

Martin Peitz, Heike Schweitzer\*

## Suchmaschinen unter der Lupe: Informationsherrschaft und ihre Schranken

Suchmaschinen ermöglichen Nutzern einen schnellen Zugang zu Informationen, die sie konkret suchen oder dort erst entdecken. Sie haben sich zu wichtigen Informationsintermediären entwickelt. In der breit geführten Debatte über eine mögliche Regulierung von Suchmaschinen sprechen sich die Autoren gegen eine Ex-ante-Regulierung aus. Das Wettbewerbsrecht reiche aus, um vor marktbezogenen Formen des Missbrauchs von „Informationsmacht“ zu schützen. Es sollte aber über neue Methoden zur Ermittlung des Missbrauchs von Marktmacht nachgedacht werden. Die regulierende Funktion, die Suchmaschinen mit Blick auf den Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf ihrer Plattform wahrzunehmen haben, rechtfertigt es aus Sicht der Autoren nicht, Suchmaschinen zu einem neuen „regulierten Sektor“ zu erklären.

Suchmaschinen sind, wie Vergleichs- und Bewertungsportale, wichtige Informationsintermediäre im Internet. Sie sammeln in automatisierter Weise Daten und Inhalte von Webseiten und erstellen auf dieser Grundlage einen Index, in dem Internetadressen mit verschiedenen Suchwörtern verknüpft sind. Bei der Sucheingabe durch einen Nutzer durchsucht ein Suchalgorithmus den so erstellten Index und wirft nach Maßgabe bestimmter Relevanzkriterien eine Liste von Treffern aus. Relevanzkriterien, die dabei eine Rolle spielen können, sind etwa die Häufigkeit der „Klicks“ durch andere Nutzer, die Zahl der Verlinkungen durch andere Webseiten oder – im Falle einer Personalisierung – auch nutzerspezifische Interessen. Für Nutzer sind Suchmaschinen häufig der erste Ausgangspunkt bei der Orientierung im Internet. Umgekehrt werden gerade neue und weniger bekannte Internetanbieter erst mithilfe von Suchdiensten auffindbar. Eventuell werden auch Inhalte über Personen auffindbar, die diese Personen zurückhalten möchten. Die Kritik an Suchmaschinen hat daher zwei Richtungen. Erstens wird Google als der meistbenutzten horizontalen Suchmaschine vorgeworfen, es priorisiere entgegen den im Übrigen verwendeten Relevanzkriterien bei bestimmten Suchanfragen die vertikal verbundenen Unternehmen. Zweitens wird hinterfragt, ob Suchmaschinen auf die alle öffentlich verfügbaren Informationen verweisen dürfen.

### Suchmaschinen als „Gatekeeper“ zum Internet: Verpflichtung zur Suchneutralität?

Die besondere Bedeutung von Suchmaschinen und die starke Konzentration von Suchanfragen bei Google haben Fragen nach der „informationellen Macht“ von Google auf-

geworfen<sup>1</sup> und Anlass zu einer genaueren Auseinandersetzung mit der Marktstellung des Konzerns gegeben. Häufig wird von einem 90%igen Anteil von Google an den allgemeinen Suchanfragen gesprochen.<sup>2</sup> Die Nutzerbindung ist stark. Zwar ist die parallele Nutzung verschiedener Suchmaschinen (sogenanntes Multi-Homing) für die Nutzer grundsätzlich einfach. Die individuellen Wechselkosten sind niedrig. Netzwerkeffekte können gleichwohl zu erheblichen Marktzutrittschranken führen.<sup>3</sup> Hier entstehen Marktzutrittschranken dann, wenn eine zeitnah koordinierte Abwanderung breiter Nutzergruppen zu Wettbewerbern schwierig oder unwahrscheinlich ist. Sie entstehen auch, wenn es Netzwerkeffekte aufgrund eines Pools von weit zurückliegenden Suchanfragen gibt, so dass ein Wettbewerber über längere Zeit diese Netzwerkeffekte nicht

\* Eine Vorfassung dieser Arbeit wurde als Teil eines Berichts zu „Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen“ im Rahmen des BMWi-Projekts „Fachdialog Ordnungsrahmen für die digitale Wirtschaft“ verfasst (H. Schweitzer, T. Fetzer, M. Peitz, ZEW Discussion Paper, Nr. 16-042). Die hier dargelegten Ansichten sind die Ansichten der Autoren.

1 Vgl. z.B. A. Heinemann: Google als kartellrechtliches Problem?, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Vorträge und Berichte Nr. 213, 2015; T. Körber: Google im Fokus des Kartellrechts, in: Wettbewerb in Recht und Praxis – WRP, 58. Jg. (2012), S. 761-772; M. Klotz: Google und Facebook im Kontext von Art. 102 AEUV, in: Wirtschaft und Wettbewerb – WuW 2016, H. 2, S. 58-65; J. Haucap, C. Kehder: Suchmaschinen zwischen Wettbewerb und Monopol: Der Fall Google, DICE – Ordnungspolitische Perspektiven, Nr. 44, 2013; F. Wagner-von Papp: Should Google's Secret Sauce Be Organic?, in: Melbourne Journal of International Law, 16. Jg. (2015), H. 2.

2 Vgl. <https://seo-summary.de/suchmaschinen-marktanteile-europa/> (5.9.2016).

3 Monopolkommission: Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten 68, 2015, Rn. 204 ff.; B. Paal: Immaterialgüter, Internetmonopole und Kartellrecht, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR-Beilage), Nr. 1/2014, S. 69-76.

**Prof. Dr. Martin Peitz** lehrt Angewandte Mikroökonomik an der Universität Mannheim und ist Direktor des Mannheim Centre for Competition and Innovation.

**Prof. Dr. Heike Schweitzer** lehrt Bürgerliches Recht, Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht an der Freien Universität Berlin und ist geschäftsführende Direktorin des Instituts für deutsches und europäisches Wirtschafts-, Wettbewerbs- und Regulierungsrecht.

realisieren kann. Googles Datenpool zum Suchverhalten der Nutzer würde dem Unternehmen dann erhebliche Größenvorteile bei der auf vergangenes Nutzerverhalten beruhenden Verbesserung der Suchergebnisse verschaffen.<sup>4</sup> Allerdings ist unklar, wie viele Daten über Nutzerverhalten einem Wettbewerber zur Verfügung stehen müssen, um in der Lage zu sein, qualitativ hochwertige Suchergebnisse bereitzustellen. Hohe Marktzutrittsschranken dürfen ferner nicht unterstellt werden, ohne vorab zu überprüfen, ob Wettbewerber möglicherweise auf Daten aus anderen Quellen zurückgreifen können, die ebenso für die Zwecke einer Suchmaschine taugen. Beispielsweise verfügt eine Verkaufsplattform über eigene Daten der Produktsuche.

Bei der EU-Kommission ist gegenwärtig ein Verfahren wegen einer möglichen Privilegierung des Google-Preisvergleichsdienstes bei der organischen Suche anhängig.<sup>5</sup> Die (hier unterstellte) Privilegierung wird von der Kommission vorläufig als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV) qualifiziert. Zu klären ist dabei im ersten Schritt, ob die Suchmaschine Google tatsächlich über einen vom Wettbewerb nicht kontrollierten Verhaltensspielraum verfügt. Dies hängt nach herkömmlicher Betrachtungsweise maßgeblich davon ab, ob die kostenlose Internetsuche einen relevanten Markt im Sinne des Wettbewerbsrechts darstellt. Von der EU-Kommission wurde diese Frage 2010 in einem Verfahren offengelassen.<sup>6</sup> Im laufenden Verfahren zum Google-Preisvergleichsdienst scheint die Kommission von einem solchen Markt auszugehen.<sup>7</sup> Dies wird trotz fehlender Entgeltbeziehung zu den

- 4 Vgl. Monopolkommission, a.a.O., Rn. 201; T. Höppner, J. F. Graben-schröder: Marktabgrenzung bei mehrseitigen Märkten am Beispiel der Suchmaschinen, in: NZKart – Neue Zeitschrift für Kartellrecht, H. 4/2015, S. 163 f., 166 f.
- 5 Europäische Kommission: Pressemitteilung vom 15.4.2015, IP/15/4780 – Übermittlung der Beschwerdepunkte zu Googles Preisvergleichsdienst; Europäische Kommission, Memo/15/4781 vom 15.4.2015.
- 6 Vgl. Europäische Kommission vom 18.2.2010, COMP/M. 5727, Rn. 86 – Microsoft/Yahoo! Search Business.
- 7 Europäische Kommission, Memo/15/4781, a.a.O.

Nutzern auch von der wohl überwiegenden Auffassung in der Literatur bejaht.<sup>8</sup> Zur Begründung wird zum Teil darauf abgestellt, dass die Nutzer für die Nutzung einer Suchmaschine mit Aufmerksamkeit und gegebenenfalls mit Daten „bezahlen“, und damit in einer für Suchmaschinenbetreiber werthaltigen „Währung“, die im Rahmen der gezielten Werbung („targeted advertising“) und bei der Entwicklung anderer Dienste monetarisiert werden kann.<sup>9</sup> Nach anderer Ansicht reicht für die Annahme einer Marktbeziehung bereits die Verknüpfung eines unentgeltlichen Angebots mit einer entgeltlichen Seite aus.<sup>10</sup> Die Google-Suchmaschine erfüllt ohne Weiteres beide Kriterien.

Die Annahme einer Marktbeziehung besagt noch nichts über die konkrete Marktabgrenzung. Geht man vom Bedarfsmarktkonzept aus, so muss in Rechnung gestellt werden, dass Nutzer in verschiedenen Kontexten zur Auffindung relevanter Inhalte im Internet auf verschiedene Suchangebote zurückgreifen. Es muss daher die Substituierbarkeit zwischen allgemeinen Suchanfragen auf horizontalen Suchmaschinen und Suchanfragen andernorts – unter anderem auf spezialisierten vertikalen Suchmaschinen<sup>11</sup> – untersucht werden. Auch Verkäufer und Verkaufsplattformen werden von Nutzern teilweise als Suchmaschine eingesetzt – so etwa Amazon bei der Produktsuche.<sup>12</sup> Umgekehrt verknüpfen Suchmaschinen zunehmend Suchdienste und Inhalteangebote, zeigen also bei einer allgemeinen Suche bereits Karten, Wetterinformationen oder – soweit es um die Produktsuche geht – Kaufgelegenheiten mit an.<sup>13</sup> Es erscheint vor diesem Hintergrund sinnvoll, über

- 8 Vgl. für das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) nunmehr auch: § 18 Abs. 2a des Referentenentwurfs des BMWi zu einem 9. GWB-Änderungsgesetz vom 27.6.2016: „Der Annahme eines Marktes steht nicht entgegen, dass eine Leistung unentgeltlich erbracht wird.“ Ausführlich: Bundeskartellamt: Hintergrundpapier: Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz, Oktober 2015, S. 15 f., mit weiteren Nachweisen zur Entscheidungspraxis der EU-Kommission. Vgl. ferner Bundeskartellamt: Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 36 ff. Aber OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.1.2015, VI Kart 1/14, in: NZKart – Neue Zeitschrift für Kartellrecht, 2015, 148 – HRS.
- 9 Vgl. Bundeskartellamt: Hintergrundpapier: Digitale Ökonomie ..., a.a.O., S. 16, mit weiteren Nachweisen.
- 10 Bundeskartellamt: Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen ... a.a.O., S. 42.
- 11 Diese sind auf spezielle Suchanfragen, z.B. nach Bildern, Videos, Nachrichten oder bestimmten Produkten und Dienstleistungen, ausgerichtet.
- 12 Vgl. auch Monopolkommission, a.a.O., Rn. 182; Kommission vom 18.2.2010, a.a.O., Rz. 31; R. Dewenter, J. Rösch, A. Terschüren: Abgrenzung zweiseitiger Märkte am Beispiel von Internetsuchmaschinen, in: NZKart – Neue Zeitschrift für Kartellrecht, Nr. 10/2014, S. 387-392.
- 13 Vgl. Monopolkommission, a.a.O., Rn. 183. Zur Weiterentwicklung von Suchmaschinenanbietern von Inhaltevermittlern zu Inhalteanbietern vgl. ferner D. Dörr, A. Natt: Suchmaschinen und Meinungsvielfalt – Ein Beitrag zum Einfluss von Suchmaschinen auf die demokratische Willensbildung, in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM), 58. Jg. (2014), H. 11, S. 829-847; D. A. Crane: Search Neutrality and Referral Dominance, in: Journal of Competition Law & Economics, 8. Jg. (2012), H. 3, S. 461-462.

differenzierte Marktabgrenzungen (anhand von Suchkategorien mit Blick auf bestimmte Absichten von Suchenden) nachzudenken:<sup>14</sup> Je nach Art der Suchanfrage kann sich die Substituierbarkeit anders darstellen. So können bei tourismusbezogenen Anfragen Reiseportale wie Tripadvisor oder auch Hotelbuchungsportale in Betracht kommen.<sup>15</sup> Geht es – wie im laufenden Google-Shopping-Verfahren – um die Produktsuche, so ist an Amazon oder verschiedene Produktvergleichs- und Verkaufsportale zu denken. Die Substituierbarkeit verschiedener Suchangebote aus Nutzersicht ist stets eine empirische Frage – deren Beantwortung angesichts der sich schnell verändernden Marktgegebenheiten mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein kann.

Die Frage nach der Marktmacht von Google hängt eng mit der Marktabgrenzung zusammen: Ob und in welchem Maße die Marktstellung von Google bestreitbar ist, hängt maßgeblich von alternativen Suchmöglichkeiten ab.<sup>16</sup> Die Vorstellung, der fortbestehende Innovationsdruck (plakatativ beschrieben durch: „competition is just one click away“) reiche für eine wettbewerbliche Kontrolle des Verhaltensspielraums von Google grundsätzlich und in jeder Hinsicht aus, ist abzulehnen.<sup>17</sup> Andererseits sind die hohen Marktanteile von Google für sich genommen kein hinreichendes Indiz für fehlende Bestreitbarkeit. Auch bei der Feststellung von Marktmacht stehen die Wettbewerbsbehörden vor schwierigen Fragen.<sup>18</sup>

Die großen Unsicherheiten bei der Marktabgrenzung und Marktmachtbestimmung in so dynamischen Bereichen wie der Internetsuche geben Anlass zum Nachdenken über alternative Herangehensweisen bei der Ermittlung von Verstößen gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Wettbewerbsrechtlich relevante Marktmacht ist nach allgemeiner Ansicht definiert als ein

wesentlicher, durch Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierter Verhaltensspielraum.<sup>19</sup> Die Frage, ob ein solcher Verhaltensspielraum besteht, lässt sich sinnvoll immer nur mit Blick auf ein spezifisches, potenziell wettbewerbswidriges Verhalten stellen – mit Blick also auf eine konkrete „theory of harm“: Ein Verhaltensspielraum muss nicht notwendig bezüglich jeder Dimension des wettbewerblichen Verhaltens unkontrolliert sein; bei der Manipulation von Suchergebnissen entgegen einem auf Relevanz basierten Algorithmus etwa kann er – selbst bei bestehendem Innovationsdruck – möglicherweise aus der Intransparenz des Verhaltens für Nutzer folgen. Ist die „theory of harm“ eine Verdrängung von Wettbewerbern auf an die Suchfunktionalität angrenzenden Märkten, so kann es im Anschluss sinnvoll sein, zunächst nach einer feststellbaren Verdrängung zu fragen: Das möglicherweise rechtswidrige Verhalten müsste dazu führen, dass auf dem infrage kommenden angrenzenden Markt nur noch Unternehmen verbleiben, die in ihrem Marktverhalten von dem beherrschenden Unternehmen abhängen.<sup>20</sup> Lässt sich ferner ein Kausalzusammenhang zwischen dem nicht vom Wettbewerb kontrollierten Verhalten und der Verdrängung etablieren, so ist die Marktmacht indiziert. Eine Marktabgrenzung auf Grundlage der herkömmlichen Methodik kann dann entbehrlich sein.

Das Google-Shopping-Verfahren wirft somit neue und schwierige Fragen auf. Es hat darüber hinaus den Anstoß für eine breit geführte Debatte über eine Verpflichtung von Google zur „Suchneutralität“ gegeben.<sup>21</sup> Google, so die Annahme, sei in ähnlicher Weise wie Netzbetreiber zu einer grundlegenden Infrastruktur des Internets geworden. Die Offenheit und Freiheit des Internets könne nur durch weit gefasste Diskriminierungsverbote gewährleistet werden. Suchneutralität im Sinne einer Objektivität der Suche oder eines Diskriminierungsverbots, wie es im Kontext der Netzneutralitätsdebatte für Telekommunikationsnetzbetreiber gefordert wird,<sup>22</sup> kann es für Suchmaschinenbetreiber nicht geben. Aufgabe einer Suchmaschine ist es, für den Nutzer relevante Ergebnisse herauszufiltern. Die Suchmaschine muss also selektieren und zwischen ver-

14 Einen Ansatz, der horizontale von vertikalen Suchen und Suchen innerhalb sozialer Netzwerke abgrenzen will, verfolgen beispielsweise T. Höppner, J. F. Grabenschroer, a.a.O., S. 162 ff.; sowie R. Dewenter, J. Rösch, A. Terschüren, a.a.O. Die Kommission hat zumindest erwogen, andere technische Suchdienste, wie beispielsweise Online-Adressverzeichnisse oder sogar Offline-Suchdienste mit in den Markt einzubeziehen, siehe Kommission vom 18.2.2010, a.a.O.

15 Vgl. Monopolkommission, a.a.O., Rn. 194, 244.

16 Das BKartA hat vor dem Hintergrund dieser Unsicherheiten im Verfahren VG Media nur von einer starken Marktposition von Google gesprochen – vgl. BKartA, Beschluss vom 8.9.2015, Rn. 153 ff. – VG Media.

17 In diesem Sinne auch der Referentenentwurf des BMWi zum 9. GWB-Änderungsgesetz vom 27.6.2016, Begründung zu § 18 Abs. 3a Nr. 5, S. 51: „Würde allein die Aussicht, dass eine marktbeherrschende Position irgendwann wegfallen könnte, zu ihrer Verneinung führen, blieben bis dahin z.B. Vorwürfe missbräuchlicher Ausnutzung dieser Stellung per se einer Prüfung entzogen“.

18 Für Kriterien, die bei der Feststellung von Marktmacht erheblich sind, wenn Netzwerkeffekte eine wesentliche Rolle spielen, siehe § 18 Abs. 3a des Referentenentwurfs des BMWi zum 9. GWB-Änderungsgesetz vom 27.6.2016: Direkte und indirekte Netzwerkeffekte; ein mögliches Multi-Homing und Wechselkosten; Größenvorteile durch Netzwerkeffekte; Zugang zu Daten; innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck.

19 E.-J. Mestmäcker, H. Schweitzer: Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., München 2014, § 17 Rn. 33, mit weiteren Nachweisen.

20 EuGH 21.2.1973, Rs. 6/72, Slg. 1973, 218 Rn. 26 – Continental Can.

21 Vgl. z.B. D. A. Crane: Search Neutrality as an Antitrust Principle, in: George Mason Law Review, 19. Jg. (2012), H. 5, S. 1199-1209; B. Paal: Internet-Suchmaschinen im Kartellrecht, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil, H. 11/2015, S. 997-1005. Kritisch z.B. Monopolkommission, a.a.O., S. 100 Rn. 267 f.

22 Zur Netzneutralitätsdebatte vgl. S. Greenstein, M. Peitz, T. Valletti: Net Neutrality: A Fast Lane to Understanding the Trade-offs, in: Journal of Economic Perspectives, 30. Jg. (2016), H. 2, S. 127-149; sowie T. Fetzer, M. Peitz, H. Schweitzer: Die Netzneutralitätsdebatte aus ökonomischer Sicht, in: Wirtschaftsdienst, 92. Jg. (2012), H. 11, S. 777-783, <http://archiv.wirtschaftsdienst.eu/jahr/2012/11/die-netzneutralitaetsdebatte-aus-oekonomischer-sicht/> (21.10.2016).

schiedenen Angeboten diskriminieren. Die Suche nach Relevanzkriterien, die den Interessen der Nutzer entsprechen, ist Gegenstand des Wettbewerbs und Teil eines innovativen Entdeckungsprozesses. In diesen sollte behördlich nicht eingegriffen werden.<sup>23</sup> Der exakte Suchalgorithmus stellt ein Geschäftsgeheimnis dar. Seine behördliche Überwachung im Sinne einer wie auch immer verstandenen „Neutralität“ wäre auch praktisch kaum möglich.

Gerechtfertigt sein kann demgegenüber ein Gebot, selbstprivilegierende Suchergebnisse, die entgegen der eigenen Relevanzkriterien auf einem herausgehobenen Platz angezeigt werden, als Werbung zu kennzeichnen. Ein solches Gebot kann sich – für sämtliche Suchmaschinen – bereits aus dem Lauterkeitsrecht ergeben.<sup>24</sup> Dies ändert nichts an der auch kartellrechtlichen Relevanz des Verhaltens, wenn es auf der Grundlage fehlender Wettbewerbskontrolle Verdrängungswirkung im Wettbewerb hat. Die industrieökonomische Literatur untermauert die Einschätzung, dass eine Suchmaschine einen Anreiz zur Selbstprivilegierung hat und damit Wettbewerber im nachgelagerten Markt benachteiligen kann.<sup>25</sup> Ein solches Verhalten ist dann als missbräuchlicher Marktmachttransfer einzustufen.

23 Dies gilt auch, wenn eine marktmächtige Suchmaschine unter Umständen Anreize hat, nicht immer die relevantesten Ergebnisse zu priorisieren und organische Suchresultate verzerrt wiedergibt. Durch eine weniger hilfreiche Präsentation könnten Nutzer längere Zeit mit der Suchmaschine verbringen, was dieser gegebenenfalls zusätzliche Erlöse über Werbeschaltungen oder Einnahmen durch bezahlte Weiterleitungen beschert, vgl. A. Hagiu, B. Jullien: Why Do Intermediaries Divert Search?, in: Rand Journal of Economics, 42. Jg. (2011), H. 2, S. 337-362. Darunter leidet die Qualität der Suchmaschine, und es entsteht eine Ineffizienz aufgrund von Marktmacht. Eine andere Erklärung für eine verzerrte Darstellung von Suchresultaten ist das Interesse einer Suchmaschine, den Wettbewerb zwischen Werbenden zu reduzieren, um damit die Werbeeinnahmen der Suchmaschine zu erhöhen, vgl. Y. Chen, C. He: Paid Placement: Advertising and Search on the Internet, in: Economic Journal, 121. Jg. (2011), H. 556, S. F309-F328; und K. Eliaz, R. Spiegler: A Simple Model of Search Engine Pricing, in: Economic Journal, 121. Jg. (2011), H. 556, S. F329-F339. Das kann mit einer Benachteiligung solcher Anbieter einhergehen, die nur über organische Suchergebnisse gefunden werden können. Soweit derartige Praktiken nicht mit einer Verdrängungswirkung für Wettbewerber verbunden sind, lassen sie sich nach europäischem und deutschem Wettbewerbsrecht allenfalls als Ausbeutungsmisbrauch erfassen. Dieser wird von den Wettbewerbsbehörden nur verfolgt, wenn der Wettbewerb nachhaltig und dauerhaft gestört ist.

24 Ausführlicher hierzu: H. Schweitzer, T. Fetzer, M. Peitz: Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, ZEW Discussion Paper, Nr. 16-042 (2016), S. 11 f.

25 Vgl. die formalen Analysen von E. Tarantino: A Simple Model of Vertical Search Engines Foreclosure, in: Telecommunications Policy, 37. Jg. (2013), H. 1, S. 1-12, A. de Cornière, C. Taylor: Integration and Search Engine Bias, in: Rand Journal of Economics, 45. Jg. (2014), H. 3, S. 576-597; und R. Burguet, R. Caminal, M. Ellman: In Google We Trust?, in: International Journal of Industrial Organization, 39. Jg. (2015), H. 1, S. 44-55. Einen Überblick über diese Arbeiten gibt Abschnitt 10.4.2. in: M. Peitz, M. Reisinger: Media Economics of the Internet, in: S. Anderson, D. Stromberg, J. Waldfogel (Hrsg.): Handbook of Media Economics, Bd. 1A, Amsterdam 2016, S. 445-530.

Das Lauterkeitsrecht gibt damit eine Handhabe gegen intransparentes und irreführendes Verhalten, das Kartellrecht zusätzlich eine Handhabe gegen eine marktbedingte Verdrängung von Wettbewerbern. Gegenüber der These, dass Google wegen seiner hervorgehobenen Stellung eine besondere gesamtgesellschaftliche Verantwortung bzw. eine besondere Verantwortung für die öffentliche Meinungsbildung zukomme,<sup>26</sup> ist hingegen Zurückhaltung geboten: Angesichts der Vielfalt von Nachrichtenangeboten und Plattformen des Meinungsaustausches im Internet ist eine Meinungsmacht von Google derzeit nicht naheliegend.

### Informationsintermediäre und Persönlichkeitsrechte

Die zeitlich und örtlich potenziell unbeschränkte Auffindbarkeit von einer immer weiter anwachsenden Menge von personenbezogenen Daten, wie sie durch Suchmaschinen möglich wird, geht allerdings mit Gefährdungen für das allgemeine Persönlichkeitsrecht einher. Insbesondere natürliche Personen können ein Interesse daran haben, dass personenbezogene Informationen nicht (mehr) aufgefunden werden.

In seinem Urteil vom 13.5.2014 in der Sache Google Spain<sup>27</sup> hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) ein „Recht auf Vergessenwerden“ anerkannt und Suchmaschinenbetreibern weitreichende Verpflichtungen auferlegt. Damit will der EuGH den mit ihrer Tätigkeit verbundenen besonderen Gefahren für das Grundrecht auf Achtung des Privatlebens und für die Herrschaft über die eigene Person betreffende Informationen Rechnung tragen. Der EuGH hat zunächst festgestellt, dass eine Suchmaschine in dem Maße, in dem sie das Internet automatisch, kontinuierlich und systematisch auf veröffentlichte personenbezogene Informationen durchforstet, selbst „personenbezogene Daten“ verarbeitet. Dass die personenbezogenen Daten bereits unabhängig davon im Internet veröffentlicht waren, ändert daran laut EuGH nichts. Als derjenige, der über die Zwecke und Mittel der Suchtätigkeit entscheide, habe der Suchmaschinenbetreiber in seinem Verantwortungsbereich im Rahmen seiner Befugnisse und Möglichkeiten sicherzustellen, dass die rechtlichen Anforderungen an die Bearbeitung personenbezogener Daten eingehalten werden.<sup>28</sup> Die Verarbeitung personenbezogener Daten durch einen Suchmaschinenbetreiber könne das Grundrecht auf Achtung des Privatlebens und auf den Schutz

26 So aber B. Paal: Vielfaltssicherung im Suchmaschinen-Sektor, in: Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP), 48. Jg. (2015), H. 2, S. 34-39, mit weiteren Nachweisen. Vgl. auch D. Dörr, A. Natt, a.a.O. Die Frage, in welchem Umfang sich Google selbst auf den Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG berufen kann, muss dabei nicht abschließend geklärt werden.

27 EuGH 13.5.2014, Rs. C-131/12 – Google Spain.

28 Ebenda, Rn. 38.

personenbezogener Daten erheblich beeinträchtigen. Die Ergebnisliste, die ein Suchmaschinenbetreiber bereitstellt, ermögliche es den Internetnutzern, einen „strukturierten Überblick über die zu der betreffenden Person im Internet zu findenden Information zu erhalten, die potenziell zahlreiche Aspekte von deren Privatleben betreffen und ohne die betreffende Suchmaschine nicht oder nur sehr schwer hätten miteinander verknüpft werden können“<sup>29</sup>. Angesichts der Schwere dieses Eingriffs muss ein Suchmaschinenbetreiber im Einzelfall einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Interesse der Internetnutzer an Information und dem Recht der betroffenen Person auf Entfernung des Links herstellen. Der Ausgleich kann von der Art der Information, der Sensibilität für das Privatleben der betroffenen Person und dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit abhängen.<sup>30</sup> Regelmäßig überwiegen die Interessen der betroffenen Person. Das Recht auf Löschung und auf „Vergessenwerden“ ist nunmehr auch in Artikel 17 der Datenschutz-Grundverordnung normiert.

Die Diskussion über Verantwortlichkeit und Haftung von Suchmaschinenbetreibern ist nicht auf das „Recht auf Vergessenwerden“ beschränkt. Fragen ergeben sich auch bei der Autovervollständigungs-Funktion („autocomplete“) im Suchfeld, die während der Eingabe Suchvorschläge macht. Die Suchvorschläge werden unter anderem auf der Grundlage der Häufigkeit früherer Eingaben, des Ortes der Suche, der Sprache und der Suchhistorie des Benutzers generiert. Der Bundesgerichtshof hat 2013 in einem viel diskutierten Urteil die Voraussetzungen für die Haftung des Suchmaschinenbetreibers für persönlichkeitsrechtsverletzende Autocomplete-Vorschläge konkretisiert.<sup>31</sup> Aktuell wird eine mögliche diskriminierende Wirkung von Autocomplete-Vorschlägen diskutiert.<sup>32</sup>

29 Ebenda, Rn. 80.

30 Ebenda, Rn. 81.

31 BGH 14.5.2013, VI ZR 269/13, NJW 2013, 2348 – autocomplete.

32 <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/digitale-diskriminierung-luecke-zwischen-algorithmus-und-mensch-a-1082219.html> (5.9.2016).

Die Diskussion darüber, ob hier ein rechtliches Eingreifen geboten ist, steht erst am Anfang.

### Zusammenfassung

Die öffentliche Debatte über eine mögliche „informationelle Macht“ von Suchmaschinen hat viele Facetten, die unterschiedlich zu verorten sind, und auf die das Recht differenzierte Antworten finden muss: Google ist unter Umständen insoweit marktmächtig, als eine selektive Begünstigung der Suchtreffer für verbundene Unternehmen auf (einigen) angrenzenden Märkten Verdrängungswirkung zeitigen kann. Dies bedeutet jedoch nicht, dass Google über Meinungsmacht verfügt. Eine Ex-ante-Regulierung des Suchalgorithmus ist abzulehnen. Soweit Marktmacht feststellbar ist – womöglich auf der Grundlage der Identifikation eines von Wettbewerb abgeschotteten Verhaltens und einer darauf beruhenden Verdrängung von Wettbewerbern – bietet das Wettbewerbsrecht ein wirksames Interventionsinstrumentarium. Die aufgezeigte alternative Prüfungsmethodik kann auch in dynamischen Märkten ein schnelles Eingreifen ermöglichen, indem sie eine vorangestellte Abgrenzung des „Suchmarktes“ auf der Grundlage der herkömmlichen Kriterien entbehrlich macht.

Ein besonderes Gefährdungspotenzial für das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist nicht auf marktbeherrschende Suchmaschinen beschränkt, sondern allen Suchmaschinen gemein. Suchmaschinenbetreiber sind auf der Grundlage geltenden Rechts verpflichtet, dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht Rechnung zu tragen, insbesondere auch das „Recht auf Vergessenwerden“ unter Abwägung gegen das Informationsinteresse sicherzustellen. In dieser Hinsicht übernehmen Suchmaschinenbetreiber selbst – überwacht durch die Gerichte – eine (vorläufig) regulierende Funktion. Dies rechtfertigt es jedoch nicht, Suchmaschinen zu einem neuen „regulierten Sektor“ zu erklären.

#### Title: *Search Engines Under Investigation: Informational Power and Its Limits*

**Abstract:** *Informational power by search engines should be analysed from different perspectives. On the one hand, unlimited access to personal data can be in conflict with the interests of individuals whose data can be accessed. These interests are part of a right to privacy, including a “right to be forgotten,” which, however, must be balanced against the public interest in disclosure of information. Balancing these conflicting interests is a difficult task – a task that lies with the search engines themselves. On the other hand, firms and individuals may have an interest in their information to be found, in particular (but not only) for commercial purposes. Suppressing or “downgrading” this information as displayed to users may significantly reduce visibility. In light of these interests, it has been proposed to oblige search engines to implement “search neutrality”; i.e., that they have to present search results in an unbiased way. In this article, we take a clear position against ex ante regulation. Instead, competition law provides a sufficient framework, to protect against the abuse of “informational” market power. We sketch a new approach that may allow competition law to be applied more quickly in dynamic markets such as internet search markets.*

**JEL Classification:** K20, K21, L40