

Peitz, Martin; Schweitzer, Heike

Working Paper

Suchmaschinen unter der Lupe: Informationsherrschaft und ihre Schranken

ZEW Discussion Papers, No. 16-069

Provided in Cooperation with:

ZEW - Leibniz Centre for European Economic Research

Suggested Citation: Peitz, Martin; Schweitzer, Heike (2016) : Suchmaschinen unter der Lupe: Informationsherrschaft und ihre Schranken, ZEW Discussion Papers, No. 16-069, Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW), Mannheim, <https://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bsz:180-madoc-415264>

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/147249>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

Discussion Paper No. 16-069

**Suchmaschinen unter der Lupe:
Informationsherrschaft
und ihre Schranken**

Martin Peitz und Heike Schweitzer

ZEW

Zentrum für Europäische
Wirtschaftsforschung GmbH

Centre for European
Economic Research

Discussion Paper No. 16-069

**Suchmaschinen unter der Lupe:
Informationsherrschaft
und ihre Schranken**

Martin Peitz und Heike Schweitzer

Download this ZEW Discussion Paper from our ftp server:

<http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp16069.pdf>

Die Discussion Papers dienen einer möglichst schnellen Verbreitung von neueren Forschungsarbeiten des ZEW. Die Beiträge liegen in alleiniger Verantwortung der Autoren und stellen nicht notwendigerweise die Meinung des ZEW dar.

Discussion Papers are intended to make results of ZEW research promptly available to other economists in order to encourage discussion and suggestions for revisions. The authors are solely responsible for the contents which do not necessarily represent the opinion of the ZEW.

SUCHMASCHINEN UNTER DER LUPE:¹

INFORMATIONSHERRSCHAFT UND IHRE SCHRANKEN

MARTIN PEITZ, UNIVERSITÄT MANNHEIM UND MACCI

HEIKE SCHWEITZER, FREIE UNIVERSITÄT BERLIN

Suchmaschinen ermöglichen Nutzern einen schnellen Zugang zu Informationen, die sie konkret suchen oder die sie durch die Suchmaschine entdecken. Sie haben sich zu wichtigen Informationsintermediären entwickelt. Aufgrund ihrer zentralen Rolle in der Informationsvermittlung und der herausgehobenen Stellung von Google wird in der Öffentlichkeit die Frage nach einer Regulierung gestellt. Die „Informationsherrschaft“ hat dabei verschiedene Seiten: Zum einen kann die unbegrenzte Auffindbarkeit personenbezogener Information mit den Interessen der Betroffenen kollidieren. Das „Interesse an der Unauffindbarkeit“ ist Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und mittlerweile als ein „Recht auf Vergessen“ anerkannt – das allerdings in Spannung zum ebenfalls grundrechtlich geschützten Informationsinteresse der Öffentlichkeit steht. Suchmaschinen müssen diese Interessen gegeneinander abwägen. Mit der „Regulierung“ gegenläufiger informationeller Interessen obliegt ihnen eine schwierige Aufgabe. Zum anderen gibt es – nicht zuletzt im kommerziellen Bereich – häufig ein Interesse an der Auffindbarkeit, das berührt ist, wenn Information im Widerspruch zu Relevanzkriterien unterdrückt bzw. benachteiligt wird. Unter dem Begriff „Suchneutralität“ ist gefordert worden, Suchmaschinen auch hinsichtlich der Auffindbarkeit von Information eine öffentliche Regulierungsfunktion zuzuweisen. In diesem Artikel sprechen wir uns gegen eine solche ex-ante-Regulierung aus. Das Wettbewerbsrecht reicht aus, um vor marktbezogenen Formen des Missbrauchs von „Informationsmacht“ zu schützen. Mit Blick auf die vielfältigen offenen Fragen in der Anwendung des Wettbewerbsrechts zeigen wir einen neuen Ansatz auf.

¹ Eine Vorfassung dieser Arbeit wurde als Teil eines Berichts zu „Digitalen 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 No. 16-042). Die hier dargelegten Ansichten sind die Ansichten der Autoren.

Title: Search engines under investigation: Informational power and its limits

Abstract:

Search engines allow users quick access to information, which they are trying to find or discover through the search engine. Thus, search engines have become important information intermediaries. Due to their central role in information exchange and the prominent role played by Google, part of the public debate focuses on the question whether – and if so how – there is a need for regulatory intervention.

Informational power by search engines should be analyzed 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. “Regulating” these conflicting interests is a difficult task – a task that lies with the search engines.

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

1. Einleitung

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 gesamte öffentlich verfügbare Information verweisen dürfen. Im Folgenden werden wir uns mit diesen beiden Kritikpunkten auseinandersetzen.

2. 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 aufgeworfen² und Anlass zu einer genaueren Auseinandersetzung mit der Marktstellung von Google gegeben. Häufig wird von einem 90 %igen Anteil von Google an den allgemeinen Suchanfragen gesprochen.³ Die Nutzerbindung ist stark. Zwar ist die parallele Nutzung verschiedener Suchmaschinen (sog. Multi-Homing) für die Nutzer grundsätzlich einfach. Die individuellen Wechselkosten sind niedrig. Netzwerkeffekte können gleichwohl zu erheblichen Marktzutrittsschranken führen.⁴ Hier entstehen Marktzutrittsschranken 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 realisieren kann. Googles Datenpool betreffend das Suchverhalten der

² Siehe 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, Wettbewerb in Recht und Praxis - WRP, 58. Jg. (2012), S. 761-772; M. Klotz, Google und Facebook im Kontext von Art. 102 AEUV, 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 Secrete Sauce Be Organic?, Melbourne Journal of International Law, 16. Jg. (2015), H. 2; u.a.

³ Siehe <https://seo-summary.de/suchmaschinen-marktanteile-europa/> (5.9.2016).

⁴ Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, Rn. 204 ff.; B. Paal, Immaterialgüter, Internetmonopole und Kartellrecht, in: GRUR-Beilage (2014), H. 1, S. 69-76.

Nutzer würde dem Unternehmen dann erhebliche Größenvorteile bei der auf vergangenem Nutzerverhalten beruhenden Verbesserung der Suchergebnisse verschaffen.⁵ Allerdings ist unklar, wieviele 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 betreffend eine mögliche Privilegierung des Google-Preisvergleichsdienstes bei der organischen Suche anhängig.⁶ 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 in einem Verfahren aus 2010 offengelassen.⁷ Im laufenden Verfahren betreffend den Google-Preisvergleichsdienst scheint die Kommission von einem solchen Markt auszugehen.⁸ Die fehlende Entgeltbeziehung zu den Nutzern steht der Annahme eines Marktes nach mittlerweile wohl überwiegender Auffassung nicht entgegen.⁹ Zur Begründung wird zum Teil darauf abgestellt, dass die Nutzer für die Nutzung einer Suchmaschine mit Aufmerksamkeit und ggfs. Daten „bezahlen“, und damit in einer für Suchmaschinenbetreiber werthaltigen „Währung“, die im Rahmen des „targeted advertising“ und bei der Entwicklung anderer Dienste monetarisiert werden kann.¹⁰ Nach anderer Ansicht reicht für die Annahme einer Marktbeziehung bereits die Verknüpfung eines unentgeltlichen Angebots mit einer entgeltlichen Seite aus.¹¹ Die Google Suchmaschine erfüllt ohne Weiteres beide Kriterien.

⁵ Siehe Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, Rn. 201; T. Höppner, J. F. Grabenschröer, Marktabgrenzung bei mehrseitigen Märkten am Beispiel der Suchmaschinen, in: NZKart (2015), H. 4, S. 162-168 (163f.) (166f.).

⁶ Europäische Kommission, Pressemitteilung v. 15.4.2015, IP/15/4780 – Übermittlung der Beschwerdepunkte zu Googles Preisvergleichsdienst; Europäische Kommission, Memo/15/4781 v. 15.4.2015.

⁷ Siehe Kommission v. 18.2.2010, COMP/M. 5727, Rn. 86 – *Microsoft/Yahoo! Search Business*.

⁸ Europäische Kommission, Memo/15/4781 v. 15.4.2015.

⁹ Siehe für das GWB nunmehr auch: § 18 Abs. 2a des Referentenentwurfs des BMWi zu einem 9. GWB-Änderungsgesetz v. 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. m.w.N. zur Entscheidungspraxis der EU-Kommission. Siehe ferner Bundeskartellamt, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 36 ff. A.A. aber OLG Düsseldorf, Beschluss v. 9.1.2015, VI Kart 1/14, NZKart 2015, 148 – HRS.

¹⁰ Siehe Bundeskartellamt, Hintergrundpapier: Digitale Ökonomie – Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz, Oktober 2015, S. 16 m.w.N.

¹¹ Bundeskartellamt, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 42.

Die Annahme einer Marktbeziehung besagt noch nichts für 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, sogenannten vertikalen Suchmaschinen¹² – untersucht werden. Auch Verkäufer und Verkaufsplattformen werden von Nutzern teilweise als Suchmaschine eingesetzt – so etwa Amazon bei der Produktsuche.¹³ Umgekehrt verknüpfen Suchmaschinen zunehmend Suchdienste und Inhalteangebote, zeigen also bei einer allgemeinen Suche bereits Karten, Wetterinformationen oder – insoweit es um die Produktsuche geht – Kaufgelegenheiten mit an.¹⁴ Es erscheint vor diesem Hintergrund sinnvoll, über differenzierte Marktabgrenzungen (anhand von Suchkategorien / mit Blick auf bestimmte Absichten von Suchenden) nachzudenken:¹⁵ 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.¹⁶ 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.¹⁷ Die Vorstellung, der fortbestehende Innovationsdruck (plakativ beschrieben durch „competition is just one click away“) reiche für eine wettbewerbliche Kontrolle des Verhaltensspielraums von Google grundsätzlich und in

¹² Diese sind auf spezielle Suchanfragen, wie beispielsweise Suchanfragen nach Bildern, Videos, Nachrichten oder bestimmten Produkten und Dienstleistungen etc., ausgerichtet.

¹³ Siehe auch Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, Rn. 182; Kommission v. 18.2.2010, COMP/M. 5727 – *Microsoft/Yahoo! Search Business*, Rz. 31; R. Dewenter, J. Rösch, A. Terschüren, Abgrenzung zweiseitiger Märkte am Beispiel von Internetsuchmaschinen, NZKart 2014, S. 387-392.

¹⁴ Siehe Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, Rn. 183. Zur Weiterentwicklung von Suchmaschinenanbietern von Inhaltevermittlern zu Inhalteanbietern siehe ferner D. Dörr, A. Natt, Suchmaschinen und Meinungsvielfalt - Ein Beitrag zum Einfluss von Suchmaschinen auf die demokratische Willensbildung, in: ZUM (2014), S. 829-847; D. A. Crane, Search Neutrality and Referral Dominance, in: Journal of Competition Law & Economics, 8. Jg. (2012), H. 3, S. 459-468, insbesondere S. 461-462.

¹⁵ Einen Ansatz, der horizontale von vertikalen Suchen und Suchen innerhalb sozialer Netzwerke abgrenzen will, verfolgen bspw. T. Höppner, J. F. Grabenschroer, in: NZKart (2015), S. 162ff.; in die gleiche Richtung gehen auch R. Dewenter, J. Rösch, A. Terschüren, a.a.O. Die Kommission hat insoweit zumindest erwogen, andere technische Suchdienste, wie bspw. Online-Adressverzeichnisse oder sogar offline-Suchdienste mit in den Markt miteinzubeziehen – siehe Kommission v. 18.2.2010, COMP/M. 5727, Rz. 86 – *Microsoft/Yahoo! Search Business*.

¹⁶ Siehe Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 2015, Rn. 194, 244.

¹⁷ Das BKartA hat vor dem Hintergrund dieser Unsicherheiten im Verfahren *VG Media* nur von einer starken Marktposition von Google gesprochen – siehe BKartA, Beschluss v. 8.9.2015 Rn. 153 ff. – *VG Media*.

jeglicher Hinsicht aus, ist abzulehnen.¹⁸ Andererseits sind die hohen Marktanteile von Google für sich genommen kein hinreichendes Indiz für fehlende Bestreitbarkeit. Auch bei der Feststellung von Marktmacht sind die Wettbewerbsbehörden damit vor schwierige Fragen gestellt.¹⁹

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. Das Wesen von wettbewerbsrechtlich relevanter Marktmacht ist nach allgemeiner Ansicht ein wesentlicher, durch Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierter Verhaltensspielraum,²⁰ wenn dieser mit der Gefahr von schweren Beeinträchtigungen des Wettbewerbs verbunden ist. Die Frage, ob ein solcher Verhaltensspielraum besteht, lässt sich sinnvoll immer nur mit Blick auf ein spezifisches, potentiell wettbewerbswidriges Verhalten stellen – mit Blick also auf eine konkrete „theory of harm“: Ein unkontrollierter Verhaltensspielraum muss nicht notwendig bezüglich jeder Dimension des wettbewerbslichen Verhaltens bestehen; bei der Manipulation von Suchergebnissen entgegen einem auf Relevanz basierten Algorithmus etwa kann sie – 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 an diese Feststellung sinnvoll sein, zunächst nach einer feststellbaren Verdrängung zu fragen: Das möglicherweise rechtswidrige Verhalten müsste dazu führen, dass auf dem in Frage stehenden angrenzenden Markt nur noch Unternehmen verbleiben, die in ihrem Marktverhalten von dem beherrschenden Unternehmen abhängen.²¹ Lässt sich ferner ein Kausalzusammenhang zwischen dem nicht von Wettbewerb kontrollierten Verhalten und der Verdrängung etablieren, so ist die Marktmacht indiziert. Eine Marktabgrenzung auf der 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.²² Google, so die Annahme, sei in ähnlicher Weise wie

¹⁸ In diesem Sinne auch der Referentenentwurf des BMWi zu einem 9. GWB-Änderungsgesetz v. 27.6.2016, Begründung zu § 18 Abs. 3a Nummer 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“.

¹⁹ Für Kriterien, die bei der Feststellung von Marktmacht erheblich sind, wenn Netzwerkeffekte eine wesentliche Rolle spielen, siehe § 18 Abs. 3a des Referentenentwurfs des BMWi zu einem 9. GWB-Änderungsgesetz v. 27.6.2016: Direkte und indirekte Netzwerkeffekte; ein mögliches Multihoming und Wechselkosten; Größenvorteile durch Netzwerkeffekte; Zugang zu Daten; innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck.

²⁰ E.-J. Mestmäcker, H. Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., München, 2014, § 17 Rn. 33 m.w.N.

²¹ EuGH 21.2.1973, Rs. 6/72, Slg. 1973, 218 Rn. 26 – *Continental Can*.

²² Siehe dazu 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: *GRUR Int.* (2015), S. 997-1005. Kritisch z.B. Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, S. 100 Rn. 267 f.

Netzbetreiber zu einer grundlegenden Infrastruktur des Internet geworden. Die Offenheit und Freiheit des Internet könne nur durch weit gefasste Diskriminierungsverbote gewährleistet werden.

Suchneutralität im Sinne einer Objektivität der Suche oder im Sinne eines klar strukturierten und durchsetzbaren Diskriminierungsverbots, wie es im Kontext der Netzneutralitätsdebatte für Telekommunikationsnetzbetreiber gefordert wird,²³ kann es für Suchmaschinenbetreiber nicht geben. Aufgabe einer Suchmaschine ist es, für den Nutzer relevante Ergebnisse herauszufiltern. Die Suchmaschine muss also selektieren und zwischen verschiedenen 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.²⁴ 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 unter Verstoß gegen die 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.²⁵ 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

²³ Zur Netzneutralitätsdebatte siehe 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.

²⁴ Dies gilt ungeachtet der Einsicht, dass eine marktmächtige Suchmaschine unter Umständen Anreize hat, nicht immer die relevantesten Ergebnisse zu priorisieren und die organischen Suchresultate verzerrt wiederzugeben. Durch eine weniger hilfreiche Präsentation können nämlich möglicherweise Nutzer längere Zeit mit der Suchmaschine verbringen, was dieser unter Umständen 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 damit eine Ineffizienz aufgrund von Marktmacht. Eine andere Erklärung für eine verzerrte Darstellung von Suchresultaten ist das Interesse einer Suchmaschine, 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. Spiegel, A Simple Model of Search Engine Pricing, in: Economic Journal, 121. Jg. (2011), H. 556, S. F329-F339. Das kann einhergehen mit einer Benachteiligung solcher Anbieter, die nur über die organischen 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 Ausbeutungsmissbrauch erfassen. Er wird von den Wettbewerbsbehörden nur verfolgt, wenn der Wettbewerb nachhaltig und dauerhaft gestört ist.

²⁵ Ausführlicher hierzu: H. Schweitzer, T. Fetzer, M. Peitz, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, ZEW Discussion Paper No. 16-042 (2016), S. 11 f.

kann.²⁶ Ein solches Verhalten ist dann als missbräuchlicher Marktmachttransfer einzustufen (siehe dazu bereits oben).²⁷

Das Lauterkeitsrecht gibt damit eine Handhabe gegen intransparentes und irreführendes Verhalten, das Kartellrecht zusätzlich eine Handhabe gegen eine machtbedingte Verdrängung von Wettbewerbern. Gegenüber der These, dass Google angesichts seiner hervorgehobenen Stellung eine besondere gesamtgesellschaftliche Verantwortung bzw. eine besondere Verantwortung für die öffentliche Meinungsbildung zukomme,²⁸ ist hingegen Zurückhaltung geboten: Angesichts der Vielfalt von Nachrichtenangeboten und Plattformen des Meinungsaustausches im Internet ist eine *Meinungsmacht* von Google derzeit nicht naheliegend.

3. Informationsintermediäre und Persönlichkeitsrechte

Die zeitlich und örtlich potentiell 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 Information nicht (mehr) aufgefunden wird.

In seinem Urteil vom 13.5.2014 in der Sache *Google Spain*²⁹ hat der 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 Information 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 Information 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

²⁶ Siehe 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, Band 1A, Amsterdam, 2016, S. 445-530.

²⁷ Die sog. Leverage-Doktrin besagt, dass ein marktmächtiges Unternehmen Wettbewerber auf Märkten für Komplementärprodukte ganz oder teilweise verdrängen kann und dadurch kurz- oder langfristig seine Gewinne erhöhen kann. Diese Doktrin wurde von der Chicago Law School infrage gestellt (siehe z.B. R. Bork, The Antitrust Paradox, New York, 1978). Neuere industrieökonomische Arbeiten bestätigen aber die Validität dieser Doktrin.

²⁸ So aber B. Paal, Vielfaltssicherung im Suchmaschinenektor, ZRP (2015), S. 34-39 mit weiteren Nachweisen. Siehe auch D. Dörr, A. Natt, Suchmaschinen und Meinungsvielfalt – Ein Beitrag zum Einfluss von Suchmaschinen auf die demokratische Willensbildung, ZUM (2014), S. 829-847. 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.

²⁹ EuGH 13.5.2014, Rs. C-131/12 – *Google Spain*.

Möglichkeiten sicherzustellen, dass die rechtlichen Anforderungen an die Bearbeitung personenbezogener Daten eingehalten werden (Randnummer 38). Die Verarbeitung personenbezogener Daten durch einen Suchmaschinenbetreiber könne das Grundrecht auf Achtung des Privatlebens und auf den Schutz 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“ (Randnummer 80). 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 (Randnummer 81). Regelmäßig überwiegen die Interessen der betroffenen Person. Das Recht auf Lösung 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 „Autocomplete“-Funktion 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 BGH hat im Jahr 2013 in einem viel diskutierten Urteil die Voraussetzungen für die Haftung des Suchmaschinenbetreibers für persönlichkeitsrechtsverletzenden Autocomplete-Vorschläge konkretisiert.³⁰ Aktuell wird eine mögliche diskriminierende Wirkung von Autocomplete-Vorschlägen diskutiert.³¹ Die Diskussion darüber, ob hier ein rechtliches Eingreifen geboten ist, steht erst am Anfang.

3. 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. Insoweit Marktmacht feststellbar ist – womöglich auf der Grundlage der Identifikation eines von Wettbewerb abgeschotteten Verhaltens und einer darauf beruhenden Verdrängungswirkung von Wettbewerbern – bietet das Wettbewerbsrecht ein wirksames Interventionsinstrumentarium. Die in diesem Artikel aufgezeigte alternative Prüfungsmethodik kann auch in dynamischen Märkten ein schnelles Eingreifen ermöglichen,

³⁰ BGH 14.5.2013, VI ZR 269/13, NJW 2013, 2348 – autocomplete.

³¹ <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/digitale-diskriminierung-luecke-zwischen-algorithmus-und-mensch-a-1082219.html> (5.9.2016).

indem sie eine vorangestellte Abgrenzung des „Suchmarktes“ auf der Grundlage der herkömmlichen Kriterien entbehrlich macht.

Ein besonderes Gefährdungspotential 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.