

Dorothea Heilmann

Recht auf Vergessenwerden

Harmonisierung eines datenschutz- und äußerungsrechtlichen
Abwägungssystems im Fall von Auslistungsansprüchen



Nomos

Schriften zum Medien- und Informationsrecht

herausgegeben von
Prof. Dr. Boris P. Paal, M.Jur.

Band 62

Dorothea Heilmann

Recht auf Vergessenwerden

Harmonisierung eines datenschutz- und äußerungsrechtlichen
Abwägungssystems im Fall von Auslistungsansprüchen



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Leipzig, Univ., Diss., 2022

ISBN 978-3-8487-8966-5 (Print)

ISBN 978-3-7489-3240-6 (ePDF)

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Oktober 2020 von der Juristenfakultät der Universität Leipzig als Dissertation angenommen. Sie entstand größtenteils während meiner Tätigkeit am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Medienrecht. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Februar 2022 berücksichtigt werden.

An dieser Stelle möchte ich allen Menschen meinen großen Dank aussprechen, die mich bei der Anfertigung meiner Dissertation unterstützt haben.

Mein besonderer Dank gilt allen voran meinem Doktorvater Herr Prof. Dr. *Hubertus Gersdorf*, der mir überhaupt den Anstoß für die der Arbeit zugrundeliegende Fragestellung gegeben hat. Ich danke ihm für seinen Zuspruch und den Freiraum, den er mir beim Verfassen meiner Arbeit eingeräumt hat. Herrn Prof. Dr. *Jochen Rozek* danke ich vielmals für die Erstellung des Zweitgutachtens sowie ebenfalls für seine Unterstützung.

Großer Dank gebührt außerdem meinen Lehrstuhlkolleg:innen, welche mir mit Rat und Tat zur Seite standen, mit denen ich mich stets über die Thematik austauschen konnte und die mein Manuskript kritisch und kompetent durchgesehen haben.

Ganz besonders möchte ich in diesem Zusammenhang meiner Freundin und Kollegin Frau Dr. *Katrin Giere* danken. Mit ihr waren selbst die Tage, an denen die Motivation nicht auf dem Höchststand war, im Ergebnis doch erfolgreiche Tage – was meist aus anregenden Gesprächen bei einem Kaffee über soziale Netzwerke und Suchmaschinen resultierte.

Schließlich möchte ich mich auch bei meiner gesamten Familie, insbesondere bei meinen Eltern und meinem Partner bedanken, die mich während meiner juristischen Ausbildung und beim Verfassen der Arbeit in jeder Lebenslage unterstützt und mir stets Rückhalt gegeben haben – ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Leipzig, im März 2022

Dorothea Heilmann

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	13
I. Untersuchungsgegenstand	16
II. Methode und Gang der Untersuchung	17
B. Grundlagen und Definitionen	19
I. Suchmaschinen	19
II. Algorithmen	22
III. Algorithmusbasierte Suchmaschinen	23
1. Crawler	24
2. Indexer	24
3. Abfragemodul	25
4. PageRank-Algorithmus	25
IV. Suchmaschinenmodelle	27
V. Google als Suchmaschinenmodell	28
C. Grundrechtliche Einordnung von Suchmaschinen	30
I. Stand der Rechtsprechung	30
1. Europäische Rechtsprechung	32
2. Nationale Rechtsprechung	33
3. Fazit	36
II. Weitergehender Grundrechtsschutz: Kommunikationsgrundrechte	37
1. Grundrechtsschutz nach Art. 11 Abs. 1 GRCh; Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 bzw. Satz 2 Var. 1 oder 2 GG	38
a) Genuiner Grundrechtsschutz gem. Art. 11 Abs. 1 Satz 2 GRCh; Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 GG (Ergebnisliste)	39
(1) Schutzbereich auf europäischer Ebene	39
(2) Schutzbereich auf nationaler Ebene	40
(b) Eigene Meinung	41
(c) Zwischenfazit	51

b) Genuiner Grundrechtsschutz gem. Art. 11 Abs. 1 Satz 2 GRCh; Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Var. 1 oder 2 GG (Vermittlungsprozess)	51
(1) Schutzbereich auf europäischer Ebene	52
(2) Schutzbereich auf nationaler Ebene	53
(a) Allgemeinheit und Kommunikationsinhalte	54
(b) Presse	55
(c) Rundfunk	56
(d) Abgrenzung	58
(i) Notwendigkeit	58
(ii) Bisherige Abgrenzung	59
(iii) Fortentwicklung der Abgrenzungskriterien – Konvergenz der Medien	60
(iv) Einheitliches Grundrecht der Medienfreiheit	64
(3) Einordnung von Suchmaschinen	64
(a) Allgemeinheit	66
(b) Wirkungsweise	68
(i) Rundfunk	68
(ii) Presse	71
(c) Zwischenfazit	73
c) Annexgrundrechtsschutz nach Art. 11 Abs. 1 Satz 2 GRCh; Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Var. 1 GG (Vermittlungsprozess)	73
(1) Begriffsbestimmung: „Annex“	74
(2) Einordnung von Suchmaschinen	74
(a) Kompatibilität der Sachverhalte	76
(b) Medienbezug	78
(c) Bindung	78
(d) Notwendigkeit / Beschränkung bei staatlicher Regulierung	82
(3) Zwischenfazit	83
d) Fazit	84
2. Google als Grundrechtsverpflichtete	84
a) Unmittelbare Grundrechtsbindung	86
b) Gesteigerte mittelbare Grundrechtswirkung	89
c) Zwischenfazit	94
III. Fazit	94

D. Harmonisierung eines Abwägungssystems i.B.a. Auslistungsansprüche	96
I. Medienprivileg	96
II. Abwägungssysteme des Äußerungs- und Datenschutzrechts	101
1. Normative Verortung und allgemeine Strukturvorgaben der Rechtsprechung	101
a) Äußerungsrecht	102
(1) Nationale Ebene	102
(a) Allgemeines Persönlichkeitsrecht	102
(b) Abwägungsregeln	104
(i) Verfassungsrechtliche Direktiven: Wortberichterstattung	107
a. Tatsachenbehauptungen und Werturteile	107
b. Betroffene Sphäre	111
c. Abwägung mit dem Interesse der Öffentlichkeit (Vermutungsregel)	112
(ii) Verfassungsrechtliche Direktiven: Bildberichterstattung	114
(iii) Besonderheit: Äußerungen im Internet	117
a. Internetspezifische Besonderheiten	118
b. Abwägung	119
(2) Europäische Ebene	122
(3) Zwischenfazit	124
b) Datenschutzrecht	124
(1) Recht auf informationelle Selbstbestimmung	125
(2) Abwägungsregeln	127
(a) Art. 17 Abs. 3 lit. a DSGVO: Vorrang des Rechts auf Meinungs- und Informationsfreiheit?	128
(b) Art. 17 Abs. 3 lit. b und c DSGVO: Vorrang des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung?	129
(c) Art. 6 Abs. 1 lit. e und f DSGVO	130
(i) Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO: Anwendbarkeit?	130
(ii) Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO: Vorrang des Rechts der Meinungs- und Informationsfreiheit?	132
(d) Art. 21 DSGVO: Vorrang des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung?	133
(e) Sphärentheorie	134

(f) Zwischenfazit	135
2. Urteilsanalyse zu Online-Medien/Intermediären	136
(1) Äußerungsrecht	137
(a) EGMR, Ents. v. 4.12.2018 – 62721/13 – Bild GmbH & Co KG vs. Germany; Axel Springer AG vs. Germany	138
(b) EGMR, Urt. v. 28.6.2018 – 60798/10 – M.L. und W.W. vs. Germany (Sedlmayr)	139
(c) EGMR, Urt. v. 19.10.2017 – 71233/13 – Fuchsmann vs. Germany	140
(d) BVerfG, Beschl. v. 7.7.2020 – 1 BvR 146/17 – Verdachtsberichterstattung	141
(e) BVerfG, Beschl. v. 6.11.2019 – 1 BvR 16/13 – Recht auf Vergessen I	143
(e) BGH, Urt. v. 18.12.2018 – VI ZR 439/17 – Online-Pressearchiv IV	145
(f) BGH, Urt. v. 22.2.2011 – VI ZR 114/09 – Online-Pressearchiv III	147
(g) BGH, Urt. v. 9.2.2010 – VI ZR 243/08 – Online-Pressearchiv II	148
(h) BGH, Urt. v. 15.12.2009 – VI ZR 227/08 – Online-Pressearchiv I	150
(2) Datenschutzrecht	151
(a) EuGH, Urt. v. 24.9.2019 – C-136/17 – Sensitive Data	151
(b) EuGH, Urt. v. 13.5.2014 – C-131/12 – Google Spain	153
(c) BGH, Beschl. v. 27.7.2020 – VI ZR 405/18 – Recht auf Vergessen I	156
(3) Äußerungs- und Datenschutzrecht	157
(a) BVerfG, Beschl. v. 6.11.2019 – 1 BvR 276/17 – Recht auf Vergessen II	158
(b) BGH, Urt. v. 24.7.2018 – VI ZR 330/17 – Prüfpflicht Suchmaschinen	160
(c) BGH, Urt. v. 27.2.2018 – VI ZR 489/16 – Internetforum	162
(d) BGH, Urt. v. 20.2.2018 – VI ZR 30/17 – Jameda III	164
(e) BGH, Urt. v. 12.10.2021 – VI ZR 488/19 – Jameda IV	166

(f) Obergerichtliche Entscheidungen	167
(4) Zusammenfassung	172
(5) Kritische Auswertung der Urteilsanalyse	173
3. Literatur	174
4. Institutionelle Entscheidungspraxis	175
a) Äußerungsrecht	176
b) Datenschutzrecht	176
5. Fazit	180
III. Vergleichbarkeit der Schutzgüter	181
IV. Konkurrenzverhältnis Datenschutz- und Äußerungsrecht	183
1. Art. 85 Abs. 1 DSGVO als Öffnungsklausel vs. unionsweit harmonisiertes Abwägungssystem	183
2. Konkurrenzverhältnis zum Äußerungsrecht	189
a) Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO	189
b) Art. 17 Abs. 3 lit. a DSGVO	190
3. Fazit	192
V. Auswirkungen eines harmonisierten Abwägungssystems auf die Praxis	192
1. Grundsätzliche Auswirkung einer Harmonisierung	193
2. Exemplarische Übertragung des harmonisierten Abwägungssystems	195
VI. Fazit	198
E. Regulierung i.S.d. Persönlichkeitsrechtsschutzes	200
I. Abstrakte Regulierungsbedürftigkeit	202
II. Konkrete Regulierungsbedürftigkeit und Vorschläge	204
III. Fazit	205
F. Zusammenfassung und Ausblick	207
I. Weitergehender Grundrechtsschutz der Suchmaschinen: Kommunikationsgrundrechte	207
II. Harmonisierung des Datenschutzrechts mit äußerungsrechtlichen Abwägungsmaßstäben	208
III. Regulierung von Google	209

Inhaltsverzeichnis

G. Ergebnisse der Untersuchung in Thesen	211
H. Literaturverzeichnis	215
I. Monographien, Aufsätze, Kommentare	215
II. Berichte	230

A. Einführung

Suchmaschinenbetreiber:innen sind seit dem Google-Spain-Urteil aus dem Jahr 2014¹ dazu verpflichtet, ihren Nutzer:innen selbst rechtmäßige Informationen unter bestimmten Voraussetzungen vorzuenthalten. Diese Rechtsprechung wurde anschließend durch das sog. „Recht auf Vergessenwerden“ des Art. 17 Datenschutz-Grundverordnung² normativ konstituiert.³ Die Norm kann einen sog. Lösungs- bzw. Auslistungsanspruch⁴ für von persönlichkeitsrechtsverletzenden Inhalten betroffene Personen begründen. Art. 17 DSGVO hat damit weitreichende Auswirkungen auf den Zugang zu und die Verbreitung von Informationen, kommt aber nicht gegenüber allen Datenverarbeiter:innen⁵ gleichermaßen als Anspruchsgrundlage in Betracht. Insbesondere die unterschiedliche grundrechtliche Einordnung von Online-Medien und Inhaltevermittler:innen (Intermediäre⁶), führt dazu, dass die Beurteilung von Lösungs- bzw. Auslistungsansprüchen von betroffenen Personen gegenüber den Datenverarbeiter:innen auf divergierenden Abwägungsmaßstäben beruhen.

Dazu das folgende Beispiel: In einer Online-Ausgabe einer Zeitung wird über eine Person berichtet. Der veröffentlichte Inhalt ist rechtmäßig, dennoch begehrt die von dem Inhalt betroffene Person die Entfernung des Inhaltes von den jeweiligen Datenverarbeiter:innen. Sie kann sich hierfür mit einem Lösungsanspruch⁷ zum einen gegen die Pressewebseitenbe-

1 EuGH, Urt. v. 13.5.2014 – C-131/12 = ECLI:EU:C:2014:317 = NJW 2014, 2257 (2261 Rn. 68 f.) – *Google Spain*.

2 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), Amtsbl. d. EU, L 119, S. 1-88, im Folgenden: DSGVO.

3 Etwa *Worms*, in: Wolff/Brink, BeckOK DatenschutzR, DS-GVO, Art. 17 Rn. 6.; a.A. *Meents/Hinzpeter*, in: Taeger/Gabel, DSGVO/BDSG, Art. 17 DSGVO Rn. 96.

4 Entfernung der URL aus dem Suchindex der Suchmaschine. Auch als Delisting oder Deindexierung bezeichnet. Der Suchindex dient als Grundlage für die Erstellung einer Suchergebnisliste.

5 Etwa Online-Ausgaben von Presse, Blogs, soziale Netzwerke.

6 Näheres hierzu auf S. 19 ff.

7 Im Rahmen des Äußerungsrechts ist hier entsprechend der dogmatischen Herleitung aus dem Zivilrecht die Rede von einem Unterlassungsanspruch. Da jedoch

treiber:innen, die den Inhalt zur Verfügung stellen und zum anderen mit einem Löschungs- bzw. Auslistungsanspruch gegen die Suchmaschinenbetreiber:innen, die mit Hilfe ihres Suchdienstes zu dem Inhalt vermitteln, wenden.

Gegenüber Pressewebseitenbetreiber:innen besteht der Anspruch regelmäßig nicht. Der Löschungsanspruch der betroffenen Person steht dem Äußerungsrecht der Pressewebseitenbetreiber:innen gegenüber. Gemessen daran, überwiegt im Fall von rechtmäßigen Inhalten grundsätzlich die Medienfreiheit der Pressewebseitenbetreiber:innen gegenüber dem Persönlichkeitsrechtsschutz der betroffenen Person. Anders gestaltet sich dies bei den Suchmaschinenbetreiber:innen. Diesen gegenüber besteht der Anspruch auf Entfernung des Inhaltes regelmäßig. Der Löschungs- bzw. Auslistungsanspruch gegen die Intermediäre ergibt sich hier aus dem Datenschutzrecht. Gemessen daran, überwiegt selbst im Fall von rechtmäßigen Inhalten im Regelfall das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der betroffenen Person die wirtschaftlichen Interessen der Suchmaschinenbetreiber:innen.

In beiden Konstellationen – mithin sowohl bei einem Löschungs- bzw. Auslistungsanspruch gegenüber Pressewebseiten- als auch Suchmaschinenbetreiber:innen – ist der betreffende Inhalt zwar derselbe, er wird aber unterschiedlich betrachtet.

Dieses Beispiel verdeutlicht zum einen, dass Suchmaschinenbetreiber:innen lediglich ein Schutz durch die Wirtschaftsgrundrechte, Pressewebseitenbetreiber:innen hingegen (auch) der Schutz durch die Medienfreiheiten gewährt wird. Da Pressewebseitenbetreiber:innen regelmäßig journalistisch-redaktionell tätig sind, sind sie zum anderen von der Anwendung des Datenschutzrechts weitestgehend dispensiert (datenschutzrechtliches Medienprivileg⁸). Dies gilt hingegen nicht für Suchmaschinenbetreiber:innen.

Aus dieser divergierenden Betrachtungsweise resultiert im Rahmen der Überprüfung von Löschungs- bzw. Auslistungsansprüchen je nach Datenverarbeiter:in eine Anwendung unterschiedlicher Abwägungsmaßstäbe. Entscheidend ist, wem gegenüber ein solcher Löschungs- bzw. Auslistungsanspruch geltend gemacht wird. So basiert das Abwägungsergebnis

auch hier im Ergebnis die Löschung bzw. die Zugangssperre zu einem Inhalt begehrt wird, wird im Folgenden einheitlich von Löschungsansprüchen gesprochen.

8 Zur Kritik an dem Begriff „Medienprivileg“ vgl. *Westphal*, in: Taeger/Gabel, DSGVO/BDSG, § 41 BDSG Rn. 15; *Buchner*, in: Wolff/ders., BeckOK DatenschutzR, BDSG, § 41 Rn. 9 f.

in Bezug auf Pressewebseitenbetreiber:innen auf äußerungsrechtlichen und in Bezug auf Suchmaschinenbetreiber:innen auf datenschutzrechtlichen Maßstäben.

Ein auf dem Datenschutz beruhender Lösungs- bzw. Auslistungsanspruch gegenüber Suchmaschinenbetreiber:innen ist zunächst folgerichtig: Eine von Suchmaschinenbetreiber:innen ausgeführte Verarbeitung personenbezogener Daten kann das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der betroffenen Person erheblich beeinträchtigen. Dies gilt insbesondere im Fall von Personensuchen, welche es den Nutzer:innen ermöglicht, ein mehr oder weniger detailliertes Profil der betroffenen Person zu erstellen.⁹ Zu dieser Eingriffswirkung tritt die Ubiquität der in einer Ergebnisliste enthaltenen Informationen sowie die jederzeitige Abrufbarkeit personenbezogener Daten.¹⁰

Andererseits ist nicht von der Hand zu weisen, dass Suchmaschinen als Intermediäre der Informationsgesellschaft helfen, sich der schier unüberblickbaren Menge an Informationen auf geordnete und meist nutzer:innenangepasste Weise zu bedienen. Sie haben bildhaft gesprochen eine „Schlüsselfunktion für das Funktionieren des Internets“ inne.¹¹ Der Bundesgerichtshof nimmt an, dass „ohne die Inanspruchnahme von Suchdiensten und deren Einsatz von Hyperlinks¹² die sinnvolle Nutzung der unübersehbaren Informationsfülle im Internet praktisch ausgeschlossen“ ist.¹³ Auch das Bundesverfassungsgericht hebt „die Bedeutung von Suchmaschinen für die Verwirklichung der Informationsfreiheit“ und damit für den Kommunikationsprozess besonders hervor.¹⁴ Dieses betont auch, dass die Suchdienste und die hierfür verwendeten Mittel auf die Meinungsbildung der Nutzer:innen und damit auf den Kommunikationspro-

9 EuGH, Urt. v. 13.5.2014 – C-131/12 = ECLI:EU:C:2014:317 = NJW 2014, 2257 (2262 Rn. 80) – *Google Spain*.

10 EuGH, Urt. v. 13.5.2014 – C-131/12 = ECLI:EU:C:2014:317 = NJW 2014, 2257 (2262 Rn. 80) – *Google Spain*.

11 LG Frankfurt a.M., Urt. v. 5.9.2001 – 3/12 O 107/01 = NJW-RR 2002, 545 – *Wobenzym N II*; Rath, Das Recht der Internet-Suchmaschinen, S. 25.

12 Darunter ist eine interaktive Verknüpfung zu verstehen, vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 24.4.2006 – 1 Ss 449/05 = CR 2006, 542 (543).

13 BGH, Urt. v. 17.7.2003, I ZR 259/00 = BGHZ 156, 1 = NJW 2003, 3406 (3410) – *Paperboy*; ähnlich für den Einsatz manuell gesetzter Hyperlinks BGH, Urt. v. 1.4.2004 – I ZR 317/01 = BGHZ 158, 343 = NJW 2004, 2158 ff. – *Schöner Wetten*; Rath, Das Recht der Internet-Suchmaschinen, S. 25 f.

14 BVerfG, Beschl. v. 10.10.2016 – 1 BvR 2136/14 = GRUR 2017, 159 (160 Rn. 14) – *News-Aggregatoren*.

A. Einführung

zess insgesamt einen erheblichen Einfluss ausüben.¹⁵ Zudem verhelfen sie Online-Medien, ihre Reichweite durch die Auffindbarkeit für die Öffentlichkeit über die Suchergebnisliste zu erweitern.

I. Untersuchungsgegenstand

Es ist daher geboten, in Abwägungsentscheidungen im Rahmen von Löschungs- bzw. Auslistungsansprüchen gegenüber Suchmaschinenbetreiber:innen nicht nur deren wirtschaftliche Interessen, sondern zugleich deren Bedeutung für den Kommunikationsprozess in Form eines kommunikationsgrundrechtlichen Schutzes zu berücksichtigen. Es kann in diesen Konstellationen nur folgerichtig sein, die dem Äußerungsrecht zugrundeliegenden Abwägungsmaßstäbe auch im Datenschutzrecht heranzuziehen (Harmonisierung der Abwägungssysteme).

Die zugrundeliegenden Kriterien einer solchen Abwägung haben also bedeutenden Einfluss auf den Kommunikationsprozess der beteiligten Akteur:innen. Nach welchen Abwägungskriterien diese zu erfolgen hat, ist bis heute nicht eindeutig geklärt. So beruhen die Entscheidungen der Gerichte im Fall von Löschungs- bzw. Auslistungsansprüchen gegenüber Suchmaschinenbetreiber:innen nicht nur ausschließlich auf datenschutzrechtlichen, sondern jüngst – entgegen der grundrechtlichen Einordnung durch die Rechtsprechung – zum Teil auch auf äußerungsrechtlichen Maßstäben, wenn die Vermittlung einer Suchmaschine zu einer publizistischen Webseite führt und damit auch den Bereich des Äußerungsrechts berührt.

Vor dem Hintergrund des Gesagten ist es notwendig zu untersuchen, ob im Fall von Auslistungsansprüchen betroffener Personen gegenüber Suchmaschinenbetreiber:innen (im Folgenden *Google Search*¹⁶ als pars pro toto) die aus dem Äußerungsrecht bekannten Abwägungsmaßstäbe in die Abwägung einzustellen sind.

Ziel dieser Arbeit ist es, mehr Rechtssicherheit zu verfolgen, allerdings nicht indem sich stets ein identisches Abwägungsergebnis unabhängig von den Datenverarbeiter:innen ergibt, sondern indem die für eine Abwägung herangezogenen Maßstäbe im Fall von Löschungs- bzw. Auslistungs-

15 BVerfG, Beschl. v. 6.11.2019 – 1 BvR 267/17 = NJW 2020, 314 (323 Rn. 105) – *Recht auf Vergessen II*, demnach sind die angebotenen Suchdienste und die hierfür verwendeten Mittel zur Aufbereitung der Suchergebnisse gerade nicht inhaltsneutral.

16 Im Folgenden: Google.

ansprüchen harmonisiert werden. Dieses harmonisierte Abwägungssystem soll einen angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Grundrechtspositionen aller Akteur:innen gewährleisten.

II. Methode und Gang der Untersuchung

Bevor sich mit der Harmonisierung der bestehenden Abwägungssysteme des Datenschutz- und Äußerungsrechts auseinandergesetzt wird, ist in einem ersten Schritt zu untersuchen, auf welche Grundrechte sich Suchmaschinenbetreiber:innen im Fall von Löschungs- bzw. Auslistungsansprüchen berufen können. Nur wenn diese neben den durch die Judikative zugesprochenen unternehmerischen Grundrechten¹⁷ zugleich den Schutz durch die Kommunikationsgrundrechte erfahren, ist die Heranziehung äußerungsrechtlicher Maßstäbe überhaupt in Betracht zu ziehen (C. Grundrechtliche Einordnung von Suchmaschinen).

Für die grundrechtliche Bewertung der Funktionsweise von Suchmaschinen sind Begriffsbestimmungen unerlässlich. Aufgrund dessen werden diese allem voran definiert (B. Grundlagen und Definitionen).

Methodisch erfolgt die grundrechtliche Einordnung von Suchmaschinen anhand des Stands der Rechtsprechung auf europäischer und nationaler Ebene. Die Grundlage bildet dafür im Regelfall die höchstrichterliche Rechtsprechung, ausnahmsweise werden Entscheidungen unterer Instanzen herangezogen, solange diese aktueller und von dem höchstrichterlichen Stand abweichend sind.

Daran anschließend wird schwerpunktmäßig ein Abwägungssystem erörtert, welches eine adaptierte Anwendung der bekannten Maßstäbe aus dem Äußerungsrecht neben denen des Datenschutzrechts einbezieht (D. Harmonisierung eines Abwägungssystems i.B.a. Auslistungsansprüche). Hierfür gilt es zunächst zu untersuchen, ob Suchmaschinenbetreiber:innen eine Medienprivilegierung erfahren können (D. I.), um anschließend durch einen Vergleich und unter Heranziehung der bestehenden gesetzlichen Grundlagen in Deutschland und der Europäischen Union, der jeweiligen Rechtsprechung sowie der Meinung der Literatur herauszufinden, wie sich eine Abwägung im Fall von Löschungs- bzw. Auslistungsansprüchen gegenüber Online-Medien bzw. Intermediären im Datenschutz- und Äußerungsrecht derzeit konkret darstellt (D. II.). Nach einer knappen Ge-

17 EuGH, Urt. v. 13.5.2014 – C-131/12 = ECLI:EU:C:2014:317 = NJW 2014, 2257 (2264 Rn. 97) – *Google Spain*.

A. Einführung

genüherstellung der Schutzgüter (D. III.) wird des Weiteren betrachtet, welches Konkurrenzverhältnis zwischen äußerungs- und datenschutzrechtlichen Ansprüchen, die sich bei der Annahme eines kommunikationsgrundrechtlichen Schutzes der Suchmaschinenbetreiber:innen ergeben, besteht (D. IV.). In einem weiteren Schritt wird exemplarisch die konkrete Auswirkung eines harmonisierten Abwägungssystems im Hinblick auf einen Lösungs- bzw. Auslistungsanspruch untersucht (D. V.).

Abschließend wird ein knapper Blick auf die Rechtsfolgenseite geworfen und die Regulierung von Suchmaschinen im Sinne des Persönlichkeitsrechtsschutzes skizziert (E. Regulierung i.S.d. Persönlichkeitsrechtsschutzes).

Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung und einem kurzen Ausblick (F. Zusammenfassung und Ausblick).

B. Grundlagen und Definitionen

Da eine rechtliche Bewertung nur bei Kenntnis der relevanten Tatsachen möglich ist,¹⁸ erfolgt zunächst eine kurze Darstellung der technischen Voraussetzungen der verschiedenen Geschäftsmodelle in Bezug auf Suchmaschinen, bevor sich diese Abhandlung mit der grundrechtlichen Einordnung und einem darauf basierenden Abwägungssystem für Suchmaschinen auseinandersetzt. Da den einzelnen Funktionsweisen innerhalb der Suchmaschinentätigkeit im Bereich der grundrechtlichen Einordnung jeweils eine besondere Bedeutung zukommt, ist die kurze Darstellung erforderlich. Zugleich werden an dieser Stelle Definitionen festgelegt, welche die Grundlage für die anschließende Ausarbeitung bilden. Schließlich wird die spezifische Tätigkeit von Google anhand dieser Definitionen näher bestimmt.

I. Suchmaschinen

Zum Teil werden bereits die frühneuzeitlichen Adressbüros, Fragämtern oder Intelligenz-Comptoirs als „analoge Suchmaschinen“ verstanden, welche damit als Teil einer Vorgeschichte heutiger Internet-Suchmaschinen gelten.¹⁹ In dieser Abhandlung sollen Suchmaschinen hingegen als Dienste verstanden werden, die ihren Nutzer:innen beim Auffinden von Informationen im Internet behilflich sind.²⁰ Als erstes deutsches Gericht hat das LG Mannheim²¹ im Jahre 1997 den Versuch gewagt, die Tätigkeit einer Suchmaschine in rechtlicher Hinsicht zu definieren. Bei einer Suchmaschine handele es sich demnach um einen „großen, leistungsfähigen Rechner, der die Internetseiten auf Stichworte hin durchsucht und entsprechende Register anlegt, in denen unter dem Stichwort auf die entsprechenden Homepages hingewiesen wird.“²²

18 *Elixmann*, Datenschutz und Suchmaschinen, S. 28.

19 *Etwas Tantner*, Die ersten Suchmaschinen.

20 *Artikel-29-Datenschutzgruppe*, Stellungnahme 1/2008 zu Datenschutzfragen im Zusammenhang mit Suchmaschinen, WP 148, S. 45.

21 LG Mannheim, Urt. v. 1.8.1997 – 7 O 291/97 = MMR 1998, 217.

22 *Rath*, Das Recht der Internet-Suchmaschinen, S. 52.

Faktisch sind Internet-Suchmaschinen damit zunächst als Instrumente zur Lokalisierung von Informationen²³ in der Online-Informationsumgebung zu verstehen und bilden als solche auch den Gegenstand der Untersuchung. Dabei besteht die Kernaufgabe von Suchmaschinen als Intermediären darin, Nutzer:innen fremde Inhalte zu vermitteln (Inhaltevermittler:innen²⁴). Im Rahmen der E-Commerce-Richtlinie²⁵ werden Suchmaschinen als Dienste der Informationsgesellschaft²⁶ bezeichnet, das heißt jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf von Empfänger:innen erbrachte Dienstleistung.²⁷ Sie zeichnen sich zugleich durch mangelnde Linearität aus. Denn Linearität ist eigen, dass die Allgemeinheit zum zeitgleichen Empfang von bestimmten Veranstaltungen Zugang erhält und die Verbreitung von Angeboten in Bewegt- oder Tonbild oder Ton entlang eines Sendepfades erfolgt.²⁸

Für eine medienrechtliche Begriffsbestimmung kann hier die Definition der Arbeitsgemeinschaft Intermediäre der Bund-Länder-Kommission

23 S. Art. 21 Abs. 2 i.V.m. dem Erwägungsgrund 18 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (2000/31/EG).

24 Dieser Begriff wird im lauterkeitsrechtlichen Sinne in Anknüpfung an Art. 11 Satz 3 Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und Rates v. 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, Amtsbl. d. EU, L 195, S. 16-25 (im Folgenden: Enforcement-RL) und Art. 8 III der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, Amtsbl. d. EG, L 167, S. 10-19 (im Folgenden: InfoSocRL) gewählt. So auch *Dörr/Schuster*, in: Stark/Dörr/Aufenanger, Die Googleisierung der Informationssuche, S. 262; *Knodel*, Medien und Europa, S. 223.

25 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), Amtsbl. d. EG, L 178, S. 1-16, im Folgenden: ECRL.

26 Internet-Suchmaschinen werden in den Unionsrechtsvorschriften als Dienste der Informationsgesellschaft behandelt, die in Art. 2 Richtlinie 2000/31/EG näher bezeichnet werden. Dieser Artikel verweist auf die Richtlinie 98/34/EG, die den Begriff „Dienst“ bzw. „Dienstleistung der Informationsgesellschaft“ spezifiziert.

27 S. Art. 1 Richtlinie 98/34/EG. Zum Merkmal der Entgeltlichkeit eingehend *Chemlik*, Social Network Sites, S. 77 ff.; so auch *Schwartzmann/Hermann/Mühlenbeck*, MMR 2019, 498 (499).

28 *Martini*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR, TMG, § 2 Rn. 32.

der Medienkonvergenz²⁹ herangezogen werden. Danach sind Intermediäre Dienstetypen, die durch Aggregation, Selektion und Präsentation Aufmerksamkeit für die von Dritten erstellten Inhalte erzeugen,³⁰ wobei diese Definition zur Abgrenzung von bloßen Verkaufsplattformen um einen meinungsbildenden Faktor³¹ zu ergänzen ist.

Noch konkreter werden Medienintermediäre nun im Medienstaatsvertrag³² definiert. Danach ist ein „Medienintermediär jedes Telemedium, das auch journalistisch-redaktionelle Angebote Dritter aggregiert, selektiert und allgemein zugänglich präsentiert, ohne diese zu einem Gesamtangebot zusammenzufassen.“³³ Dieser überzeugenden und klaren Definition folgt auch diese Abhandlung. Im Hinblick auf die Rechtsdurchsetzung ist der Begriff des Intermediärs anders als der dogmatisch und teleologisch belastete Begriff des „Störers“ neutral zu verstehen und bringt damit gut zum Ausdruck, dass seine Tätigkeit einerseits sozialüblich sein, andererseits aber auch eine Gefahrenquelle verstärken kann.³⁴

Nicht zuletzt sind zwei Varianten von Internet-Suchmaschinen abzugrenzen. Die erste basiert auf einer manuellen Erstellung eines Dokumentenverzeichnisses (z.B. Webkataloge, Social Bookmarkdienste), die zweite auf einem algorithmusbasierten Anlegen der Dokumentensammlung, bei dem zugleich eine vollautomatisierte Relevanzgewichtung durchgeführt wird, wie es bei Google der Fall ist. Im Folgenden wird lediglich die zweite Variante, welche als automatische,³⁵ algorithmusbasierte³⁶ oder crawler-basierte³⁷ Suchmaschine bezeichnet wird, näher untersucht.

29 Krit. zu diesem Begriff *Vesting*, in: Binder/ders., BeckOK RundfunkR, Einführung Rn. 18, der hierin eine Irreführung sieht und von einer neuartigen Flexibilität und Variabilität spricht.

30 Positionspapier der AG *Intermediäre* 2016, S. 8.

31 Positionspapier der AG *Intermediäre* 2016, S. 8; a.A. *Knodel*, Medien und Europa, S. 223.

32 Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung, notifiziert gemäß der Richtlinie (EU) 2015/1535 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. September 2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft (ABl. L 241 vom 17.9.2015, S. 1), abzurufen unter in Deutschland <https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienpolitik/Medienstaatsvertrag.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.10.2021), im Folgenden: MStV.

33 § 2 Abs. 2 Ziff. 16 MStV.

34 *Obly*, ZUM 2015, 308 (308).

35 *Rath*, Das Recht der Internet-Suchmaschinen, S. 46; *Machill/Neuberger/Schindler*, Transparenz im Netz, S. 23.

36 *Lewandowski*, Suchmaschinen verstehen, S. 24, 26 ff.

37 *Karzauninkat/Alby*, Suchmaschinenoptimierung, S. 21 ff.

II. Algorithmen

Um einen Überblick über die schier unüberschaubare Menge an Daten im Internet zu gewinnen, bedarf es automatisierter Prozesse, die mithilfe von Informationstechnologien und Rechentechniken bewerkstelligt werden.³⁸ Zusammengefasst wird dies unter dem Begriff der Algorithmen. Dabei ist ein Algorithmus aus mathematischer Sicht eine eindeutige Handlungs-vorschrift zur Lösung eines Problems oder einer Klasse von Problemen und besteht aus endlich vielen, wohldefinierten Einzelschritten.³⁹ So wird jede Eingabe in eine Ausgabe transformiert.⁴⁰ Innerhalb des Durchführens der Handlungsvorschrift werden dabei bestimmte Eingaben in Ausgaben umgewandelt und so die umgeformte Version der Rohdaten sichtbar gemacht.⁴¹ Aufgabe der Algorithmen ist es, Informationen zu sammeln, zu strukturieren, zu gewichten und zu aggregieren.⁴²

Algorithmen sind abzugrenzen von der sog. „Künstlichen Intelligenz“, welche ein Teilgebiet in der Informatik darstellt, das sich mit der Automatisierung intelligenten Verhaltens befasst. Der Begriff ist insofern nicht eindeutig abgrenzbar, als es bereits an einer genauen Definition von „Intelligenz“ mangelt. Zumindest unterscheiden sich Algorithmen von der künstlichen Intelligenz insoweit, dass bei Letzterer lediglich Intelligenz nachgeahmt und so ein „intelligentes Verhalten“ simuliert wird.⁴³ Algorithmen als einer präzise definierten Schrittfolge fehlt es daher an „Eigenleben“. ⁴⁴

38 *Langmann*, Taschenbuch der Automatisierung, S. 19; *Kastl*, GRUR 2015, 136 (136).

39 *Barth*, Algorithmik für Einsteiger, S. 8.

40 *Stangl*, in: Lexikon online – Online Enzyklopädie für Psychologie und Pädagogik, Stichwort: „Algorithmus“, <http://lexikon.stangl.eu/3027/algorithmus-algorityhmus-algorhythmus/> (zuletzt abgerufen am 11.10.2021); *Buchholtz*, JuS 2017, 955 (955).

41 *Langmann*, Taschenbuch der Automatisierung, S. 88 ff.

42 *Stark/Magin/Jürgens*, Informationsintermediäre und Meinungsbildung, S. 20.

43 Vgl. Seite „Künstliche Intelligenz“. In: Wikipedia, Die freie Enzyklopädie. Bearbeitungsstand: 10.10.2021, abzurufen unter https://de.wikipedia.org/wiki/K%C3%BCnstliche_Intelligenz (zuletzt abgerufen am 11.10.2021).

44 Vgl. *v. Hellfeld*, GRUR 1989, 471 (478, insbesondere Fn. 38); vgl. auch *Weismantel*, Das „Recht auf Vergessenwerden“ im Internet nach dem „Google-Urteil“ des EuGH, S. 43 ff.

In der Rechtsprechung⁴⁵ und Literatur⁴⁶ sowie auch im Folgenden wird von der beschriebenen mathematischen Sichtweise von Algorithmen ausgegangen.⁴⁷

III. Algorithmusbasierte Suchmaschinen

Den Untersuchungsgegenstand der Abhandlung stellen algorithmusbasierte Suchmaschinen dar. Als pars pro toto dient dabei die Suchmaschine Google.

Algorithmusbasierte Suchmaschinen zeichnen sich im Wesentlichen durch drei Bestandteile aus: den Crawler, den Indexer und das Abfragemodul.⁴⁸ Der Crawler (Robot oder Spider) durchsucht das Internet nach neuen Inhalten und lädt diese herunter. Der Indexer nimmt diese heruntergeladenen Seiten in einen Suchindex auf und verwaltet diese. Schließlich generiert das Abfragemodul auf die Suchanfrage der Nutzer:innen eine Trefferliste anhand dieses Indexes.

Algorithmusbasierte Suchmaschinen zeichnen sich also dadurch aus, dass sie nicht manuell, sondern technisch automatisiert Dokumentensammlungen anlegen und Nutzer:innen anzeigen. Dabei ist zu beachten, dass die drei zugrundeliegenden Bestandteile (Crawler, Indexer und Abfragemodul) jeweils selbst algorithmusbasiert arbeiten. Gemeinsames Merkmal aller algorithmusbasierten Suchmaschinen ist zudem, dass entsprechende Daten im Sinne von Art. 4 Ziff. 2 DSGVO verarbeitet, also insbesondere erhoben, gespeichert und verwendet werden.

Mittels dieser Vorgehensweise werden Nutzer:innenprofile angelegt. Im Zuge von Dienstleistungen auf Webseiten werden Cookies gespeichert, die dazu dienen, das Nutzer:innenverhalten bzw. die Nutzer:innenpräferenzen festzuhalten und damit die Dienstleistung zu „optimieren“, also benutzer:innenfreundlicher zu gestalten. Zum Teil werden diese allerdings auch zu Zwecken der (ebenfalls personalisierten) Werbung herangezogen.⁴⁹

45 BGH, Urt. v. 9.5.1985 – I ZR 52/83 – BGHZ 94, 276 = Rn. 79, juris.

46 Vgl. *Hübner*, GRUR 1994, 883 (884), *Wiebe*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 69 a UrhG Rn. 22; *Golla*, PinG 2014, 61 (61); *Marby*, Urheberrechtsschutz für Computersoftware in der Europäischen Union, S. 112 ff.

47 Vgl. *Hartl*, Suchmaschinen, Algorithmen und Meinungsmacht, S. 18.

48 *Elixmann*, Datenschutz und Suchmaschinen, S. 41 ff.

49 *Hennemann*, ZUM 2017, 544 (545).

1. Crawler

Der Crawler durchsucht je nach Vorgabe des programmierten Algorithmus der Suchmaschinenbetreiber:innen Webseiten in regelmäßigen Abständen („Crawl-Intervalle“⁵⁰). Er startet von einer Webseite aus und verfolgt alle dort gesetzten Links, solange ihm dies möglich ist. Nicht möglich ist dies etwa, wenn ein Passwort benötigt wird oder ein Webformular ausgefüllt werden muss. Ebenfalls ausgeschlossen sind Seiten, die von keiner anderen Seite aus verlinkt sind, wobei etwa Google die Möglichkeit anbietet, dass sich derartige Seiten direkt bei der Suchmaschine anmelden können.⁵¹

Demgegenüber haben die Webseitenbetreiber:innen die Option, gerade nicht über Suchmaschinen gefunden zu werden. Dies kann entweder durch Eintragung von Meta-Elementen⁵² oder dem Anlegen von robots.txt-Dateien⁵³ im Stammverzeichnis der Domain erreicht werden. Suchmaschinencrawler erkennen auf diese Weise, dass eine Indexierung und damit die Darstellung auf der Trefferliste nicht gewünscht ist.⁵⁴

2. Indexer

Der Indexer bearbeitet die jeweiligen heruntergeladenen Webseiten in der Weise, dass diese in ein einheitliches Datenformat konvertiert werden, um anschließend die Struktur des Dokuments aufzuschlüsseln und zu analysieren. Die Analyse erfolgt dabei hinsichtlich der Sprache, Worthäufigkeit, Wortstellung und Schlüsselwörter. Diese Analyseergebnisse bilden die Grundlage für die Indexierung der Webseite. Dabei wird zugleich

50 *Elixmann*, Datenschutz und Suchmaschinen, S. 41.

51 So können sich diese über die sog. Google Search Console registrieren lassen, vgl. <https://search.google.com/search-console/welcome?hl=de> (zuletzt abgerufen am 11.10.2021).

52 Meta-Elemente sind Metadaten, die sich im Header eines HTML- oder XHTML-Dokuments befinden und bei der Visualisierung des Dokuments durch einen Browser nicht angezeigt werden. Sie wurden lange Zeit dafür genutzt, um in der Trefferliste möglichst weit oben gelistet zu werden. Diesen Missbrauch umgehen Suchmaschinen nun, indem sie mehr Wert auf den eigentlichen Text der Webseite und nicht nur deren Metadaten legen; vgl. Seite „Meta-Element“. In: Wikipedia, Die freie Enzyklopädie. Bearbeitungsstand: 28.9.2021, abzurufen unter <https://de.wikipedia.org/wiki/Meta-Element> (zuletzt abgerufen am 11.10.2021).

53 Näheres unter <https://www.robotstxt.org/> (zuletzt abgerufen am 11.10.2021).

54 *Elixmann*, Datenschutz und Suchmaschinen, S. 42.