozesses. Aufgrund der Aussage eines Yahoo Mitarbeiters hinsichtlich der Black List dürfte dies in dem Verfahren eher wenig Erfolg versprechend sein.

c. SearchKing v. Google

Google musste sich in einem einstweiligen Rechtsschutzverfahren gegen das Begehren eines höheren PageRanks durchsetzen. Der PageRank spiegelt die Linkpopularität einer Webseite wieder und ist ein Faktor für das Ranking einer Website.⁸ Wegen eines angeblichen Verstoßes gegen die eigenen Qualitätsrichtlinien hat Google den PageRank der Website des Klägers, Search King, von 7 auf 4 herabgesetzt. Search King bewertete den dadurch entstandenen Schaden auf 75.000 Dollar und beantragte mit einer einstweiligen Verfügung, den alten PageRank wieder herzustellen. Das Gericht im US-Staat Oklahoma sah jedoch im PageRank eine Meinungsäußerung, die den Schutz der Verfassung genießt, und wies den Antrag ab. Was das Verfahren besonders erwähnenswert macht, ist die in der Klageerwiderung geäußerte

⁷ Datner v. Yahoo! Inc, Case No. BC355217 (Cal. Superior Court complaint filed July 11, 2006).

⁸ Siehe oben FN 5.

Einschätzung von Google, rechtlich nicht verpflichtet zu sein, eine Webseite in den Index aufnehmen zu müssen.⁹ Eine Auffassung, der allerdings ohne weitere Begründung, auch das Gericht zuneigte: “... *neither SearchKing nor any other web site has the option of demanding ... whether their web site will be accessible on Google’s search engine.*”¹⁰ Ob dem wirklich so ist, ob nicht doch gegen Suchmaschinen ein Anspruch auf Aufnahme in den Index besteht, wird im Folgenden erläutert.

II. Ansprüche aus dem GWB

Das GWB verbietet weder die Erlangung einer Marktbeherrschung noch deren Aufrechterhaltung, beschneidet aber durch Mißbrauchstatbestände die wirtschaftliche Freiheit marktbeherrschender Unternehmen. So darf nach § 20 GWB ein solches ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln.

1. Marktbeherrschende Unternehmen auf dem Suchmaschinenmarkt

Die Marktmacht von Unternehmen lässt sich nur dann zuverlässig beurteilen, wenn feststeht, wo, wann und bei welchen Dienstleistungen sie mit den Dienstleistungen anderer Unternehmen im Wettbewerb stehen. Es bedarf daher der Abgrenzung der relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht.

a. sachliche Abgrenzung des Marktes

Die Ermittlung des sachlichen Marktes richtet sich gemäß ständiger Rechtsprechung des BGH nach dem sog. Bedarfsmarktkonzept. Zu einem einheitlichen Markt gehören danach all diejenigen Waren oder Dienstleistungen, die aus der Sicht eines verständigen Verbrauchers nach Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage zur Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet und miteinander austauschbar sind.¹¹

Suchmaschinen nehmen Webseiten in ihren Index auf, so dass sie bei Suchanfragen gefunden werden können. Sie vermitteln damit deren Betreibern Aufmerksamkeit durch die Zuführung

⁹ “Google is under no obligation to include every web page on the Internet, including any web pages from Search King’s site. Nor is Google obligated to maintain in its index any web pages that it once decides to include.” Siehe <http://research.yale.edu/lawmeme/files/Google_SearchKing_Response.pdf>.

¹⁰ Vgl. <<http://research.yale.edu/lawmeme/files/SearchKing-SummaryJudgement.pdf>>, S. 12 f.

¹¹ Vgl. *BGH*, Beschluss vom 16.12.1976, KVR 2/76, WuW/E BGH 1445, 1447 - Valium; *BGH*, Beschluss vom 25.6.1985, KVR 3/84, WuW/E BGH 2150, 2153 - Edelstahlbestecke.

von Besuchern. Die Hyperlinks in den Trefferlisten sind zumindest objektiv geeignet, den Wettbewerb eines verlinkten Unternehmens zu unterstützen.¹² Ob für diese Leistung allerdings ein Markt besteht, wird in der Literatur zum Teil bezweifelt, weil es an einem für den Marktprozess wesentlichen Leistungsaustausch fehle.¹³ Dies ist aber nur auf den ersten Blick richtig. Von Paid Inclusion Programmen einmal ganz abgesehen¹⁴, erhalten Suchmaschinen keine Bezahlung für die Aufnahme. Doch ist dies für den Marktbegriff des Kartellrechts nicht wesentlich. Märkte können ebenso durch Austauschbeziehungen ohne allgemeines Tauschmittel begründet sein. Den Charakter eines Gutes im weitesten ökonomischen Sinne können auch sonstige wirtschaftliche Vorteile haben.¹⁵ Als Anknüpfungspunkt für eine „Leistung“ der Content-Anbieter gegenüber Suchmaschinen kommt die automatische Tätigkeit von deren Roboter in Betracht. Diese erstellen eine Kopie einer besuchten Webseite. Dies stellt eine Vervielfältigung i.S.d. § 16 UrhG dar und bedarf einer Rechtfertigung.¹⁶ Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass jeder, der eine Webseite in das World Wide Web einstellt, damit rechnet, dass diese von Suchmaschinen erfasst wird und mit diesem Vorgang einverstanden ist. Ist er dies ausnahmsweise nicht, stehen ihm Möglichkeiten zur Verfügung, um der Aufnahme zu widersprechen. So beachten die gängigen Suchmaschinen den sog. Robots Exclusion Standard, d.h. sie suchen als erstes nach einer Datei namens robots.txt, die ihnen sagt, welche Bereiche für sie tabu sein sollen. Äußert sich ein Webmaster hier nicht oder lässt er gar die Erfassung seiner Webseiten ausdrücklich zu, ist von einer (konkludenten) Einräumung eines einfachen Nutzungsrechts i.S.d. § 31 UrhG auszugehen, das sämtliche zwingend notwendigen Handlungen von Suchmaschinen umfasst, um in den Index aufgenommen zu werden. Das ggf. fehlende technische Verständnis der genauen Vorgänge ist dabei unbeachtlich.

Nach einer am Normzweck orientierten Auslegung des GWB ist es schließlich unerheblich, dass Suchmaschinen vorgeblich keine Verpflichtung zur Aufnahme in den Index eingehen wollen. Würde man dies berücksichtigen, wäre es ihnen ein leichtes, sich den Wertungen des

¹² Siehe insbesondere *BGH* MMR 2004, 529, 530 – Schöner Wetten.

¹³ Vgl. *Schulz/Held/Laudien* (FN 6), S. 59 f.; a.A. *Ott*, MMR 2006, 195 ff.; *ders.*, K&R 2007, 375 ff.; stillschweigend vom Vorliegen eines Marktes ausgehend hingegen *Hoeren*, MMR 1998, 649 ff.; *Bahr* (FN 6).

¹⁴ Bei Paid Inclusion Programmen erfolgt eine garantierte, zeitnahe Aufnahme in den Index einer Suchmaschine gegen Bezahlung. Eine Verbesserung des Rankings ist damit nicht verbunden.

¹⁵ Vgl. *Schmidt*, ZUM 1997, 472, 474.

¹⁶ Vgl. *Rath*, Das Recht der Internet-Suchmaschinen, Diss., 2005, S. 132 ff. m.w.N. Das Setzen eines Hyperlinks hingegen, wie es in der Suchergebnisliste geschieht, ist urheberrechtlich unbedenklich, vgl. *Ott*, WRP 2004, 52 ff.; *Ott*, Urheber- und wettbewerbsrechtliche Probleme von Linking und Framing, Diss. 2004, S. 295 ff. (im Internet im Volltext unter <<http://www.linksandlaw.com/ownpublications-zsfgpromotion.htm>>), jeweils m.w.N.

Kartellrechts zu entziehen. Es besteht somit ein sachlicher Markt für die Vermittlung von Aufmerksamkeit durch Suchmaschinen.¹⁷

b. räumliche Abgrenzung

Mit Hilfe des Bedarfsmarktprinzip muss auch der Markt in räumlicher Hinsicht bestimmt werden.¹⁸ Maßgeblich sind die räumlichen Austauschmöglichkeiten für ein Produkt oder eine Dienstleistung aus Sicht der Nachfrager. Die wichtigsten Suchmaschinen bieten die Webseitsuche in zahlreichen Sprachen an, doch greifen diese alle auf denselben Index zurück. Das Interesse eines Unternehmers wird hingegen nur auf einen bestimmten Tätigkeitsbereich beschränkt sein (z.B. bei Erbringung einer lokal angesiedelten Dienstleistung) und lässt sich nur im jeweiligen Einzelfall ermitteln.

c. Marktbeherrschende Stellung

Die Beherrschung eines Marktes kann auf dem Fehlen wesentlichen Wettbewerbs (§ 19 II 1 Nr. 1 GWB) oder auf einer überragenden Marktstellung (§ 19 II 1 Nr. 2 GWB) beruhen. Von ersterem kann auf dem Suchmaschinenmarkt derzeit nicht ausgegangen werden. Zwar liegt Google hier mit einem Marktanteil von fast 90 % klar vor seinen Konkurrenten, doch trachten insbesondere Yahoo und MSN Search danach, Google mittels verbesserter Suchtechnologien den Rang abzulaufen. Sollte Google nicht mehr die besten Suchergebnisse liefern bzw. den Ruf verlieren, dies zu tun, könnte im häufig als „Kampf der Suchmaschinen“ betitelten Wettstreit schnell eine andere Suchmaschine Marktanteile hinzugewinnen. Auch der Aufstieg von Google zum Marktführer vollzog sich sehr rasch und beruhte zum einen auf dem schlichten Design, zum anderen auf der zur damaligen Zeit herausragenden Qualität der Suchergebnisse.

¹⁷ Es sei in diesem Zusammenhang nur kurz angedeutet, dass auch mit dessen Ablehnung ein Aufnahmeanspruch in den Index noch nicht ausgeschlossen ist, da dieser dann über den „Umweg“ einer Auswirkung auf Drittmärkte begründet werden kann. Indem die Webseite eines Unternehmens nicht aufgenommen wird, die eines Konkurrenten des Unternehmens aber schon, wirkt sich dies auf den Markt aus, auf dem die beiden Unternehmen tätig sind. Das Vorliegen eines Drittmarkts ist allerdings nur bei entgeltlichen Angeboten auf den Unternehmerwebsites unbestritten, bei allen anderen käme es darauf an, ob für den Bereich des Internets im Unterschied zum Fernseh- oder Hörfunkmarkt ein Rezipientenmarkt anzuerkennen ist. Ausführlicher zu diesen Aspekten vgl. *Ott*, MMR 2006, 195 ff.

¹⁸ Vgl. *Bunte*, Kartellrecht, 2003, S. 192.

Nach § 19 III GWB wird vermutet, das ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es einen Marktanteil von mindestens einem Drittel hat. Dies trifft auf Google derzeit zu. Gerade in neuen Märkten mit hohen Wachstumsraten, und dazu dürfte der Suchmaschinenmarkt noch zu zählen sein, entfalten hohe Marktanteile aber nicht unbedingt die gleiche Indizwirkung wie bei stagnierenden oder schrumpfenden Märkten.¹⁹ Der hohe Marktanteil muss hier nicht zwingend das Ergebnis eines langandauernden Wettbewerbs sein, sondern kann auf einem nur kurzfristigen Wettbewerbsvorsprung beruhen. Die Vermutung des § 19 III GWB setzt den Amtsermittlungsgrundsatz nicht außer Kraft, weswegen plausiblen Gründen, die gegen eine marktbeherrschende Stellung sprechen, nachzugehen ist.²⁰ Erst wenn nach Ausschöpfung aller Erkenntnismittel zur Feststellung der in § 19 II 1 Nr. 2 GWB aufgeführten Kriterien Zweifel darüber bestehen, ob eine marktbeherrschende Stellung anzunehmen ist oder nicht, greift die Vermutung.²¹ Letztlich spricht angesichts der jetzt schon einige Jahre anhaltenden Dominanz auf dem Suchmaschinenmarkt einiges dafür, Google als marktbeherrschend anzusehen. Der eigene Marktanteil ist trotz der Bemühungen der Konkurrenz in den letzten Jahren weltweit kontinuierlich gewachsen. Äußerungen von Yahoo, wonach gar nicht mehr versucht werde, Google's Top-Position anzugreifen, lassen erste Resignation erkennen und Microsoft verliert trotz des Einsatzes neuer Suchtechnologie weiter an Boden.

2. Diskriminierung bzw. Behinderung

§ 20 GWB verbietet eine unterschiedlichen Behandlung bzw. eine Behinderung. Beide Alternativen lassen sich oft nicht klar voneinander abgrenzen. Angesichts dessen, dass für die normative Bewertung trotz unterschiedlicher Formulierung („unbillig“ bzw. „ohne sachlich gerechtfertigten Grund“) der gleiche Maßstab gilt, soll dies hier nicht weiter thematisiert werden. Darin, dass ein Content-Anbieter in den Index einer marktbeherrschenden Suchmaschine aufgenommen wird, ein anderer aber nicht, liegt jedenfalls eine ungleiche Behandlung eines Unternehmens, die nachteilig die wettbewerbliche Betätigungsfreiheit des ausgeschlossenen Unternehmens schädigt und damit zugleich eine Behinderung²² darstellt.

Ob dem ausgeschlossenen Unternehmen der Geschäftsverkehr – also die Aufnahme in den Index - üblicherweise zugänglich ist, richtet sich nicht nach der Geschäftspraxis des Unter-

¹⁹ Vgl. *Hübschle*, in: Lange, Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 2001, § 2 Rdn 43.

²⁰ Vgl. *Hübschle*, in: Lange (FN 19), § 2 Rdn 45.

²¹ Vgl. Bunte (FN 18), S. 202.

²² Vgl. hierzu auch *BGH*, Urteil vom 22.9.1981, KVR 8/80, WuW/E BGH 1829, 1832, Original-VW-Ersatzteile II.

nehmens, dem ein Missbrauch seiner Marktmacht vorgeworfen wird, also der des Suchmaschinenbetreibers, sondern danach, was sich innerhalb der in Betracht kommenden Kreise in natürlicher wirtschaftlicher Entwicklung als allgemein geübt und als angemessen empfunden herausgebildet hat.²³ Üblicherweise wird die Webseite eines jeden Unternehmens in den Index aufgenommen, sofern die technischen Voraussetzungen gegeben sind (Suchmaschinen haben z.B. Probleme bei dynamischen Webseiten) und kein Ausschluss aufgrund eines Verstoßes gegen Qualitätsrichtlinien in einem automatisierten Verfahren festgestellt wurde. Dies gilt auch für „Newcomer“, deren wirtschaftliches Interesse daran, ihre wettbewerblichen Betätigungsmöglichkeiten frei zu entfalten, ebenfalls schutzwürdig ist.²⁴

Eine unterschiedliche Behandlung liegt grundsätzlich auch dann vor, wenn das Ranking einer Webseite manuell beeinflusst wird und sich nicht mehr alleine nach einer vorher festgelegten mathematischen Formel richtet. Angesichts dessen, dass der Algorithmus einer Suchmaschine von dieser aber immer als Betriebsgeheimnis angesehen und auch ständig weiterentwickelt und dabei verändert wird, ist es praktisch unmöglich, nachzuweisen, dass eine Webseite willkürlich schlechter eingestuft wird. Nur wenn dies, wie z.B. im Fall SearchKing, ausdrücklich zugestanden wird, kommt ein erfolgreiches Vorgehen in Frage.

3. Sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung

Die Missbrauchstatbestände der Behinderung bzw. Diskriminierung werden durch die normativen Tatbestandsmerkmale der Unbilligkeit bzw. der fehlenden sachlichen Rechtfertigung eingeschränkt, da sie ansonsten völlig konturlos wären. Beide folgen dem gleichen Prüfungsmaßstab.²⁵ Nach der Rechtsprechung bedarf es einer umfassenden Interessenabwägung unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB.²⁶ Interessen, die nicht mit der Rechtsordnung in Einklang stehen, sind dabei nicht berücksichtigungsfähig. Die Aufnahme einer Webseite mit rechtswidrigen Inhalten kann daher nicht begehrt werden. Hier überwiegt das Interesse des Suchmaschinenbetreibers, sich nicht einer Haftung für das Zugänglichmachen dieser Inhalte auszusetzen.²⁷

²³ Vgl. *BGH*, Urteil vom 6.10.1992, KZR 10/91, WuW/E BGH 2805, 2807 - Stromeinspeisung.; *BGH*, Beschluss vom 22.9.1981, KVR 8/80, WuW/E BGH 1829, 1833 ff., Original-VW-Ersatzteile II.

²⁴ Vgl. *BGH* WuW/E BGH 1567 ff. – Nordmende; *BGH* WuW/E BGH 1238 – Ersatzteile für Registrierkassen.

²⁵ Vgl. Emmerich, Kartellrecht, 9. Auflage, 2001, S. 188.

²⁶ Vgl. *BGH*, Urteil vom 28.9.1999, KZR 18/98, GRUR 2000, 344, 346 - Beteiligungsverbot für Schilderpräger; *BGH*, Urteil vom 27.4.1999, KZR 54/97, WuW/E DE-R 303, 305 f. – Taxi-Krankentransporte

²⁷ Siehe ausführlich zur Haftung von Suchmaschinen-Anbietern *Rath* (FN 16), S. 245 ff. m.w.N.

In der Praxis dürfte den Auswirkungen der Qualitätsrichtlinien der Suchmaschinen auf die Prüfung der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung die zentrale Rolle zukommen. Diese beschreiben einige der Praktiken, die zur dauerhaften Entfernung einer Webseite aus dem Google-Index oder zumindest zu einer Bestrafung – etwa der Herabsetzung des PageRanks - führen können. Google empfiehlt z.B. „Nehmen Sie nicht an Link-Programmen teil, die dazu dienen, Ihr Ranking oder Ihren PageRank-Wert zu verbessern. Meiden Sie insbesondere Links zu Webspammern oder "schlechte Nachbarschaft" im Web, da Ihr eigenes Ranking durch solche Links negativ beeinflusst werden kann.“ oder „Vermeiden Sie den Einsatz von "Brückenseiten" (Doorway-Seiten)²⁸, die speziell für Suchmaschinen erstellt werden“.

Grundsätzlich wird Suchmaschinen ein sehr großer Spielraum einzuräumen sein, wie sie ihre Suchergebnisse strukturieren und welche Verhaltensweisen sie als Spam-Methoden betrachten, die regelmäßig zu irreführenden Suchergebnissen führen. Problematisch ist es jedoch, wenn in automatisierten Verfahren Webseiten aus dem Index wegen bestimmter Verhaltensweisen ausgeschlossen werden, die in aller Regel zwar Spam-Seiten sein mögen, dies aber nicht notwendigerweise sein müssen. In Extremfällen mag es zu einem sog. Google Bowling gekommen sein, den Versuch, den Ausschluss der Webseite eines Konkurrenten aus dem Index einer Suchmaschine zu provozieren, indem mit dieser Spam betrieben wird, etwa die Webseite in zahlreichen Linkfarmen eingetragen wird.²⁹

Zwar wird angesichts der enormen Datenfülle des Internets auf ein automatisiertes Verfahren nicht verzichtet werden können, wenn aber ein Webmaster darlegt, er habe gar nicht gegen die Qualitätsrichtlinien verstoßen bzw. dieses Verhalten sei ihm nicht zuzurechnen, ist eine marktbeherrschende Suchmaschine verpflichtet, dem Wiederaufnahmeverlangen nachzukommen, weil es an einem sachlichen Grund für den Ausschluss fehlt. Hat er zwar einen Verstoß begangen, diesen jedoch eingestellt, ist es Frage des Einzelfalls (mehrmaliger Verstoß, Art und Schwere usw.), ob ein Anspruch besteht. Wenn ein Webmaster derzeit bemerkt, dass seine Webseite aus dem Index ausgeschlossen wurde, rät Google zu einem sog. Reinclude Request, nachdem die Webseite von den Spam „gesäubert wurde.“ Google gibt jedoch derzeit keine Garantie, ob oder wann eine Wiederaufnahme erfolgt.

²⁸ Für eine technische Beschreibung von Brückenseiten siehe <<http://www.linksandlaw.de/suchmaschinen-leitfaden-zur-Manipulation-von-Suchergebnissen-doorway-Pages1.htm>>.

²⁹ Ob es allerdings wirklich möglich ist, Webseiten von Konkurrenten auf diese Weise zu eliminieren, ist bislang nicht bewiesen. Vgl. <<http://www.linksandlaw.de/news258-google-bowling.htm>>.

4. Exkurs: Die Google Sandbox

Wie eingangs beschrieben, bestimmen Suchmaschinen das sog. Ranking einer Webseite mit Hilfe einer komplizierten Berechnungsformel, in die vielfältige Bewertungsfaktoren einfließen. Sofern jede in den Index aufgenommene Webseite nach den gleichen Faktoren beurteilt wird, sollte man an sich denken, dass hier kein Spielraum für die Anwendung des Kartellrechts besteht. Das ist an sich auch richtig, doch könnte es einzelne Faktoren geben, denen eine Diskriminierung immanent ist. Dazu könnte das Phänomen der sog. Google Sandbox zu zählen sein, welches neue Websites betrifft. Spammer versuchen Seiten durch verbotene Optimierungsmethoden eine möglichst gute Position bei Suchmaschinen zu verschaffen und z.B. mit den darauf angebrachten Werbebannern Geld zu verdienen. Sobald eine Webseite auffliegt und aus dem Index einer Suchmaschine verbannt wird, registrieren diese einfach eine neue Domain und beginnen von vorne. Um diesem unseriösen Treiben von Spammern zu begegnen, wird Google nachgesagt, neue Websites zunächst einmal in eine sog. Sandbox zu setzen. Dies hat zur Folge, dass sie zunächst nicht den anderen Faktoren entsprechend adäquat gelistet wird und praktisch keine Chance mehr hat, es auf eine der vorderen Positionen in den Suchergebnissen zu schaffen. Der Sandbox-Effekt macht es zumindest Newcomern schwer, von Anfang an mit alteingesessenen Unternehmen zu konkurrieren, die schon längere Zeit über eine Website verfügen. Ein marktstarkes Unternehmen darf immer nur solche Mittel einsetzen, die den Wettbewerb am wenigsten beeinträchtigen.³⁰ Ein solches Mittel wäre eine effizientere Ausfilterung von Webseiten mit Spam-Methoden. Angesichts dessen, dass diese auch immer mehr verfeinert und optimiert werden, sehen sich Suchmaschinen allerdings immer im Hintertreffen, um auf neuartige Manipulationsversuche zu reagieren. Ihr Interesse daran, den Index möglichst spamfrei zu halten und eine hohe Qualität der Suchergebnisse zu gewährleisten, um selber am Markt langfristig bestehen zu können, überwiegt hier derzeit das Interesse von Newcomern, von Anfang an eine Gleichbehandlung zu erfahren. Erst wenn sich effektivere Methoden zur Spam-Bekämpfung herauskristallisieren, könnte die Praxis der Sandbox kartellrechtlichen Bedenken nicht mehr standhalten.

³⁰ Vgl. *BGH*, Urteil vom 30.9.1971, WuW/E BGH 1200, 1204 – Vermittlungsprovision Flugpassagen; *BGH* Urteil vom 22.9.1981, WuW/E BGH 1829, 1838 – Original VW-Ersatzteile II.

5. Rechtsfolgen

§ 20 GWB ist Schutzgesetz i.S.d. § 33 GWB.³¹ Es besteht damit für den Verletzten ein Anspruch auf Unterlassung und Schadensersatz sowie auf Beseitigung (§ 1004 BGB analog). Aus dem Unterlassungsanspruch ergibt sich für ein marktbeherrschendes Suchmaschinenunternehmen die Pflicht, die diskriminierende bzw. behindernde Verletzungshandlung nicht weiter fortzusetzen. Bei der Nichtaufnahme einer Seite in den Index begründet dies einen Anspruch auf Gleichbehandlung durch Aufnahme in den Index. Diesen kann das behinderte Unternehmen im Wege der Leistungs- oder Feststellungsklage³² geltend machen. Da mit der Nichtlistung in einer marktbeherrschenden Suchmaschine erhebliche finanzielle Einbußen einher gehen können, kann der Aufnahmeanspruch auch im Wege des einstweiligen Verfügungsverfahrens geltend gemacht werden.

Der Anspruch richtet sich „nur“ auf eine Gleichbehandlung mit anderen Webseiten, also auf ein Ranking entsprechend des von einer Suchmaschine eingesetzten Algorithmus. Eine bestimmte Position der eigenen Webseiten in den Suchergebnislisten kann nicht verlangt werden. Die Befürchtung, in Zukunft würden Richter über den Wert einer Website und in Folge dessen auch über deren Position in den Suchergebnissen bestimmen, entbehrt jeglicher rechtlicher Grundlage.

6. Konkurrenzen

Anspruchsgrundlage kann neben § 20 GWB grundsätzlich auch § 19 GWB sein. Beide Vorschriften überschneiden sich in ihren Anwendungsbereichen. Verhaltensweisen, die eine unbillige Behinderung und/oder eine ungerechtfertigte unterschiedliche Behandlung i.S.d. § 20 GWB darstellen, gehen in aller Regel auch auf eine mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung nach § 19 IV Nr. 1 GWB zurück und beeinträchtigen die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund.

³¹ Vgl. *BGH* WuW/E BGH 442 – Gummistrümpfe; *BGH* WuW/E BGH 1391, 1395 – Rossignol.

³² Zum erforderlichen Feststellungsinteresse in diesem Fall vgl. *BGH*, Urteil vom 17.1.1979 – Nordmende, WuW/E BGH 1567; *BGH*, Urteil vom 24.3.1981 – SB-Verbrauchermarkt, WuW/E BGH 1793, 1794; *Immenga/Möschel*, *GW*B-Kommentar, 3. Auflage, 2001, § 20 Rdn 231 m.w.N.

Ob daneben auch noch Anspruchsgrundlagen außerhalb des Kartellrechts in Betracht kommen, soll im Folgenden dargelegt werden. Dabei geht es vor allem darum, ob auch gegen nicht marktbeherrschende Suchmaschinen ein Vorgehen Erfolg versprechend ist.

IV. Ansprüche aus dem UWG

§ 4 Nr.10 UWG kodifiziert die früher unter § 1 a.F. UWG anerkannte Fallgruppe der individuellen Wettbewerbsbehinderung. Da eine Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten der Mitbewerber aber jedem Wettbewerb zu eigen ist, bedarf es zur Annahme einer wettbewerbswidrigen Beeinträchtigung eines Verhaltens, das zielgerichtet den Mitbewerber an seiner Entfaltung zu hindern und ihn dadurch zu verdrängen sucht.³³ Ohne eine solche Zweckrichtung kann eine Behinderung nur festgestellt werden, wenn der beeinträchtigte Mitbewerber seine Leistung am Markt durch eigene Anstrengung nicht mehr in angemessener Weise zur Geltung bringen kann. Dies lässt sich nur durch eine umfassende Interessenabwägung im Einzelfall ermitteln,³⁴ könnte aber grundsätzlich beim Ausschluss einer Webseite aus dem Suchmaschinenindex der Fall sein, insbesondere bei reinen Online-Händlern, die auf den Traffic von Suchmaschinen existenziell angewiesen sind.

Soweit nach dem GWB allerdings ein Verhalten aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung gebilligt wird, verstößt es in aller Regel auch nicht gegen das UWG. Die Wertungen des Kartellrechts dürfen nicht auf dem Umweg des UWG unterlaufen werden. Die Bedeutung des UWG-Anspruchs liegt aber darin, dass er nicht an eine bestehende Marktmacht anknüpft, weshalb er grundsätzlich gegen jede Suchmaschine gerichtet sein kann und nicht nur gegen eine marktbeherrschende. Jedoch dürfte auch hier der praktische Anwendungsbereich nur ein sehr geringer sein: Für die Anwendbarkeit des § 4 Nr. 10 UWG muss nämlich zunächst einmal eine Wettbewerbshandlung i.S.d. § 2 I Nr. 1 UWG vorliegen. Es ist also erforderlich, dass die behindernde Maßnahme mit dem Ziel getätigt wurde, eigenen oder fremden Wettbewerb zu fördern. Dies wird in der Regel nur der Fall sein, wenn das behinderte und das behindernde Unternehmen auf dem gleichen Markt tätig sind. Dann überschneiden sich die Anwendungsbereiche von GWB und UWG und sind beide Gesetze nebeneinander anwendbar.³⁵ Relevant wird dies insbesondere, wenn Suchmaschinen neben ihrer Haupttätigkeit andere Dienstleis-

³³ Nicht genügend ist es jedoch, wenn sich die Behinderung lediglich als Folge des Wettbewerbs darstellt. Siehe die amtliche Begründung zu § 4 Nr. 10, BT-Drs. 15/1487, S. 19.

³⁴ Vgl. *BGH GRUR* 2001, 1061 – mitwohnzentrale.de.

³⁵ Vgl. *ImmengalMöschel* (FN 32), § 20 Rdn 245.

tungen anbieten (z.B. Bildbearbeitungssoftware oder Dating-Seiten) und damit auf Drittmärkten mit anderen Anbietern in Wettbewerb treten. Sofern sie dann deren Website aus ihren Index entfernen, kann es zu einer unzulässigen Behinderung kommen. Sofern diese, was Frage des Einzelfalls ist, als unerheblich anzusehen ist, wäre sie hinzunehmen (§ 3 UWG).

V. Ansprüche aus dem Telekommunikationsrecht – §§ 16 ff. TKG

Zwar kennt auch das TKG in den §§ 16 ff. Zugangsregelungen, doch scheidet ein Anspruch auf Aufnahme in den Index schon deshalb aus, weil Suchmaschinen bei dieser Leistung nicht als Telekommunikationsanbieter auftreten.³⁶ Nach der Legaldefinition des § 3 Nr. 24 TKG sind Telekommunikationsdienste in der Regel gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, einschließlich Übertragungsdienste in Rundfunknetzen. Telekommunikation wird in § 3 Nr. 22 TKG als der technische Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Signalen mittels Telekommunikationsanlagen definiert. Anders als bei einem reinen Internet-Access-Dienst steht bei Suchmaschinen die Vermittlung von Informationen und nicht die Übermittlung von Signalen über ein Telekommunikationsnetz im Vordergrund. Sie erbringen keine Transportleistung. Es handelt sich bei ihnen vielmehr um Teledienste. Suchmaschinen sind zwar bisher nicht ausdrücklich dem TDG zugewiesen, werden jedoch zutreffend als „Angebote zur Nutzung des Internets“ unter § 2 Abs. 2 Nr. 3 TDG subsumiert.³⁷ Dies wird durch die Gesetzesbegründung gestützt, nach der vom TDG die von den Zugangsvermittlern – insbesondere Online-Anbietern – bereitgestellten Angebote zur Nutzung der neuen Dienste (z.B. Navigationshilfen) erfasst werden.³⁸ Teledienste werden mittels Telekommunikation erbracht. Sie setzen diese voraus, sind aber nicht mit ihr identisch.

VI. Ansprüche aus dem Rundfunkrecht

Der RStV normiert insbesondere in § 53 Zugangsansprüche bzw. Abwehransprüche gegen Ungleichbehandlungen. § 53 I 1 RStV ist nicht einschlägig, weil er lediglich die Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen verpflichtet, Suchmaschinen aber keine Transportleistung erbringen. In sehr speziellen Fällen könnten Suchmaschinen aber von § 53 I 2 RStV

³⁶ So auch *Schulz/Held/Laudien* (FN 6), S. 57 f.

³⁷ Vgl. *Rath* (FN 16), S. 253 ff. m.w.N.; *von Lackum*, MMR 1999, 697,698; *Engel-Flechsigt/Maennel/Tettenborn*, NJW 1997, 2981, 2983; a.A. *Schulz/Held/Laudien* (FN 6), S. 40 ff.

³⁸ Vgl. BT-Drs. 13/7385, S. 19.

erfasst werden, der eine unbillige Behinderung bzw. eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung der Anbieter von Rundfunk oder Telemedien verbietet. Telemedien werden zwar nicht im RStV, aber im JMStV in § 3 II Nr. 1 als „Teledienste im Sinne des Teledienstegesetzes und Mediendienste im Sinne des Mediendienste-Staatsvertrags, sofern sie nicht Rundfunk im Sinne des Rundfunkstaatsvertrags sind“, legal definiert. Suchmaschinen können grundsätzlich Normadressat sein, sofern sie durch den Einsatz von Conditional Access-Systemen oder Navigatoren beeinflussen, welche Rundfunkprogramme bzw. Telemedien Nutzer erreichen.

1. Suchmaschinen als elektronische Informationshilfen

Navigatoren können entscheidende Bedeutung für das Auswahlverhalten eines Zuschauers und damit für den Zugang zum Programmangebot erlangen. Systeme, die als übergeordnete Programmhilfen für alle über ein System angebotene Dienste verwendet werden, müssen deshalb einen chancengleichen und nicht diskriminierenden Zugang zur Auswahl der Programme gewährleisten. Navigatorensysteme dürfen Zuschauer nicht einseitig und interessenorientiert führen. Dies gilt auch, wenn Fernsehprogramme über das Internet verbreitet werden. Die Nutzer der Suchmaschinen, nicht jedoch diese selber, steuern allerdings bisher die Auswahl. Solange nicht auf der Startseite einer Suchmaschine eine Übersicht über z.B. Rundfunkangebote angeboten wird, sondern Nutzer durch die Wahl eines Suchbegriffs entscheiden, welche Übersicht ihnen präsentiert wird, können Suchmaschinen nicht als übergeordnete Benutzeroberfläche angesehen werden. Im Zuge der fortschreitenden Erschließung der Vermarktung von Filmen und TV-Produktionen im Internet durch Suchmaschinen könnten sich hier aber in der Zukunft Ansprüche ergeben.

2. Suchmaschinen als Zugangsberechtigungssystem

Als Zugangsberechtigungssystem können Suchmaschinen ebenfalls nicht eingestuft werden. Ein Conditional Access-System soll sicher stellen, dass Rundfunkprogramme und -dienste nur von den Fernsehhaushalten genutzt werden können, die dazu berechtigt sind (§ 53 I 2 Nr. 1 RStV). Suchmaschinen verwenden derzeit aber keine Verschlüsselungssysteme. Soweit sie überhaupt eine Suche nach Fernsehprogrammen ermöglichen, verlinken sie lediglich für alle zugänglich diejenigen Webseiten, auf denen das Programm letztlich abgerufen werden kann. Google hat beispielsweise auf Grundlage der Textinformationen, die viele Sender parallel zu Bild und Ton versteckt mitübertragen, eine Datenbank erstellt, in der die Programme der US-Sender ABC, PBS, Fox News und C-SPAN erfasst sind.

Fazit

Aufgrund des hohen wirtschaftlichen Schadens, den ein Unternehmen erleiden kann, wenn seine Website quasi über Nacht aus dem Index verbannt oder auf andere Weise abgestraft wird, verwundert es nicht, dass diese vermehrt Gerichte um Hilfe anrufen. In Deutschland könnten zumindest die §§ 19, 20 GWB ein Schutzinstrument gegen eine mögliche Willkür marktbeherrschender Suchmaschinen bieten. Dies hängt wesentlich davon ab, ob Gerichte einen Markt für die Aufnahme in den Index anerkennen werden. Ggf. ist hier ansonsten der Gesetzgeber gefragt, steuernd einzugreifen und ein spezielles Instrumentarium gegen den Missbrauch von Marktmacht von Internetanbietern zu schaffen. Der derzeitige Zustand, bei dem Anbieter oft keine Möglichkeit haben, nachzuvollziehen, ob, wie und warum sie bestraft wurden, und nicht wissen, wie sie sich rechtfertigen und eine Wiederaufnahme erreichen können, erscheint auf Dauer nicht hinnehmbar.