

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHES WIRTSCHAFTSRECHT

Vorträge und Berichte

Nr. 213

herausgegeben von den Mitgliedern des Zentrums



Dr. Andreas Heinemann

Professor an der Universität Zürich

Google als kartellrechtliches Problem?

Referate im Rahmen der Vortragsreihe
„Rechtsfragen der Europäischen Integration“
Bonn, den 19. Januar 2015

Copyright bei den Autoren

ausschließlich erhältlich beim Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht

www.zew.uni-bonn.de

Druck: Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Inhalt

I. Einführung	1
II. Kartellrecht auf dem Gebiet der Informationstechnologie	2
1. IBM	2
2. Microsoft	2
3. Intel	2
4. Auswirkungen auf die Innovationen	4
5. Vergleich mit der Rechtslage in den USA	6
III. Das Google-Verfahren	7
1. USA	7
2. Europäische Union	8
IV. Marktbeherrschung	10
1. Funktionsweise von Suchmaschinen	10
a) Suchvorgang	10
b) Horizontale und vertikale Suchmaschinen	12
c) Geschäftsmodell	12
2. Marktabgrenzung	13
a) Vorbemerkung	13
b) Zweiseitige Märkte/ Mehrseitige Plattformen	13
c) Nutzermarkt	14
d) Werbemärkte	17
e) Aufnahme in den Index	20
f) Komplikationen	21
aa) Problemstellung	21
bb) Wege zum Ziel	23
cc) Art der gesuchten Information	24
dd) Horizontale und vertikale Suchmaschinen	25
g) Vom SSNIP-Test zum SSNDQ-Test	26
h) Räumliche Marktabgrenzung	28

aa) Nutzermärkte	28
bb) Werbemärkte	29
cc) Aufnahme in den Index	30
i) Fazit	30
3. Marktbeherrschende Stellung	31
a) Nutzermärkte	31
b) Werbemärkte	36
c) Aufnahme in den Index	37
aa) Weltmarkt	37
bb) Referral Dominance	38
cc) Wesentliche Einrichtung?	39
d) Fazit	41
V. Missbrauch	41
1. Privilegierung eigener Suchdienste	42
2. Übernahme der Inhalte von Konkurrenten	46
a) Urheberrecht	47
b) Sperrung von Inhalten	48
c) Pflicht zur Lizenznahme?	50
3. Ausschließlichkeitsbindungen bei Suchmaschinenwerbung	51
4. Übertragbarkeit von Werbekampagnen	52
5. Suchneutralität?	53
VI. Der Innovationszusammenhang	56
VII. Rechtsfolgen	59
1. Optionen	59
2. Entflechtung?	61
VIII. Ausblick	63

Google ist im Besitz beherrschender Stellungen auf mehrseitigen Märkten und darf die Position der Stärke nicht missbrauchen. Ausschließlichkeitsbindungen sind problematisch. Hingegen sind auch Marktbeherrscher in der Ausgestaltung ihrer Produkte frei; ein allgemeines Gebot der Suchneutralität existiert nicht. Google muss aber Marktverschließungen durch Zugangsgewährung auflösen und unterliegt bei den natürlichen Trefferlisten einem Willkürverbot und Verfahrensanforderungen. Die kartellrechtlichen Vorgaben sollten darauf abzielen, die Innovationstätigkeit aller Akteure zu fördern und die Märkte offen zu halten.

I. Einführung

Ende 2010 hat die Europäische Kommission ein Kartellverfahren gegen *Google* eingeleitet. Beschwerden von Wettbewerbern waren eingegangen, welche die Kommission im Lauf des Verfahrens auf vier Vorwürfe verdichtete. In den Jahren 2013 und 2014 wurde versucht, das Verfahren durch Verpflichtungszusagen nach Art. 9 der europäischen Kartellverordnung (VO 1/2003¹) abzuschließen. Dies gelang aber nicht vor dem Amtsantritt der neuen Kommission am 1. November 2014. Bei Abschluss dieses Manuskripts ist der Ausgang des Verfahrens offen. Der Beitrag untersucht die Frage, welche Vorgaben aus dem Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen für die Tätigkeit der meistverbreiteten Suchmaschine abzuleiten sind.² Der Schwerpunkt liegt auf dem europäischen Kartellrecht und den

¹ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 L 1/1.

² Die Untersuchung beschränkt sich also auf ausgewählte Fragen des Kartellrechts. Zu den zahlreichen anderen relevanten Rechtsgebieten s. beispielsweise die Beiträge in *Lopez-Tarruella* (Hrsg.), *Google and the Law – Empirical Approaches to Legal Aspects of Knowledge-Economy Business Models*, 2012, und die jährlichen

Vorwürfen, die das Suchmaschinengeschäft betreffen. Das *Google*-Verfahren schreibt sich in einen größeren Zusammenhang ein: Seit mehr als dreißig Jahren stellen sich Fragen in Bezug auf die Anwendung des Kartellrechts auf dem Gebiet der Informationstechnologie. Zur Erzielung einer konsistenten Lösung ist deshalb zunächst ein Rückblick erforderlich.

II. Kartellrecht auf dem Gebiet der Informationstechnologie

1. IBM

Meilensteine des europäischen Kartellrechts auf dem Gebiet der Informationstechnologie sind die Fälle *IBM*, *Microsoft* und *Intel*. In den 1970er und 1980er Jahren waren die technischen Spezifikationen der *IBM*-Computerprodukte zu Industriestandards erstarkt. Die Hersteller von Peripheriegeräten und von Software waren auf *IBM*-Kompatibilität angewiesen. 1984 verpflichtete sich *IBM* gegenüber der Europäischen Kommission, den Herstellern solcher Produkte jeweils rechtzeitig die aktuellen Schnittstelleninformationen zukommen zu lassen.³ Damit war der Grundstein des europäischen IT-Kartellrechts gelegt: Ein Industriestandard darf nicht nach Belieben dazu eingesetzt werden, die benachbarten Märkte für Hard- und Software zu kontrollieren.

2. Microsoft

Diese Sichtweise wurde im *Microsoft*-Verfahren bestätigt. Im Jahr 2004, also genau zwanzig Jahre nach dem *IBM*-Vergleich, verhängte die Europäische Kommission eine Geldbuße in Höhe von 497 Millionen Euro gegen den

Überblicke von *Meyer* in K&R (zuletzt K&R 2014, 300). Zu den Bezügen zwischen Datenschutzrecht und Kartellrecht s. *Weber*, Information at the crossroads of competition and data protection law, ZWeR 2014, 169 ff.

³ Vgl. *Lomholt*, The 1984 IBM Undertaking, Competition Policy Newsletter 1998, Nr. 3, S. 7 ff.

Inhaber des ubiquitär verbreiteten PC-Betriebssystems *Windows*: Das Unternehmen habe durch die Integration des *Windows Media Player* in sein Betriebssystem die Verbreitung konkurrierender Medienabspielsoftware behindert. Außerdem seien konkurrierende Entwickler von Serversoftware nicht dazu in der Lage gewesen, Produkte herzustellen, die mit dem *Windows*-Betriebssystem kompatibel sind.⁴ Die vom Gericht der Europäischen Union im Wesentlichen bestätigte⁵ Entscheidung machte – ganz in der Tradition des *IBM*-Verfahrens – klar, dass Wettbewerber eines Marktbeherrschers in der Lage sein sollen, kompatible Produkte anzubieten.

3. Intel

Intel ist seit langer Zeit Marktführer für Central Processing Units (CPUs), also für bestimmte Mikroprozessoren. Die Europäische Kommission stellte fest, dass das Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung durch die Gewährung bedingter Rabatte und durch direkte, gegen den einzigen Konkurrenten *AMD* gerichtete Zahlungen an wichtige Einzelhändler und an Computerhersteller missbraucht habe und verhängte eine Geldbuße in Höhe von 1,06 Milliarden Euro.⁶ Das Gericht der Europäischen Union bestätigte diese Entscheidung;⁷ ein Rechtsmittel zum Europäischen Gerichtshof ist anhängig.⁸ Auch im *Intel*-Urteil kommt zum Ausdruck, dass eine wichtige Aufgabe des europäischen Kartellrechts darin besteht, dass die Märkte offen bleiben sollen. In diesem Zusammenhang unterstreicht das Gericht den

⁴ Europäische Kommission, 24.3.2004, COMP/37.792 – *Microsoft*, Zusammenfassung in ABl. 2007 L 32/23.

⁵ EuG, 17.9.2007, Rs. T-201/04 – *Microsoft/Kommission*, Slg. 2007, II-3601. Der Europäische Gerichtshof wurde nicht angerufen.

⁶ Europäische Kommission, 13.5.2009, COMP/37.990 – *Intel*, Zusammenfassung in ABl. 2009 C 227/13.

⁷ EuG, 12.6.2014, T-286/09 – *Intel/Kommission*, ECLI:EU:T:2014:547.

⁸ Rechtssachennummer C-413/14 P.

Gedanken des Leistungswettbewerbs (*competition on the merits*):⁹ Unternehmen sollen die Möglichkeit haben, im Wettbewerb durch bessere Produkte oder niedrigere Preise Erfolg zu haben. Dieser Mechanismus soll nicht dadurch gestört werden, dass Marktmacht zum Nachteil von Konkurrenten instrumentalisiert wird.

4. Auswirkungen auf die Innovationen

Das skizzierte Fallrecht wird begleitet durch eine intensive Diskussion des Innovationsbezugs.¹⁰ Kritiker weisen auf die Gefahren der Kartellrechtsanwendung für die Innovationsanreize marktbeherrschender Unternehmen hin und unterstreichen die besondere Vergänglichkeit von Machtpositionen auf IT-Märkten.¹¹ Gegenstimmen verweisen auf das Innovationspotential der Konkurrenten und heben hervor, dass auch die Innovationsanreize des Marktbeherrschers steigen, wenn er sich gegenüber der Konkurrenz durch bessere Leistungen profilieren muss und seinen Erfolg nicht auf die Instrumentalisierung von Marktmacht gründen darf.¹²

⁹ S. z.B. EuG, 12.6.2014, T-286/09 – *Intel/Kommission*, Tz. 117, 132 und 191.

¹⁰ S. z.B. *Dreher*, Die Kontrolle des Wettbewerbs in Innovationsmärkten, *ZWeR* 2009, 149 ff.; *Gauß*, Die Anwendung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots nach Art. 82 EG (Art. 102 AEUV) in innovativen Märkten, 2010; *Podszun*, The More Technological Approach: Competition Law in the Digital Economy, in *Surblytė* (Hrsg.), *Competition on the Internet*, 2015, S. 101 ff.

¹¹ S. z.B. *Bork/Sidak*, What Does the Chicago School Teach About Internet Search and the Antitrust Treatment of Google?, 8 *Journal of Competition Law & Economics* 663 (2012); *Manne/Wright*, Google and the Limits of Antitrust: The Case Against the Case Against Google, 34 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 171 (2011).

¹² Vgl. *Heinemann*, Gefährdung von Rechten des geistigen Eigentums durch Kartellrecht? Der Fall „Microsoft“ und die Rechtsprechung des EuGH, *GRUR* 2006, 705 (713); *Paal*, Immaterialgüter, Internetmonopole und Kartellrecht, *GRUR* 2013, 873 (880 f.).

In der Praxis des europäischen Kartellrechts ist der Innovationsbezug nicht immer ausreichend berücksichtigt worden. Negativbeispiel ist die Ausgestaltung der Anordnungen im *Microsoft*-Fall. So wurde der Softwarehersteller dazu verpflichtet, eine Version des Betriebssystems ohne den unternehmenseigenen *Windows Media Player* anzubieten. Dieses Mittel war nicht nur ungeeignet, da die volle Version des Betriebssystems zum selben Preis verkauft werden durfte wie die Version ohne den Media Player, so dass letztere keinen nennenswerten Absatz fand. Gravierender war die Tatsache, dass Kartellrecht benutzt wurde, um sich in die Gestaltung innovativer Produkte einzumischen. Zu Ende gedacht würde die Pflicht zum Angebot „modularer“ Versionen eines Betriebssystems dazu führen, dass viele neue Funktionen nicht integriert werden dürfen, bzw. dass zumindest auch Produktvarianten auf dem Markt angeboten werden müssen, die auf die Weiterentwicklung des Softwareprodukts verzichten. Dies würde in der Tat zu Kostensteigerungen, Unübersichtlichkeit und unabsehbaren Eingriffen in die weitere Produktentwicklung führen.

Der Fehler wurde in der Folge korrigiert: Im europäischen *Microsoft*-Browserverfahren wurde zwar ebenfalls der Vorwurf missbräuchlicher Kopplung eines Softwareprodukts mit dem führenden Betriebssystem erhoben. Der Vorwurf wurde diesmal aber nicht mit einer Pflicht zum Angebot reduzierter Produktversionen, sondern durch eine *must carry*-Verpflichtungszusage abgestellt: Der Marktbeherrscher verpflichtete sich dazu, für einen Zeitraum von fünf Jahren den Käufern des *Windows*-Betriebssystems einen Auswahlbildschirm zu liefern, über den die Nutzer konkurrierende Browser herunterladen können.¹³ Diese Zusage erlaubte es,

¹³ Europäische Kommission, 16.12.2009, COMP/39.530 – *Microsoft (tying)*, Zusammenfassung in ABl. 2010 C 36/7.

den wettbewerbsbeschränkenden Vertriebsvorteil zu beseitigen, ohne in die Freiheit zur Produktentwicklung einzugreifen. Auf einem anderen Blatt steht die Tatsache, dass das Unternehmen die eigene Verpflichtungszusage vierzehn Monate nicht einhielt und in der Folge dafür mit einem hohen Bußgeld belegt wurde.¹⁴

5. Vergleich mit der Rechtslage in den USA

Das *IBM*-Verfahren wurde in den USA im Jahr 1982 nach dreizehnjähriger Untersuchung als unbegründet eingestellt und gilt dort als einer der größten Fehlschläge der Kartellrechtsgeschichte.¹⁵ Es trat der Grundsatz in den Vordergrund, dass keine Pflicht zur Unterstützung von Wettbewerbern bestehe.¹⁶

Auch der *Microsoft*-Fall nahm einen anderen Ausgang: Es kam nicht zu einer Geldbuße, sondern ein Vergleich wurde geschlossen. Einerseits wurde die Freiheit von *Microsoft* zur Integration neuer Funktionen in seine Software anerkannt. Andererseits verpflichtete sich das Unternehmen dazu, Schnittstelleninformationen zur Herstellung kompatibler Produkte offenzulegen (wenn auch in geringerem Ausmaß als in Europa) und Lizenzen zu erteilen, soweit dies zur Herstellung von Kompatibilität erforderlich ist. Auch wenn also kein Eingriff in die Freiheit zur Produktgestaltung stattfand, wurden Maßnahmen zur Herstellung von Kompatibilität der Produkte anderer Hersteller getroffen, also Konkurrenten unterstützt. Insofern markiert der *Microsoft*-Fall – trotz der genannten Unterschiede und transatlantischer

¹⁴ Europäische Kommission, 6.3.2013, COMP/39.530 – *Microsoft (tying)*, Zusammenfassung in ABl. 2013 C 120/15.

¹⁵ Vgl. *Bork*, *The Antitrust Paradox*, 2. Aufl. 1993, S. 432: „the Antitrust Division's Vietnam“.

¹⁶ *California Computer Prods. Inc. v. IBM*, 613 F.2d 727, 744 (9th Cir. 1979).

Scharmützel – eine Annäherung zwischen US-amerikanischem und europäischem Kartellrecht.

In diesem Sinn ist auch der *Intel*-Fall zu interpretieren: Zwar schlossen die amerikanischen Behörden wiederum einen Vergleich ohne Verhängung eines Bußgelds, was einen Kontrapunkt zum Rekordbußgeld der Europäischen Kommission bildet. Aber auch in den USA wurde *Intel* dazu verpflichtet, keine Exklusivitätsbindungen zum Nachteil anderer CPU-Hersteller aufzuerlegen und Kunden nicht von Vorteilen auszuschließen, weil sie auch konkurrierende Mikroprozessoren kaufen. Das Bemühen um Offenhaltung des Marktes entspricht den im europäischen Kartellverfahren verfolgten Zielen.

III. Das Google-Verfahren

1. USA

Auch gegen *Google* kam es zu Kartellverfahren auf beiden Seiten des Atlantiks. Das Verfahren in den USA ist bereits abgeschlossen. Die *Federal Trade Commission* hat es durch einen Vergleich, nämlich durch ein *consent agreement* beendet.¹⁷ Der gravierendste, das Kerngeschäft des Unternehmens betreffende Vorwurf, nämlich derjenige der wettbewerbswidrigen Manipulation des Suchalgorithmus, wurde fallengelassen. Es ging hier um das Vorbringen von Konkurrenten, dass „Universal Search“ (d.h. die gemischte Anzeige von verschiedenen Datenquellen) aufkommenden Wettbewerb behindere, und dass konkurrierende vertikale Suchdienste durch eine Änderung des Suchalgorithmus in der organischen Trefferliste zurückgestuft worden seien. Die Kommission kam zu dem Ergebnis, dass diese Maßnahmen als

¹⁷ S. *Federal Trade Commission*, Pressemitteilung vom 3.1.2013 <www.ftc.gov/opa/2013/01/google.shtm>.

Innovationen gerechtfertigt seien, selbst wenn einzelne Wettbewerber geschädigt werden sollten. *Google* verpflichtete sich aber dazu, auf Ausschließlichkeitspraktiken im Zusammenhang mit dem Werbeprogramm *AdWords* zu verzichten und allen Websites die Möglichkeit einzuräumen, ihre Inhalte den vertikalen Suchdiensten von *Google* zu entziehen, ohne von der natürlichen Trefferliste ausgeschlossen zu werden.¹⁸

2. Europäische Union

Nach mehrjähriger Vorgeschichte eröffnete die Europäische Kommission am 30. November 2010 ihr Kartellverfahren gegen *Google*.¹⁹ Im März 2013 beschränkte sie den Untersuchungsgegenstand auf vier Vorwürfe.²⁰ Wie einleitend bemerkt, scheiterte der Versuch, das Verfahren während der Amtszeit der Kommission *Barroso II* durch Verpflichtungszusage abzuschließen. Es mehrten sich politische Interventionen, die für eine stärkere Regulierung von Internetplattformen plädierten und als *ultima ratio* das Instrument der Entflechtung ins Spiel brachten.²¹ Das Europäische

¹⁸ Ein anderer wichtiger Teil des Vergleichs betraf nicht die Suchmaschine, sondern den Umgang des Unternehmens mit den durch die Übernahme von *Motorola Mobility* erworbenen Patenten. *Google* verpflichtete sich, keine Unterlassungsansprüche mehr geltend zu machen auf der Grundlage standardessentieller Patente, für welche die Rechtsvorgängerin FRAND-Erklärungen abgegeben hatte (Lizenzierungsbereitschaft zu Konditionen, die *fair, reasonable and non-discriminatory* sind). Dies entspricht dem Ausgang des *Motorola*-Verfahrens in der Europäischen Union, nur dass die Europäische Kommission sich nicht mit einer einvernehmlichen Regelung begnügte, sondern in einer Entscheidung den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung feststellte. Aufgrund der Neuheit der Problematik und der Existenz divergierender Gerichtsentscheidungen in den Mitgliedstaaten verzichtete sie aber auf die Verhängung einer Geldbuße, s. *Europäische Kommission*, 29.4.2014, AT.39985 – *Motorola*, Zusammenfassung in ABl. 2014 C 344/6.

¹⁹ *Europäische Kommission*, Pressemitteilung IP/10/1624 vom 30.11.2010.

²⁰ S.u. V.

²¹ S. z.B. den vielbeachteten Zeitungsartikel des deutschen Bundeswirtschaftsministers *Sigmar Gabriel*, Die Politik eines neuen Betriebssystems, FAZ vom 16.5.2014, S. 9.

Parlament forderte in einer EntschlieÙung die Europäische Kommission dazu auf, die Wettbewerbsregeln im digitalen Binnenmarkt „entschlossen durchzusetzen“ und „Vorschläge in Betracht zu ziehen, die darauf abzielen, Suchmaschinen von anderen kommerziellen Dienstleistungen abzukoppeln“.²² Im Herbst 2013 hatte der damalige Wettbewerbskommissar *Almunia* in einer Anhörung vor dem Europäischen Parlament darauf hingewiesen, dass die Einmischung des Europäischen Parlaments in ein laufendes Kartellverfahren ungewöhnlich sei.²³ In der Tat erscheint der Fall in hohem Maß politisiert, ein Umstand, der zumindest mitverantwortlich dafür ist, dass das Verfahren während der Amtszeit der alten Kommission nicht abgeschlossen werden konnte. Das *Google*-Verfahren ruft besonders deutlich in Erinnerung, dass die institutionelle Ausgestaltung des EU-Kartellrechts in ihrer historischen Bedingtheit unbefriedigend ist. Ein Kollegium von (derzeit) 28 Kommissionsmitgliedern ist entscheidungsbefugt, wobei nur ein Mitglied den Kartellfall näher verfolgt hat. Die Einrichtung einer unabhängigen Kartellbehörde auch auf europäischer Ebene sollte zumindest als Fernziel nicht aus den Augen verloren werden.²⁴

Weitere Vorwürfe gegen *Google* werden von der Europäischen Kommission derzeit geprüft. Hierzu gehört die Frage, welche Verhaltensanforderungen aus europäischem Kartellrecht für die Ausgestaltung des *Android*-

²² *Europäisches Parlament*, EntschlieÙung zur Stärkung der Verbraucherrechte im digitalen Binnenmarkt vom 27.11.2014, Nr. 15.

²³ *Almunia*, The Google Antitrust Case: What is at Stake?, SPEECH/13/768 vom 1.10.2013, S. 3.

²⁴ S. *Heinemann*, The Setting of Fines – Efficiency and Due Process, in Baudenbacher (Hrsg.), Current Developments in European and International Competition Law, 17th St. Gallen International Competition Law Forum – ICF 2010, Vol. 12, 2011, S. 139 (145, 154 mwN).

Betriebssysteme für Mobilfunkgeräte und Tabletcomputer folgen.²⁵ Ein formelles Verfahren wurde noch nicht eröffnet. Der vorliegende Beitrag beschränkt sich auf die Vorwürfe, die sich auf das Suchmaschinengeschäft beziehen.²⁶

IV. Marktbeherrschung

1. Funktionsweise von Suchmaschinen

a) Suchvorgang

Suchmaschinen machen die Inhalte des „weltweiten Netzes“ (*World Wide Web*²⁷) zugänglich und reduzieren hierdurch Komplexität.²⁸ Die Roboter bzw. Crawler des Suchmaschinenanbieters durchforsten das Netz und führen dessen Inhalte in einem Index auf. Richtet ein Nutzer eine Anfrage an eine

²⁵ S. hierzu *Körber*, Machtmissbrauch durch Android? – Zum Wettbewerb auf den Märkten für mobile Betriebssysteme und Anwendungen, NZKart 2014, 378 ff.; *Paal* (oben Fn. 12), GRUR 2013, 873 (879 f.).

²⁶ Ein Überblick über die *Google*-Kartellverfahren in den USA, der EU und den EU-Mitgliedstaaten findet sich bei *van Loon*, The Power of Google: First Mover Advantage or Abuse of a Dominant Position?, in: *Lopez-Tarruella* (Hrsg.), *Google and the Law – Empirical Approaches to Legal Aspects of Knowledge-Economy Business Models*, 2012, S. 9 (15 ff.). Zu Missbrauchsvorwürfen in Bezug auf das Werbeprogramm *Google AdWords* s. *Hopf*, Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung von Internetsuchmaschinen, dargestellt am Beispiel von Google, 2014, S. 161 ff., 169 ff. Zur Frage eines übermäßig weitreichenden Datenzugriffs s. *Monopolkommission*, Zwanzigstes Hauptgutachten 2012/2013 – Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte, 2014, Nr. 51 ff. Zur Frage des Ausbeutungsmissbrauchs s. *Weber/Volz*, Kartellrechtlicher Handlungsbedarf im Lichte potenzieller Meinungsmacht von Suchmaschinen, WuW 2015, 356, 361 ff.

²⁷ Das *World Wide Web* ist nur ein Teil bzw. eine Anwendung des Internet. Zur sprachlichen Vereinfachung werden in diesem Artikel die Begriffe Internet und Netz synonym verwendet.

²⁸ S. *Heinemann*, Reduktion von Komplexität durch Suchmaschinen: Ökonomische Grundlagen und kartellrechtliche Vorgaben, in *Brandi-Dohrn/Lejeune* (Hrsg.), *Recht 2.0 – Informationsrecht zwischen virtueller und realer Welt*, 2008, S. 13 ff.

Suchmaschine, durchsucht diese den Index, nicht etwa das Netz, was die hohe Reaktionsgeschwindigkeit möglich macht. Der Algorithmus der Suchmaschine entscheidet über die Platzierung, also das Ranking von Webseiten auf der Trefferliste. Die Einträge auf dieser Liste werden auch als „natürliche“ oder „organische“ Ergebnisse bezeichnet, weil sie nicht gekauft sind, sondern sich aus der Anwendung sachlicher Kriterien ergeben. Der *Google*-Algorithmus verfügt über mehr als 200 Kriterien und verzeichnet mehr als 500 Änderungen pro Jahr.²⁹ Das bekannteste Kriterium ist der *PageRank*-Algorithmus, der die Linkpopularität einer Webseite bewertet, z.B. die Anzahl der Links von anderen Webseiten sowie deren Qualität und Relevanz. Dem *PageRank*-Algorithmus wird allgemein größte Bedeutung für den Erfolg der *Google*-Suchmaschine zugemessen, die nach ihrer Aufschaltung im Jahr 1998 schnell die etablierten Suchmaschinen (wie z.B. *AltaVista*) überflügelte.

Google bietet nicht nur Suche nach Textdateien an, sondern beispielsweise auch nach Bildern und Videos. Dutzende anderer Dienste stehen zur Verfügung, wie z.B. Landkarten, Übersetzung und Büchersuche. Diese Dienste machen *Google* noch attraktiver, generieren mehr „traffic“ und steigern hierdurch die Werbeeinnahmen. Die jüngere Entwicklung geht hierüber noch hinaus: Suchmaschinen streben danach, die Antwort auf die gestellte Frage direkt zu geben, anstatt lediglich auf andere Seiten zu verweisen.³⁰ Hieraus entsteht ein Interessenkonflikt: Anstatt eine Suchanfrage durch den Verweis auf die einschlägigste Seite eines

²⁹ S. die eigenen Angaben des Unternehmens unter www.google.com/intl/de/insidesearch/howsearchworks/algorithms.html.

³⁰ S. hierzu *Crane*, Search Neutrality and Referral Dominance, 8 *Journal of Competition Law & Economics* 459 (2012).

Drittanbieters zu beantworten, liegt es nahe, eigene Dienste zu bevorzugen.³¹

b) Horizontale und vertikale Suchmaschinen

Unterschieden wird zwischen *horizontalen* und *vertikalen* Suchmaschinen. Horizontale Suchmaschinen sind allgemeiner Natur und liefern Treffer für beliebige Anfragen. Demgegenüber sind vertikale Suchmaschinen auf besondere Themen spezialisiert, z.B. auf Hotels, Restaurants, Reisen, lokale Suche, Shopping oder Preisvergleiche. Im *Google*-Kartellverfahren lautet eine wichtige Frage, inwieweit Marktmacht einer horizontalen Suchmaschine eingesetzt werden darf, um die eigenen vertikalen Dienste zu fördern.

c) Geschäftsmodell

Die Nutzer der Suchmaschine zahlen nicht für die in Anspruch genommene Dienstleistung. Die Betreiber der Suchmaschine verdienen ihr Geld mit Werbung. In seinem *AdWords*-Programm versteigert *Google* Werbeplätze auf den eigenen Ergebnisseiten. Die Werbung erscheint typischerweise oberhalb der natürlichen Trefferliste oder rechts daneben. Über *AdSense* vermittelt *Google* Werbung an die Webseiten Dritter und erhält für die Vermittlungsdienstleistung einen Teil des bezahlten Entgelts. Typisch für Suchmaschinenwerbung ist das Prinzip *pay per click*: Nicht das Aufschalten der Werbung führt zu Zahlungspflichten, sondern erst das Klicken auf die Werbung durch einen Nutzer.

³¹ *Crane*, After Search Neutrality: Drawing a Line Between Promotion and Demotion, 9 I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society 397, 400 (2014).

2. Marktabgrenzung

a) Vorbemerkung

Für die Abgrenzung der relevanten Märkte ist dementsprechend zwischen der Nutzung der Suchmaschine und dem Verkauf und der Vermittlung von Werbung zu unterscheiden. Da die Nutzer die Suchmaschine nicht (jedenfalls nicht primär) deshalb konsultieren, um zu Werbung zu gelangen, ist auch das Verhältnis zwischen Suchmaschine und Inhaltenanbietern von Bedeutung. Entsprechend kommen drei relevante Märkte in Betracht, nämlich der Nutzer- oder Suchmarkt, der Werbemarkt (bzw. die Werbemärkte) sowie der Markt für die Aufnahme von Webseiten in den Index einer Suchmaschine.³² Diese Märkte stehen allerdings nicht unverbunden nebeneinander, so dass zunächst auf das Phänomen der zweiseitigen Märkte bzw. mehrseitigen Plattformen einzugehen ist.

b) Zweiseitige Märkte/Mehrseitige Plattformen

Zweiseitige Märkte (oder allgemeiner: mehrseitige Plattformen) bringen mindestens zwei Nutzergruppen zusammen, die aufeinander in Form einer Externalität einwirken.³³ Aufgrund dieser Interaktion können die Betreiber ihre Plattform nicht lediglich auf die Interessen einer Nutzergruppe ausrichten, sondern müssen alle beteiligten Nutzergruppen im Auge behalten. Das Ziel der Gewinnmaximierung besteht nicht isoliert in Bezug auf einzelne Nutzergruppen, sondern auf die Plattform insgesamt.

³² S. z.B. *Heinemann* (oben Fn. 28), S. 18 ff.; *Höppner*, Das Verhältnis von Suchmaschinen zu Inhaltenanbietern an der Schnittstelle von Urheber- und Kartellrecht, WRP 2012, 625 (626); *Monopolkommission* (oben Fn. 26), Nr. 29.

³³ Grundlegend *Rochet/Tirole*, Platform Competition in Two-Sided Markets, 1 Journal of the European Economic Association 990 (2003).

Im Internet existieren zahlreiche mehrseitige Plattformen, z.B. soziale Netzwerke und Suchmaschinen. Je mehr Nutzer die Plattform hat, desto attraktiver ist sie für die werbende Wirtschaft. Die maximale Verbreitung der Plattform wird damit wichtiger als die Generierung von Einnahmen gegenüber jeder einzelnen Nutzergruppe. Die Preise gegenüber einer Nutzergruppe können also sehr niedrig sein, weil die größtmögliche Verbreitung der Plattform zu hohen Einnahmen bei der anderen Nutzergruppe führt. Im Extremfall sinkt der Preis gegenüber der einen Nutzergruppe (jedenfalls pekuniär) auf null.³⁴ So verhält es sich beispielsweise bei den Suchmaschinen, für deren Leistungen der Nutzer keine Geldzahlung erbringt.

Aus der Höhe des Preises gegenüber einer Nutzergruppe kann somit nicht auf die Intensität des Wettbewerbs geschlossen werden. Selbst im Monopol kann der Gleichgewichtspreis gegenüber einer Nutzergruppe null betragen. Hervorzuheben ist die Tatsache, dass das Konzept der mehrseitigen Plattformen die Interdependenzen zwischen den verschiedenen Plattformseiten hervorhebt. Dies ändert aber nichts daran, dass die einzelnen Seiten der Plattform eigenständige Märkte sind.³⁵

c) Nutzermarkt

Das Konzept der mehrseitigen Plattformen ist von besonderer Bedeutung für die Definition des relevanten Nutzermarktes. Im Zentrum eines schon lange geführten Meinungsstreits steht die Frage, ob ein Markt im kartellrechtlichen

³⁴ Dewenter/Rösch, Einführung in die neue Ökonomie der Medienmärkte, 2014, S. 123 f. Zu den kartellrechtlichen Problemen von Gratisprodukten s. Gall/Rubinfeld, The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement, NYU School of Law, Law & Economics Research Paper Series, Working Paper No. 14-44, 2015 <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2529425>.

³⁵ Dewenter/Rösch (oben Fn. 34), S. 119.

Sinn Entgeltlichkeit voraussetzt. Die Befürworter dieses Kriteriums machen geltend, dass einem Markt zwingend ein entgeltliches Austauschverhältnis zugrunde liegen müsse.³⁶ Diesem Standpunkt ist zuzugestehen, dass ein Markt der Ort ist, an dem Angebot und Nachfrage aufeinandertreffen, also ein Austausch stattfindet. Im Kartellrecht gilt aber eine wirtschaftliche Betrachtungsweise: Beim Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage muss es nicht unbedingt zu einem Vertragsschluss im juristischen Sinn kommen. Auch muss die Gegenleistung der Nachfrager nicht unbedingt pekuniärer Natur sein. Entscheidend ist, dass der Anbieter einen wirtschaftlichen Gegenwert für seine Leistung bekommt.³⁷

Im Zusammenhang mit Suchmaschinen erbringt der Nutzer seine Gegenleistung für den Suchdienst auf zweierlei Weise: Einerseits schenkt er der Suchmaschine und insbesondere deren Trefferliste Aufmerksamkeit,³⁸ wodurch er interessant für die werbende Wirtschaft wird, die Präsenz um die Trefferliste herum markiert. Und andererseits erhält der Betreiber der Suchmaschine Einsicht in das Nutzerverhalten, was ihm die Verbesserung der Suchmaschine erlaubt. Der Nutzer zahlt also mit seinen eigenen Daten, getreu dem Motto „If you're not paying for the product, you are the product“.

³⁶ *Bechtold*, *GWB*, 7. Aufl. 2013, § 18 *GWB* Rn. 6; *Kersting/Dworschak*, *Leistungsschutzrecht für Presseverlage: Müsste Google wirklich zahlen? Eine kartellrechtliche Analyse*, *NZKart* 2013, 46 (47 f.); *Wiedemann*, in *Wiedemann* (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 2. Aufl. 2008, § 23 Rn. 7; *LG Hamburg*, Beschluss vom 4.4.2013, Az.: 408 HKO 36/13 – *Verband deutscher Wetterdienstleister/Google* (summarisches Verfahren), S. 2; differenzierend *Schulz/Held/Laudien*, *Suchmaschinen als Gatekeeper in der öffentlichen Kommunikation*, 2005, S. 84.

³⁷ *Weber/Volz* (oben Fn. 26), *WuW* 2015, 356, 356, 358 f.

³⁸ S. grundlegend *Franck*, *Ökonomie der Aufmerksamkeit – Ein Entwurf*, 1998.

Richtigerweise sollte schon der erste Aspekt, nämlich das Werben um die Aufmerksamkeit der Nutzer, zur Annahme eines relevanten Marktes im Sinne des Kartellrechts ausreichen.³⁹ Das Konzept der mehrseitigen Plattformen hat gezeigt, dass die Frage des Entgelts eine Zufälligkeit darstellt, die von den konkreten Eigenschaften der jeweiligen Plattform abhängt. Im Kartellrecht besteht eine „Resonanzpflicht“ im Hinblick auf wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse: Zwar trifft der Rechtsanwender eine autonome Entscheidung über die Heranziehung wirtschaftswissenschaftlicher Konzepte, aber wissenschaftliche Durchbrüche sind zu berücksichtigen.⁴⁰ Eine solche Errungenschaft ist das Konzept der mehrseitigen Plattformen.⁴¹ Es erklärt, warum der Betreiber der Plattform auf ein Entgelt gegenüber den Suchenden verzichtet und sich lieber an die werbende Wirtschaft hält.⁴² Die kontinuierlichen Innovationen durch *Google* veranschaulichen, wem hohen Wert das Unternehmen auf die Aufmerksamkeit der Nutzer legt, und wie intensiv der Wettbewerb um deren Aufmerksamkeit geführt wird. Aus diesem Grund sind eigene Nutzermärkte anzunehmen, und zwar schon unabhängig

³⁹ *Heinemann* (oben Fn. 28), S. 20; *Kühling/Gauß*, Expansionslust von Google als Herausforderung für das Kartellrecht, MMR 2007, 751 (752); anders *Paal* (oben Fn. 12), GRUR 2013, 873 (876), der zwar ebenfalls eigenständige Nutzermärkte annimmt, dies aber mit der Lieferung von Daten begründet.

⁴⁰ *Amstutz/Carron* in Basler Kommentar zum Kartellgesetz, 2010, Art. 7 KG Rn. 5. Umfassend *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, Moderne ökonomische Ansätze in der europäischen und deutschen Zusammenschlusskontrolle, 2. Aufl. 2011.

⁴¹ Zur Bedeutung des Konzepts der mehrseitigen Plattformen für Suchmaschinen s. beispielsweise *Haucap/Heimeshoff*, Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet driving competition or market monopolization?, 11 International Economics and Economic Policy 49 (2014); *Thépot*, Market Power in Online Search and Social Networking: A Matter of Two-Sided Markets, 36 World Competition 195 (2013).

⁴² *Filistrucchi/Geradin/van Damme/Affeldt*, Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice, 10 Journal of Competition Law & Economics 293, 318 (2014).

von dem lediglich unterstützenden Argument, dass die Nutzer auch mit ihren Daten zahlen.⁴³

d) Werbemärkte

Unternehmen sind ständig auf der Suche nach dem richtigen Werbemix. Geworben werden kann auf traditionellen Wegen, beispielsweise in Zeitungen und Zeitschriften, in Radio und Fernsehen, auf Plakaten oder bei Veranstaltungen. Hinzugetreten ist die Werbung im Internet in ihren verschiedenen Formen, z.B. Display-Werbung in Form von Werbebannern oder Suchmaschinenwerbung, indem die jeweils passende Werbung zu den Suchanfragen der Nutzer geschaltet wird. Es wäre denkbar, alle Werbeformen einem einheitlichen Werbemarkt zuzuordnen. Einem Unternehmen stehen nur begrenzte Mittel zur Werbung zur Verfügung, die auf die verschiedenen Werbeformen aufzuteilen sind. Mehr Onlinewerbung geht zu Lasten anderer Werbeformen („Offlinewerbung“), was für allgemeine Substituierbarkeit sprechen könnte.⁴⁴

Wie die Europäische Kommission bei der Genehmigung der Fusion zwischen *Google* und *DoubleClick* ausgeführt hat, entspricht dies aber nicht der Wahrnehmung der Marktteilnehmer. Die Mehrheit der im Rahmen einer Marktuntersuchung Befragten führte aus, dass Online- und Offlinemärkte als getrennte Märkte wahrgenommen werden. Onlinewerbung könne durch die verschiedenen technischen Möglichkeiten gezielter eingesetzt werden und erlaube auch genauere Rückschlüsse auf das Konsumentenverhalten.

⁴³ S. auch *Körber*, *Google im Fokus des Kartellrechts*, WRP 2012, 761 (764), der zu Recht Konsistenz mit den Fällen einfordert, in denen die europäischen Instanzen eigene Märkte für (unentgeltlich verteilte) Browser, Media Player und Konsumentenkommunikationsdienste annehmen.

⁴⁴ S. die Überlegungen von *Thépot* (oben Fn. 41), 36 *World Competition* 195, 209 ff. (2013).

Außerdem ermögliche die Bestimmung des Entgelts auf der Grundlage von *pay per click* eine sehr viel genauere Abrechnung, als es bei den Offline-Werbeformen möglich sei.⁴⁵ In der Tat hat die Onlinewerbung die Zielgenauigkeit des Marketing entscheidend verbessert. In der *Old Economy* galt noch der Spruch von *Henry Ford*: „Die Hälfte meines Werbebudgets ist zum Fenster hinaus geworfen. Ich weiß nur nicht welche.“ Bei datengestützter Werbung ist dieses Problem entschärft: Die Botschaft erreicht genau die Zielgruppe, und bei klickgenauer Abrechnung erhält die werbende Wirtschaft sogar eine Rückmeldung des Adressaten. Zwischen Offline- und Onlinewerbung ist deshalb zu unterscheiden.⁴⁶

Die Europäische Kommission hat mangels Entscheidungserheblichkeit die Frage offengelassen, ob innerhalb der Onlinewerbung eine noch feinere Marktabgrenzung vorzunehmen ist, ob beispielsweise ein eigener relevanter Markt für suchgebundene Werbung („Suchmaschinenwerbung“) anzunehmen ist.⁴⁷ Manche Autoren betonen die Austauschbarkeit der verschiedenen Dienstleistungen im Internet aus der Perspektive der Werbetreibenden. Suchmaschinen, soziale Netzwerke, E-Commerce-Anbieter, Musikportale, Computerspielentwickler, Nachrichtenseiten, Unterhaltungsprogramme und (Micro-)Blogging stünden miteinander im Wettbewerb um die zeitlich limitierte Aufmerksamkeit der Nutzer. Die werbende Wirtschaft beobachte die Effektivität der Werbung auf den verschiedenen Websites genau und schichte

⁴⁵ *Europäische Kommission*, 11.3.2008, COMP/M.4731 – *Google/DoubleClick*, Nr. 44 ff.; ständige Praxis, s. z.B. die Nachweise in Fn. 36 der Kommissionsentscheidung.

⁴⁶ In diesem Sinn auch *Europäische Kommission*, 3.10.2014, COMP/M.7217 – *Facebook/WhatsApp*, Nr. 75.

⁴⁷ *Ibid.*, Nr. 56. So auch *Europäische Kommission*, 18.2.2010, COMP/M.5727 – *Microsoft/Yahoo! Search Business*, Rn. 75. S. die eingehende Diskussion bei *Babey*, Kartellrechtliche Anforderungen an Suchmaschinen, Diss. 2010, S. 56 ff.

die für Werbung zur Verfügung stehenden Mittel entsprechend um.⁴⁸ Zugunsten einer weiten Marktabgrenzung lässt sich hinzufügen, dass heute verhaltensorientierte Methoden zur Verfügung stehen, die ganz allgemein eine individuelle Kontextualisierung von Werbung erlauben. Auf der Grundlage von *Cookies* kann Werbung geschaltet werden, die zum Verhalten des Nutzers in der Vergangenheit passt, auch wenn dieser im Moment keine Anfrage an eine Suchmaschine richtet. Zudem sind soziale Netzwerke über die Vorlieben ihrer Mitglieder bestens informiert.⁴⁹ Diese Faktoren lassen sich als Argument zugunsten eines aggregierten Marktes für suchgebundene und nicht suchgebundene Online-Werbung heranziehen.⁵⁰

Die US-amerikanische *Federal Trade Commission* hat demgegenüber im *Google-DoubleClick*-Fusionsfall festgestellt, dass Werbeflächen, die durch Suchmaschinen verkauft werden, und Online-Werbeflächen auf anderen Websites keine Substitute darstellten.⁵¹ Auch die französische *Autorité de la Concurrence* hat in einem Gutachten für den Wirtschaftsminister den Standpunkt vertreten, dass suchbezogene Werbung einen spezifischen Markt

⁴⁸ In diesem Sinn *Evans*, Attention Rivalry Among Online Platforms, 9 *Journal of Competition Law & Economics* 313, 338 ff. (2013).

⁴⁹ Vgl. *Europäische Kommission*, 3.10.2014, COMP/M.7217 – *Facebook/WhatsApp*, Rn. 70.

⁵⁰ In diesem Sinn *Weber*, Competition Law Issues in the Online World, 2013 <ssrn.com/link/20th-St-Gallen-ICF.html>, S. 16 ff.

⁵¹ *Federal Trade Commission*, 20.12.2007, Statement Concerning Google/DoubleClick, S. 3 <www.ftc.gov/public-statements/2007/12/statement-federal-trade-commission-concerning-googledoubleclick>. Die Praxis ist aber uneinheitlich. Den gegenteiligen Standpunkt nimmt die bekannte Entscheidung eines kalifornischen District Court ein, *KinderStart.com LLC v. Google, Inc.*, C 06-2057 JF (N.D. Cal. March 16, 2007).

konstituiere und nicht durch andere Formen kommerzieller Kommunikation ersetzt werden könne.⁵²

Für diesen Standpunkt spricht die Tatsache, dass Suchmaschinenwerbung Interessenten am präzisesten erreicht.⁵³ Fragen der Marktabgrenzung sind allerdings empirischer Natur. Obwohl viel für die Annahme eines eigenen Marktes für Suchmaschinenwerbung spricht, ist die Frage nach der richtigen Marktabgrenzung der (Online-)Werbemärkte derzeit als offen zu bezeichnen.⁵⁴ In diesem Zusammenhang ist auch hervorzuheben, dass nicht bereits jeder Wettbewerbsdruck zwischen verschiedenen Werbeformen zur Annahme eines einheitlichen Marktes zwingt. Auch wenn eine differenzierte Marktabgrenzung erfolgt, können crossmediale Wirkungen zwischen diesen Märkten in der wettbewerbsrechtlichen Analyse berücksichtigt werden. Schließlich sei festgehalten, dass von den Werbemärkten die Märkte für die Vermittlung von Werbung zu unterscheiden sind.

e) Aufnahme in den Index

Unternehmen haben ein starkes Interesse daran, in den Index eines Suchmaschinenbetreibers zu gelangen, da sie nur auf diesem Weg über Suchanfragen in die Trefferliste gelangen können. Es gilt der Grundsatz esse

⁵² *Autorité de la concurrence*, Avis n° 10-A-29 du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne <www.autoritedelaconcurrence.fr/user/avisdec.php?numero=10A29>.

⁵³ Für einen eigenen Markt suchbezogener Werbung beispielsweise *Babey* (oben Fn. 47), S. 58; *Körber* (oben Fn. 43), WRP 2012, 761 (763); *Ott*, Ich will hier rein! Suchmaschinen und Kartellrecht, MMR 2006, 195 (198); *Paal*, Netz- und Suchmaschinenneutralität im Wettbewerbsrecht, AfP 2011, 521 (526); *Zingales*, Product Market Definition in Online Search and Advertising, 9 *The Competition Law Review* 29, 43 f. (2013).

⁵⁴ So auch *Europäische Kommission*, 3.10.2014, COMP/M.7217 – *Facebook/WhatsApp*, Nr. 79; die Untersuchung lege aber in hohem Grad eine Unterteilung der Online-Werbemärkte in suchgebundene und nicht-suchgebundene Werbung nahe, *ibid.*, Nr. 76.

est percipi: Wer im Netz nicht auffindbar ist, existiert auch nicht.⁵⁵ Wie die Ausführungen zu den Nutzermärkten deutlich gemacht haben, steht die Unentgeltlichkeit der Aufnahme in den Index der Annahme eines eigenen relevanten Marktes nicht entgegen. Die Existenz eines Marktes sollte auch nicht davon abhängig gemacht werden, dass die betreffenden Seiten urheberrechtlich geschützt sind.⁵⁶ Wie oben ausgeführt, setzt die Annahme eines kartellrechtlich relevanten Marktes nicht die Existenz von Rechtsgeschäften im juristischen Sinn voraus, sondern hängt von einem wirtschaftlichen Leistungsaustausch ab. Bei der Aufnahme von Inhalten in den Index geht es unter anderem darum, dass der Suchmaschinenbetreiber die Qualität seiner Suchmaschine steigern und der Inhalteanbieter den Zugang zu seinem Internetauftritt verbessern möchte. Um diese Ziele zu erreichen, nimmt der Suchmaschinenbetreiber Inhalte in den Index auf, und Webseitenbetreiber bieten ihre Inhalte zur Indexierung an. Entscheidend für die Annahme eines eigenen Marktes ist also die Tatsache, dass es ein Angebot von und eine Nachfrage nach Indexierung gibt.⁵⁷

f) Komplikationen

aa) Problemstellung

Das wichtigste Kriterium für die sachliche Marktabgrenzung ist das Bedarfsmarktkonzept: Sämtliche Produkte, die von der Marktgegenseite als austauschbar angesehen werden, gehören zum selben sachlich relevanten

⁵⁵ *Heinemann* (oben Fn. 28), S. 14.

⁵⁶ Vgl. *Ott* (oben Fn. 53), MMR 2006, 195 (196 f.); *Paal* (oben Fn. 12), GRUR 2013, 873 (876).

⁵⁷ Für die Annahme eines Marktes für die Aufnahme in den Suchmaschinenindex auch *Höppner* (oben Fn. 32), WRP 2012, 625 (626); *Paal* (oben Fn. 12), GRUR 2013, 873 (876); *Weber/Volz*, Online Marketing und Wettbewerbsrecht, 2011, Rn. 388.

Markt.⁵⁸ In Bezug auf die oben skizzierten Nutzermärkte stellt sich die Frage, ob sich die von den Nutzern nachgefragte Dienstleistung auf Anfragen an eine Suchmaschine beschränkt, oder ob weitere Methoden zur Zielerreichung relevante Substitute sind. Analysiert man die Wege, auf denen ein Nutzer eine bestimmte Homepage erreicht, so sind neben den Suchmaschinen Links von anderen Websites, soziale Medien, Werbung und der direkte Zugang (z.B. über vom Nutzer abgelegte Lesezeichen oder direktes Eingeben der Webadresse⁵⁹) von Bedeutung. *Ebay.de* wird beispielsweise von 50 Prozent der Nutzer direkt angesteuert, 26 Prozent werden durch Links geleitet, 19 Prozent kommen von einer Suchmaschine und der (kleine) Rest über soziale Medien und Werbung.⁶⁰ Nur ein Fünftel der Besucher kommt also direkt von einer Suchmaschine und 80 Prozent auf anderem Weg. Die Zahlen variieren sehr stark zwischen den verschiedenen Domains. So ist beispielsweise die Bekanntheit der Website von großer Bedeutung: Beliebte Adressen werden häufiger direkt konsultiert als weniger geläufige, z.B. weil Nutzer die Webadresse als Lesezeichen in ihrem Browser abgelegt haben. Insgesamt ist festzustellen, dass der Weg über Suchmaschinen nicht der einzige und häufig nicht einmal der wichtigste ist, um zu bestimmten Orten im Netz zu gelangen.⁶¹

⁵⁸ *Europäische Kommission*, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. 1997, C 372/5, Nr. 7.

⁵⁹ Nämlich des *Uniform Resource Locator – URL*.

⁶⁰ S. die Angaben zu *Ebay.de* bei www.similarweb.com (konsultiert am 8.3.2015).

⁶¹ Suchmaschinen können allerdings auch dann von Bedeutung sein, wenn eine Website über den Link auf anderen Seiten angesteuert wurde, und die Suche ursprünglich bei einer Suchmaschine begann. Die (schwierig zu ermittelnde) mittelbare Wirkung von Suchmaschinen ist also in die Betrachtung einzubeziehen.

Eine weitere Komplikation ergibt sich aus der Art der gesuchten Information. So hat der Nutzer bei Anfragen von hoher kommerzieller Relevanz (Shopping, Flug, Hotel oder Restaurant) die Wahl zwischen horizontalen und vertikalen Suchmaschinen oder auch Empfehlungen in sozialen Netzwerken. Geht es hingegen um allgemeine Informationen (Politik, Geschichte, Gesellschaft, Kultur), können auch spezielle Websites, Wikipedia oder ein Lexikon eine Alternative zur Suchmaschine sein. Ist die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes also weiter zu verfeinern und von der Art der gesuchten Information abhängig zu machen?

bb) Wege zum Ziel

Was den erstgenannten Punkt betrifft, also die verschiedenen Wege, die zum Ziel im Internet führen können, ist eine Rückbesinnung auf das Grundanliegen der Marktabgrenzung erforderlich. Die Wettbewerbskräfte sind zu ermitteln, denen sich die beteiligten Unternehmen zu stellen haben.⁶² Suchmaschinen wollen den Nutzern Informationen zur Verfügung stellen, die diese noch nicht haben, bzw. nur unter einem Aufwand hervorholen können, der die (geringe) Mühe der Suchmaschinennutzung übersteigt. Der direkte Zugang zu einer Website ist kein Substitut zur Suche, da er keine unternehmerische Dienstleistung darstellt, sondern eine Aktivität des Nutzers selbst. Direktzugang kann dem Suchmaschinenbetreiber also keine Schranken setzen. Auch die Links von anderen Websites, der Weg über Werbung oder die sozialen Medien unterscheiden sich wesentlich von der Dienstleistung einer Suchmaschine. Links oder Werbung können den Impuls zum Aufsuchen einer anderen Website erzeugen. Sie stehen aber in der typischen Suchsituation nicht zur Verfügung, in der eine selbst erzeugte Frage an die Suchmaschine gestellt wird. Eine Kontaktaufnahme in einem

⁶² Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes (oben Fn. 58), Nr. 2.

sozialen Netzwerk ist mit der Dienstleistung einer Suchmaschine nicht vergleichbar, da diese in Sekundenbruchteilen erfolgt. Für die Bestimmung der Wettbewerbskräfte sind die genannten alternativen Wege deshalb nicht relevant. Auch diejenigen, welche die Bedeutung alternativer Zielerreichung unterstreichen, tun dies im Zusammenhang mit der Bestimmung von Marktmacht bzw. Marktbeherrschung, aber nicht bereits bei der Marktabgrenzung.⁶³

cc) Art der gesuchten Information

Was die Art der gesuchten Information betrifft, so ist zuzugestehen, dass die Substitutionsverhältnisse sich in Abhängigkeit von der Suchfrage ändern. In letzter Konsequenz würde man zu unterschiedlichen Marktdefinitionen für jede Suchanfrage oder zumindest für jeden Typus einer Suchanfrage gelangen.⁶⁴ Das Problem der Marktatomisierung⁶⁵ ist aus anderen Zusammenhängen bekannt, z.B. bei der Abgrenzung von Sportmärkten⁶⁶ oder kulturellen Märkten.⁶⁷ Dem Phänomen ist dadurch zu begegnen, dass eine enge Marktabgrenzung nur bei Einzigartigkeit des betreffenden Produkts angenommen werden sollte. Im Übrigen ist auf die hinreichend aggregierten Vorlieben der Marktgegenseite abzustellen.⁶⁸ Im Zusammenhang mit Suchmaschinen ist deshalb auf eine Differenzierung nach Typus der

⁶³ S. *Crane* (oben Fn. 30), 8 *Journal of Competition Law & Economics* 459, 463 ff. (2012).

⁶⁴ In diesem Sinn *Dewenter/Rösch* (oben Fn. 34), S. 242 f.

⁶⁵ S. *Rittner/Dreher/Kulka*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 8. Aufl. 2014, Rn. 735.

⁶⁶ BGHZ 101, 100: Eigener relevanter Markt für ein einzelnes Heimspiel des 1. FC Köln im UEFA-Cup.

⁶⁷ District Court (S.D. New York), 5.7.1994 – *Vitale/Marlborough Gallery*, 1994-1 Trade Cases P 70, 654: Eigener relevanter Markt für die Bilder von *Jackson Pollock*.

⁶⁸ S. *Ullrich/Heinemann*, in Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1.EU/Teil 2, 5. Aufl. 2012, GRUR B Rn. 47.

Suchanfrage (z.B. Shopping, Flug, Hotel, Restaurant, Politik, Geschichte, Gesellschaft oder Kultur) zu verzichten.

dd) Horizontale und vertikale Suchmaschinen

Relevant ist hingegen der Unterschied zwischen horizontalen und vertikalen Suchmaschinen. Allgemeine Suchdienste sind nur in Ausnahmefällen durch besondere Suchdienste substituierbar, nämlich wenn nach einer Information gesucht wird, die zufälligerweise in den Spezialisierungsbereich einer vertikalen Suchmaschine fällt. Komplizierter ist die Substituierbarkeit in umgekehrter Richtung: Vertikale wären durch horizontale Suchmaschinen im Prinzip ersetzbar, wenn die horizontale Suchmaschine Ergebnisse vergleichbarer Qualität lieferte. Da in diesen Fällen aber eher ein Verweis der horizontalen Suchmaschine auf die Ergebnisse eigener oder fremder Vertikaldienste zu beobachten ist, besteht kein hinreichender Grund zur Annahme einer solchen asymmetrischen Substituierbarkeit.

Es ist deshalb von getrennten Märkten für horizontale und vertikale Suche auszugehen.⁶⁹ Auch die Europäische Kommission hat im fusionskontrollrechtlichen Verfahren über die Übernahme der Suchmaschinenpartie von *Yahoo* durch *Microsoft* ausgeführt, dass generelle Internetsuche von vertikaler Internetsuche unterschieden werden müsse.⁷⁰ Der Vorbehalt ist hinzuzufügen, dass Fragen der Marktabgrenzung empirischer Natur sind, nämlich von den Präferenzen der Marktgegenseite abhängen, die ihrerseits stark durch den Stand der Technologie geprägt

⁶⁹ In diesem Sinn auch *Dewenter/Rösch/Terschüren*, Abgrenzung zweiseitiger Märkte am Beispiel von Internetsuchmaschinen, NZKart 2014, 387 (392); *van Loon* (oben Fn. 26), S. 25; *Monopolkommission* (oben Fn. 26), Nr. 29; *Weber* (oben Fn. 50), S. 9.

⁷⁰ *Europäische Kommission*, 18.2.2010, COMP/M.5727 – *Microsoft/Yahoo! Search Business*, Nr. 31. Die Kommission ließ die Frage aber offen, ob überhaupt Suchmärkte existieren, s. *ibid.*, Nr. 86.

werden. Die Entwicklung der Suchmaschinenmärkte ist also genauestens zu beobachten.

g) Vom SSNIP-Test zum SSNDQ-Test

Bei der Frage, ob zwischen verschiedenen Produkten Substituierbarkeit besteht, ist nicht nur auf deren Eigenschaften, sondern auch auf deren Preis abzustellen.⁷¹ Nach dem SSNIP-Test gehören zwei Produkte zum selben Produktmarkt, wenn eine Änderung der relativen Preise um fünf bis zehn Prozent für das preiserhöhende Unternehmen aufgrund der preisbedingten Kundenabwanderung unprofitabel ist.⁷² Ein auf (hypothetischen) Preiserhöhungen basierender Test funktioniert nicht, wenn eine Dienstleistung – z.B. aufgrund des Phänomens zweiseitiger Märkte – ohne pekuniäres Entgelt erbracht wird. Es gibt Bestrebungen, den SSNIP-Test an die Besonderheiten mehrseitiger Plattformen anzupassen.⁷³ Wenn man bedenkt, wie groß die Hemmschwelle zur Anwendung des SSNIP-Tests schon bei einseitigen Märkten ist, bestehen Zweifel an einer Praktikabilität weiterer Komplikationen.

Stattdessen sollte die Tatsache nutzbar gemacht werden, dass neben dem Preis die Qualität ein wichtiger Wettbewerbsparameter ist. Der SSNIP-Test

⁷¹ Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes (oben Fn. 58), Nr. 7.

⁷² Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes (oben Fn. 58), Nr. 15 ff. SSNIP steht für „small but significant and non-transitory increase in price“. Zu den Grenzen dieses Tests s. *Roth/Ackermann*, in *Frankfurter Kommentar*, Grundfragen Art. 81 Abs. 1 EG Rn. 375 (2009).

⁷³ S. Nachweise und Diskussion bei *Filistrucchi/Geradin/van Damme/Affeldt* (oben Fn. 42), 10 *Journal of Competition Law & Economics* 293, 329 ff. (2014); *Thépot* (oben Fn. 41), 36 *World Competition* 195, 216 (2013).

sollte um einen SSNDQ-Test ergänzt werden.⁷⁴ Es ist die Frage zu stellen, ob eine kleine, aber signifikante Verschlechterung der Qualität (*small but significant and non-transitory decrease in quality*) für den Betreiber des Dienstes profitabel ist. Die Einsparungen auf Kosten der Qualität sind zu vergleichen mit den Verlusten, die durch die mögliche Abwanderung von Nutzern zu anderen Angeboten entstehen, z.B. aufgrund einer Verringerung der Werbeeinnahmen.

Die hohe Qualität ist der maßgebliche Erfolgsfaktor der *Google*-Suchmaschine. Es liegt nahe, dass Qualitätsverschlechterungen zur Abwanderung der Nutzer zu konkurrierenden Suchmaschinen wie *Bing* oder *Yahoo* führen würden.⁷⁵ Weniger plausibel erscheint die Annahme, dass die Nutzer aufgrund der (kleinen) Qualitätsverschlechterung nun vermehrt Webadressen selbst eingeben, die Links von anderen Websites nutzen oder den Weg über Werbung oder die sozialen Medien wählen. Auch wenn der SSNDQ-Test wie der SSNIP-Test empirischer Natur ist und folglich der praktischen Anwendung bedarf, erscheint es doch plausibel, dass der qualitätsbasierte Test das Ergebnis eines separaten Suchmaschinenmarktes unterstützt.

⁷⁴ So der Vorschlag von *Gebicka/Heinemann*, *Social Media & Competition Law*, 37 *World Competition* 149, 156 ff. (2014). In diesem Sinn auch *Gal/Rubinfeld* (oben Fn. 34), S. 35, welche für Märkte, in denen alle Güter kostenlos angeboten werden, einen SSNIQ-Test vorschlagen.

⁷⁵ S. aber *Bracha/Pasquale*, *Federal Search Commission? Access, Fairness, and Accountability in the Law of Search*, 93 *Cornell Law Review* 1149, 1183 (2008): Qualitätsverschlechterungen, die nicht zu drastisch ausfallen, werden vom Nutzer mangels Einblicks in den Suchalgorithmus möglicherweise nicht bemerkt.

h) Räumliche Marktabgrenzung

aa) Nutzermärkte

Google hat sein Suchangebot stark differenziert, indem für die meisten Länder eine eigene Suchfunktion zur Verfügung steht, die durch den Zusatz der länderspezifischen Top Level Domain (z.B. *google.de* oder *google.ch*) gekennzeichnet ist.⁷⁶ Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob es nationale Märkte für die Nutzung von Suchmaschinen gibt, oder ob der räumlich relevante Markt weiter, nämlich nach Sprachgebieten, regional oder weltweit abzugrenzen ist. Es ist anerkannt, dass nationale oder regionale Präferenzen, das tatsächliche Kundenverhalten und Produkt- und Markendifferenzierung in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen sind.⁷⁷ Wie bei der sachlichen Marktabgrenzung ist auch in räumlicher Hinsicht die Frage nach der Substituierbarkeit aus der Perspektive der Marktgegenseite zu stellen. Der SSNIP-Test, der im Prinzip auch bei der räumlichen Marktabgrenzung heranzuziehen ist,⁷⁸ hilft auf den Gratismärkten mehrseitiger Plattformen aus den bereits genannten Gründen nicht weiter. Auch die auf traditionellen Märkten wichtigen Faktoren wie Transportkosten und Produkthaltbarkeit sind für Internetdienstleistungen ohne Bedeutung.

Ein nützliches Hilfsmittel bei der Abgrenzung von geographischen Märkten ist die Frage nach dem Hauptabsatzgebiet.⁷⁹ Die Dienste von Suchmaschinen sind weltweit abrufbar, soweit Staaten den Zugang zur Suchmaschine nicht sperren. Es ist deshalb durchaus denkbar, den Nutzermarkt weltweit zu

⁷⁶ S. die Auflistung unter <http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_Google_domains>.

⁷⁷ Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes (oben Fn. 58), Nr. 29.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Zur räumlichen Marktabgrenzung s. *Emmerich*, Kartellrecht, 13. Aufl. 2014, § 9 Rn. 15 ff.

definieren.⁸⁰ Andererseits ist starke Produktdifferenzierung festzustellen: Die Suchergebnisse für denselben Suchbegriff variieren zwischen den Landesversionen der Suchmaschine, so dass keine beliebige Austauschbarkeit besteht.⁸¹ Die Bedeutung der Landesversionen ist so groß, dass der Nutzer bei Eingabe von „google.com“ offenbar auf die Suchmaschinenversion des eigenen Landes umgeleitet wird. Auch unterscheidet sich die Beliebtheit von Suchmaschinen je nach Land teilweise beträchtlich voneinander. Dies spricht für eine nationale Marktabgrenzung von Nutzermärkten.⁸²

Wie die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes ist die räumliche Marktabgrenzung eine empirische Frage, die nicht abstrakt beantwortet werden kann. Legt man den hier vorgeschlagenen SSNDQ-Test zugrunde, wäre den Nutzern die Frage zu stellen, ob sie auf eine andere Suchmaschinenversion ausweichen würden, wenn die Qualität ihrer eigenen Landesversion signifikant abgesenkt würde, die Qualität anderer Länderversionen aber unverändert bliebe. Die Annahme erscheint plausibel, dass die Nutzer in diesem Fall auf eine andere Landesversion derselben Sprache ausweichen würden, so dass sich eine geographische Marktabgrenzung nach Sprachräumen ergäbe.

bb) Werbemärkte

Im Bereich der Werbung hat die Europäische Kommission die Märkte in Bezug auf die Bereitstellung von Online-Werbeflächen national bzw. nach

⁸⁰ So z.B. *Babey* (oben Fn. 47), S. 70; *van Loon* (oben Fn. 26), S. 25 f. (weltweit für horizontale Suche, national bzw. nach Sprachgrenzen für vertikale Suche); *Weber/Volz* (oben Fn. 57), Rn. 395.

⁸¹ Man gebe z.B. das Wort „Bundesrat“ in google.de und google.ch ein.

⁸² In diesem Sinn *Hopf* (oben Fn. 26), S. 73.

Sprachgrenzen abgegrenzt und hierfür auf nationale Vorlieben, die Sprache und kulturelle Besonderheiten verwiesen.⁸³ Diese Umstände spielen demgegenüber keine Rolle für die Vermittlung von Online-Werbung, da Vermittlungsdienstleistungen in Europa auch grenzüberschreitend erbracht werden. Der räumliche Markt für die Vermittlung von Online-Werbung ist deshalb regional, nämlich EWR-weit zu fassen.⁸⁴

cc) Aufnahme in den Index

Was den Markt für die Aufnahme in den Index betrifft, so besteht die Besonderheit darin, dass Suchmaschinenindizes weltweit einheitlich erstellt werden. Dies spricht für die Annahme eines Weltmarktes.⁸⁵ Die Sprachenfrage wirkt sich für die Aufnahme in den Index nicht aus. Sie wird erst bei Suchanfragen, also auf den Nutzermärkten relevant.

i) Fazit

Suchmaschinen konstituieren dreiseitige Märkte, nämlich Nutzermärkte, Werbemärkte und einen Markt für die Aufnahme in den Index. Der Suchmaschinenbetreiber erbringt also Dienstleistungen an die Nutzer, an die werbende Wirtschaft und an die Anbieter von Inhalten. Zwischen diesen drei Seiten bestehen starke Externalitäten, so dass eine typische mehrseitige Plattform im Sinn der neueren Industrieökonomik vorliegt. Es liegen wichtige Einsichten zu den relevanten Märkten vor. Fragen der Marktabgrenzung sind aber empirischer Natur und bedürfen der Aufarbeitung durch die Kartellbehörden. In Einzelfragen besteht noch Klärungsbedarf.

⁸³ Europäische Kommission, 11.3.2008, COMP/M.4731 – *Google/DoubleClick*, Nr. 83 f.

⁸⁴ *Ibid.*, Nr. 88.

⁸⁵ *Babey* (oben Fn. 47), S. 70 f.; *Hopf* (oben Fn. 26), S. 83.

3. Marktbeherrschende Stellung

Auf mehrseitigen Plattformen sind bei der Frage der Marktbeherrschung die Interaktionen zwischen den verschiedenen Marktseiten zu berücksichtigen. Beispielsweise kann eine starke Stellung auf einer Marktseite Verhaltensspielräume auf einer anderen Marktseite eröffnen oder verstärken. Umgekehrt kann Marktmacht auf einer Plattformseite durch wirksamen Wettbewerb auf anderen Seiten kontrolliert werden. Der Ausgangspunkt für die Frage der Marktbeherrschung bleiben aber die relevanten Einzelmärkte.⁸⁶

a) Nutzermärkte

Die Zahlen über die Nutzung von Suchmaschinen variieren je nach Quelle. In den meisten EU-Mitgliedstaaten liegt der Anteil von *Google* bei über 90 Prozent aller Suchanfragen.⁸⁷ Hohe Marktanteile lösen zwar Vermutungswirkungen aus.⁸⁸ Gerade auf dem Gebiet der Informationstechnologie mit ihren besonderen ökonomischen Eigenschaften ist aber eine Gesamtanalyse erforderlich. So hat das Gericht der Europäischen Union in der Entscheidung zum Zusammenschluss von

⁸⁶ *Monopolkommission* (oben Fn. 26), Nr. 29. S. aber *Körber*, Analoges Kartellrecht für digitale Märkte?, WuW 2015, 120 (127), der bei zweiseitigen Märkten regelmäßig Dominanz auf beiden Marktseiten verlangt, um eine marktbeherrschende Stellung festzustellen.

⁸⁷ Eine Ausnahme ist Tschechien, wo die national etablierte Suchmaschine *Seznam* auf einen Nutzeranteil von über 20 Prozent kommt. *Google* ist hier also entsprechend weniger stark, kommt aber immer noch auf einen Nutzeranteil von über 70 Prozent. Außerhalb der EU hat *Google* ebenfalls hohe Nutzeranteile, auch wenn in den USA *Bing* und *Yahoo* wichtiger sind als in Europa. In der Russischen Föderation ist *Yandex* die führende Suchmaschine, in der Volksrepublik China *Baidu* und in Süd-Korea *Naver*. S. z.B. die Angaben bei <<http://returnnonnow.com/internet-marketing-resources/2013-search-engine-market-share-by-country>>.

⁸⁸ S. EuGH, 3.7.1991, Rs. C-62/86 – *AKZO/Kommission*, Slg. 1991, I-3359, Rn. 60: Beweis für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung bei einem Marktanteil von 50 Prozent; *Europäische Kommission*, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2004, C 31/5, Nr. 17.

Microsoft und *Skype* ausgeführt, dass selbst Marktanteile von 80 bis 90 Prozent nicht notwendigerweise zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs (SIEC) führen, wenn der Markt stark expansiv ist und die Einführung von (pekuniären) Preisen die Nutzer zur Abwanderung zu einem anderen Dienst veranlasst.⁸⁹

Außerdem bestehen im Zusammenhang mit Suchmaschinen keine direkten Netzwerkeffekte: Der Nutzen des Suchenden steigt nicht unmittelbar mit der Anzahl anderer Nutzer derselben Suchmaschine.⁹⁰ Dies unterscheidet Suchmaschinen von sozialen Netzwerken wie *Facebook*, bei denen der Nutzen mit jedem weiteren Teilnehmer steigt.⁹¹ Im Unterschied zu sozialen Netzwerken besteht bei Suchmaschinen deshalb auch kein *lock in*: Ohne Mühe und Kosten kann sich der Nutzer einer anderen Suchmaschine zuwenden, ganz im Sinn des von *Google* angeführten Satzes „Competition is just one click away“. Multi-homing ist also ohne weiteres möglich.⁹² Auch die Möglichkeit zur Personalisierung von Suchvorgängen hat hieran nichts geändert.

⁸⁹ EuG, 11.12.2013, Rs. T-79/12 – *Cisco Systems und Messagenet/Kommission*, ECLI:EU:T:2013:635, Rn. 51 ff., 65 ff. S. die Diskussion bei *Graef*, Sneak Preview of the Future Application of European Competition Law on the Internet?: *Cisco and Messagenet*, 51 CMLR 1263 ff. (2014).

⁹⁰ *Haucap/Heimeshoff* (oben Fn. 41), 11 *International Economics and Economic Policy* 49, 54 (2014). Zwar erlauben höhere Nutzerzahlen dem Suchmaschinenbetreiber aufgrund der größeren Datenmenge die Verbesserung des Algorithmus; dieser Effekt sollte aber als Größenvorteil klassifiziert werden, s.u. Fn. 97.

⁹¹ S. *Gebicka/Heinemann* (oben Fn. 74), 37 *World Competition* 149, 160 f. (2014).

⁹² S. *Crane* (oben Fn. 30), 8 *Journal of Competition Law & Economics* 459, 464 (2012), der Marktbeherrschung von *Google* aus diesem Grund für unwahrscheinlich hält. In diesem Sinn auch *Kersting/Dworschak*, ifo Schnelldienst 16/2014, 7 ff.

Für die Annahme beträchtlicher Verhaltensspielräume sprechen aber neben den bedeutenden Nutzeranteilen in allen Sprachräumen der Europäischen Union bzw. des Europäischen Wirtschaftsraums die hohen Marktzutrittsschranken. Im Zusammenhang mit Suchmaschinen sind Größen- und Verbundvorteile (*economies of scale and scope*) von besonderer Bedeutung. Positive Skalenerträge, also sinkende Grenzkosten, resultieren aus hohen Fixkosten und niedrigen variablen Kosten: Die Einrichtung und Verbesserung einer Suchmaschine erfordert beträchtliche Investitionen, die als „versunkene Kosten“ (*sunk costs*) Marktzutrittsschranken darstellen.⁹³ Mengenausweitungen erlauben die Absenkung der Stückkosten, also der Kosten pro Suchanfrage. Außerdem steigt die Qualität der Suchmaschine mit der Zahl der Suchanfragen, da deren Auswertung Verbesserungen des Algorithmus erlaubt.⁹⁴ Die Größenvorteile erschweren den Marktzutritt anderer Unternehmen.⁹⁵ Verbundvorteile wirken in dieselbe Richtung: Neue Funktionen, welche die klassische Internetsuche ergänzen, können aufgrund von Synergien günstiger angeboten werden und machen die betreffende Suchmaschine noch attraktiver. So bietet *Google* neben der Suchfunktion

⁹³ Hopf (oben Fn. 26), S. 106 f.; Kühling/Gauß (oben Fn. 39), MMR 2007, 751 (752 f.).

⁹⁴ Skeptisch Manne/Wright (oben Fn. 11), 34 Harvard Journal of Law & Public Policy 171, 211 f. (2011): Die für einen guten Algorithmus nötige Mindestnutzerzahl sei schnell erreicht. Differenzierter Haucap/Kehder, Suchmaschinen zwischen Wettbewerb und Monopol: Der Fall *Google*, 2013 <www.dice.hhu.de/forschung-dice/dice-ordnungspolitische-perspektiven.html>, S. 6 f., 13 ff.: Der Grenznutzen zusätzlicher Nutzerdaten sinkt, so dass ab einer bestimmten Informationsmenge die Grenzkosten den Grenznutzen erreichen und keine weiteren Größenvorteile mehr entstehen.

⁹⁵ Vgl. auch Monopolkommission (oben Fn. 26), Nr. 18: Auch wenn Kostensubadditivitäten ein natürliches Monopol begründen können, sind auf den Märkten der Informationstechnologie Innovationen bedeutender als Kostenvorteile.

Dutzende weiterer Dienstleistungen an. Andere Suchmaschinen oder Newcomer können mit dieser Vielfalt nicht Schritt halten.⁹⁶

Auch wenn Suchmaschinen keine direkten Netzwerkeffekte hervorbringen, bestehen doch indirekte Effekte zwischen den verschiedenen Marktseiten.⁹⁷ Von indirekten Netzwerkeffekten spricht man dann, wenn der Nutzen des Produkts zwar nicht direkt mit der Anzahl an Nutzern derselben Marktseite steigt, aber indirekt durch die Anzahl der Akteure auf anderen Seiten derselben Plattform beeinflusst wird.⁹⁸ Bei den für die Nutzer kostenlosen Diensten der Informationstechnologie liegen solche indirekten Effekte regelmäßig vor. Suchmaschinen beispielsweise sind umso wertvoller für die werbende Wirtschaft, je mehr Nutzer auf sie zurückgreifen. Entsprechendes gilt für Inhalteanbieter: Je mehr Nutzer von einer bestimmten Suchmaschine Gebrauch machen, desto mehr lohnt es sich für den Inhalteanbieter, seine Website gerade im Hinblick auf die betreffende Suchmaschine zu optimieren.⁹⁹ Für die Nutzer steigt die Attraktivität der Suchmaschine mit dem Umfang des Index (und der Qualität des Algorithmus). Werbung ist für den Nutzer hingegen neutral (d.h. ohne Effekt) oder aber ambivalent, nämlich negativ oder positiv. Werbung kann stören, weshalb *Google*

⁹⁶ Zu Portfolio- und Konglomerateffekten s. *Monopolkommission* (oben Fn. 26), Nr. 24 f.

⁹⁷ *Dewenter/Rösch* (oben Fn. 34), S. 242; *Haucap/Kehder* (oben Fn. 94), S. 4; ablehnend *Kühling/Gauß* (oben Fn. 39), MMR 2007, 751 (752). Teilweise wird unter den Begriff des indirekten Netzwerkeffekts auch die Tatsache gefasst, dass die Suchmaschine die Erfahrungen mit dem Verhalten eines Nutzers zur Verbesserung der Suchergebnisse für alle anderen Nutzer verwendet (s. z.B. *Haucap/Kehder, ibid.*, S. 6). Da dieses Phänomen ein- und dieselbe Seite der Plattform betrifft, liegt aber kein indirekter Netzwerkeffekt im eigentlichen Sinn vor. Die Qualitätsvorteile aufgrund hoher Nutzerzahlen werden hier deshalb als typische Größenvorteile (*economies of scale*) klassifiziert.

⁹⁸ *Dewenter/Rösch* (oben Fn. 34), S. 30 f., 118 ff.

⁹⁹ *Haucap/Kehder* (oben Fn. 94), S. 4.

beispielsweise bis heute auf Werbung auf der Ausgangssuchseite verzichtet. Werbung mag den Nutzer aber auch interessieren, insbesondere wenn sie im Zusammenhang mit seiner Suche steht.¹⁰⁰ In Bezug auf die Nutzermärkte sind indirekte Netzwerkeffekte ein weiteres Argument für Verhaltensspielräume des Suchmaschinenbetreibers: Das besondere Interesse der Inhaltenanbieter an Aufnahme in den Index der führenden Suchmaschine steigert den Nutzen für die Suchenden.

Schließlich sind verhaltensbasierte Faktoren zugunsten einer marktbeherrschenden Stellung von *Google* anzuführen. Offenbar besteht auch auf den Suchmaschinenmärkten eine starke Pfadabhängigkeit: Es ist schwierig für Newcomer, sich gegenüber dem etablierten Suchmaschinenbetreiber zu behaupten, obwohl keine direkten Netzwerkeffekte bestehen. Selbst die im Jahr 2009 lancierte Suchmaschine *Bing* verharrt in Europa weiterhin bei Nutzeranteilen im tiefen einstelligen Prozentbereich, obwohl die Marktzutrittsschranke des hohen Investitionsbedarfs für den Betreiber *Microsoft* überwindbar ist. Offenbar spielt der Bekanntheitsgrad bei Suchmaschinen eine besonders wichtige Rolle.¹⁰¹ Die Nutzer *googeln*¹⁰² meistens, aber *bingen*¹⁰³ nur selten. Die Klick-Entscheidung ist habitualisiert.¹⁰⁴ Die meisten Nutzer haben in ihrem Inneren die führende Suchmaschine als Default eingestellt. Offenbar sind die Wettbewerber doch weiter als einen Klick entfernt.

¹⁰⁰ Näher *Höppner* (oben Fn. 32), WRP 2012, 625 (628).

¹⁰¹ *Weber*, Rechtsfragen rund um Suchmaschinen, 2003, S. 113.

¹⁰² Das Verb findet sich seit 2004 im Duden.

¹⁰³ Das Verb findet sich nicht im Duden.

¹⁰⁴ *Heinemann* (oben Fn. 28), S. 22; s. auch *Dewenter/Rösch* (oben Fn. 34), S. 32.

b) Werbemärkte

Nimmt man separate relevante Märkte für Suchmaschinenwerbung an, hat *Google* nach den Feststellungen der Europäischen Kommission in der *Google/DoubleClick*-Fusionsentscheidung aus dem Jahr 2008 Marktanteile im EWR zwischen 40 und 80 Prozent. Grenzt man weiter ab, nämlich allgemein nach Onlinewerbung, liegt der Marktanteil von *Google* im EWR zwischen 20 und 40 Prozent.¹⁰⁵ Da die räumlich relevanten Werbemärkte national bzw. nach Sprachgrenzen abzugrenzen sind, sind allerdings detailliertere Feststellungen erforderlich. Die von der Europäischen Kommission festgestellten Marktanteile nach Ländern liegen für die Suchmaschinenwerbung zwischen 15 und 95 Prozent, für Onlinewerbung insgesamt zwischen „tiefer als zehn Prozent“ und 70 Prozent.¹⁰⁶

Die Frage der Marktbeherrschung ist also differenziert nach Land bzw. Sprachraum zu beurteilen. Nimmt man Märkte für Suchmaschinenwerbung an, ist im deutschen Sprachraum angesichts hoher Marktanteile von einer marktbeherrschenden Stellung auszugehen.¹⁰⁷ Auch wenn in anderen Ländern oder Sprachräumen die Schwelle zur Marktbeherrschung nicht überschritten wird, ist die Tatsache zu berücksichtigen, dass die marktbeherrschenden Stellungen auf den Nutzermärkten und auf dem Markt für die Aufnahme in den Index auch auf anderen Märkten missbraucht

¹⁰⁵ *Europäische Kommission*, 11.3.2008, COMP/M.4731 – *Google/DoubleClick*, Rn. 98, 101.

¹⁰⁶ *Ibid.*, Rn. 99, 102.

¹⁰⁷ So für Deutschland *Hopf* (oben Fn. 26), S. 108; für die Schweiz *Weber/Volz*, *Online-Werbemarkt und Kartellrecht – Innovation vs. Marktmacht*, sic! 2010, 777 (781 f.). Eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für suchbasierte Werbung bejaht auch *Körber* (oben Fn. 43), WRP 2012, 761 (763 f.)

werden können.¹⁰⁸ Diese Möglichkeit ist im Zusammenhang mit mehrseitigen Plattformen aufgrund der engen Interaktionen zwischen den verschiedenen Marktseiten besonders relevant. Vor diesem Hintergrund relativiert sich die Bedeutung der Marktbeherrschung auf den Werbemärkten: Auch wenn *Google* in Ländern bzw. Sprachräumen keine marktbeherrschende Stellung auf den Märkten für suchgebundene Werbung hat, oder aber es an der Marktbeherrschung fehlen sollte, weil eine weite Marktabgrenzung für Online-Werbung insgesamt vorgenommen wird, ist es durchaus möglich, dass die beherrschenden Stellungen auf anderen Märkten werbungsseitig missbraucht werden.

c) Aufnahme in den Index

aa) Weltmarkt

Die Verhaltensspielräume im Verhältnis der Suchmaschine zu den Inhaltenanbietern hängen in hohem Maß von der Popularität der Suchmaschine ab. Je wichtiger die Suchmaschine für die Nutzer ist, desto stärker hängt die Sichtbarkeit der Inhalteanbieter davon ab, dass sie in den Index der betreffenden Suchmaschine aufgenommen werden.¹⁰⁹ Aus diesem Grund können für die Feststellung einer beherrschenden Stellung auf dem Markt für die Aufnahme in den Index dieselben Faktoren herangezogen werden, die bereits im Zusammenhang mit den Nutzermärkten von

¹⁰⁸ Zum Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung auf nicht beherrschten Drittmärkten s. *Bulst*, in Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht, Kommentar – Band 2: Europäisches Kartellrecht, 12. Aufl. 2014, Art. 102 AEUV Rn. 132 f.; *Fuchs/Möschel*, in Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1.EU/Teil 1, 5. Aufl. 2012, Art. 102 AEUV Rn. 138 ff.

¹⁰⁹ Der Aspekt veranschaulicht erneut, wie eng die verschiedenen Seiten einer mehrseitigen Plattform miteinander verbunden sind.

Bedeutung waren.¹¹⁰ Zu berücksichtigen ist die Tatsache, dass für die Aufnahme in den Index in geographischer Hinsicht ein Weltmarkt angenommen wurde. Weltweit ist der Anteil von *Google* an den Suchanfragen zwar niedriger als in der Europäischen Union bzw. im Europäischen Wirtschaftsraum, aber immer noch sehr hoch. Außerdem ist der Abstand zu den Wettbewerbern auch auf Weltebene enorm. Dies spricht – zusammen mit den anderen für die Nutzermärkte diskutierten Umständen – für die Annahme einer beherrschenden Stellung auf dem Markt für die Aufnahme in den Index.¹¹¹

bb) Referral Dominance?

Die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung von *Google* auf dem Markt für die Aufnahme in den Index ist allerdings mit der Differenzierung zwischen *search dominance* und *referral dominance* angegriffen worden. Selbst wenn *Google* eine beherrschende Stellung auf den Suchmärkten hätte (was von den Verfechtern dieses Arguments bestritten oder zumindest für unwahrscheinlich gehalten wird), folge hieraus nicht, dass das Unternehmen auch für das Auffinden von Seiten im Netz dominant sei. Die Benutzung einer Suchmaschine sei nur eine Möglichkeit unter mehreren. Die Nutzer könnten Webadressen auch selbst eingeben, bzw. gelangten über Links auf anderen Websites oder in e-mails, über soziale Medien oder Werbung zum Ziel. Der Traffic auf Websites werde nur zu einem relativ kleinen Prozentsatz durch Suchmaschinen generiert.¹¹²

¹¹⁰ *Heinemann* (oben Fn. 28), S. 23; *Hopf* (oben Fn. 26), S. 104.

¹¹¹ Ebenso *Hopf* (oben Fn. 26), S. 104 ff.

¹¹² *Crane* (oben Fn. 30), 8 *Journal of Competition Law & Economics* 459, 464 ff. (2012); s. bereits oben IV.2.f.bb im Zusammenhang mit der Marktabgrenzung.

Dem Argument ist zuzugestehen, dass auch im Internet viele Wege nach Rom führen. Allerdings ist dieser Umstand nur relevant, wenn der Nutzer bereits weiß, dass er nach Rom möchte, d.h. welche Seite er ansteuern will. Er kann dann beispielsweise ins Eingabefeld seines Browsers die Webadresse einfügen oder auf ein bereits abgelegtes Lesezeichen zurückgreifen. In den meisten Fällen hilft dieser Weg allerdings nicht weiter: Der Nutzer weiß nämlich nicht, wo er die gesuchte Information findet und schaltet eben zu diesem Zweck die Suchmaschine ein. Um den Wettbewerbsdruck zu ermitteln, unter dem eine Suchmaschine steht, ist also auf die typische Suchsituation abzustellen. In dieser ist direktes Ansteuern genauso wenig von Bedeutung wie der Rückgriff auf Links, Werbung oder soziale Medien. Das Konzept der *referral dominance* wird diesem Umstand nicht gerecht, da es die Perspektive des Findens und nicht diejenige des Suchens einnimmt.

cc) Wesentliche Einrichtung?

In eine ähnliche Richtung zielt die Frage, ob die *Google*-Suchmaschine als *essential facility* im Sinne des Kartellrechts zu klassifizieren ist.¹¹³ Häufig werden Suchmaschinen als *gatekeeper* bezeichnet, also als Wächter, die das Tor zum Netz bewachen.¹¹⁴ Dieses Bild suggeriert eine Unausweichlichkeit, insbesondere der führenden Suchmaschine, die an andere wesentliche Einrichtungen, z.B. unumgängliche Infrastrukturen denken lässt.¹¹⁵ Allerdings zeichnen sich wesentliche Einrichtungen dadurch aus, dass kein

¹¹³ S. die Diskussion bei *Haucap/Kehder* (oben Fn. 94), S. 12 ff.; *Hopf* (oben Fn. 26), S. 125 ff.; *Körber* (oben Fn. 43), WRP 2012, 761 (765 f.); *Manne*, The Problem of Search Engines as Essential Facilities: An Economic & Legal Assessment, in Szoka/Marcus (Hrsg.), *The Next Digital Decade – Essays on the Future of the Internet*, 2010, S. 419 ff.

¹¹⁴ S. z.B. *Schulz/Held/Laudien*, Suchmaschinen als Gatekeeper in der öffentlichen Kommunikation, 2005.

¹¹⁵ *Höppner* (oben Fn. 32), WRP 2012, 625 (637), stellt Gemeinsamkeiten der *Google*-Suchmaschine mit klassischen wesentlichen Einrichtungen fest.

tatsächlicher oder potentieller Ersatz für sie besteht, wofür bloße Unrentabilität nicht ausreicht.¹¹⁶ In Bezug auf die *Google*-Suchmaschine fehlt es am Merkmal der Nichtduplizierbarkeit. Wie bereits die Existenz der *Microsoft*-Suchmaschine und kleinerer Suchmaschinen zeigt, ist es zwar aufwendig, eine Suchmaschine zu entwickeln, aber nicht faktisch oder wirtschaftlich unmöglich. Die *Google*-Suchmaschine ist deshalb keine wesentliche Einrichtung¹¹⁷ und sollte besser als *gateway* in das Internet und nicht als *gatekeeper* bezeichnet werden.¹¹⁸

Allerdings präjudiziert diese Feststellung nicht die Frage, ob eine marktbeherrschende Stellung missbraucht wird. Die *essential facilities*-„Doktrin“ wird häufig überschätzt. Im Zusammenhang mit dem europäischen Kartellrecht ist sie lediglich ein phänomenologisches Hilfsmittel der Fallgruppenbildung, indem sie eine Situation typisiert, in der unter hohen Voraussetzungen Kontrahierungszwang gegeben sein kann.¹¹⁹ Lässt sich ein bestimmtes Verhalten nicht dieser Fallgruppe zuordnen, kann es immer noch allgemein unter das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung fallen.¹²⁰ Die Tatsache, dass *Google* keine wesentliche Einrichtung ist, bedeutet also nicht, dass kein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot vorliegen kann.

¹¹⁶ Vgl. EuGH, 26.11.1998, Rs. C-7/97 – *Bronner*, Slg. 1998, I-7791, Rn. 41, 45; *Europäische Kommission*, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. 2009 C 45/7, Rn. 83.

¹¹⁷ So auch *Kersting/Dworschak* (oben Fn. 36), NZKart 2013, 46 (48).

¹¹⁸ So *Körber* (oben Fn. 43), WRP 2012, 761 (765 f.) mwN.

¹¹⁹ *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, 2002, S. 506 f. Im deutschen Kartellrecht wurde diese Fallgruppe zum Regelbeispiel in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB verdichtet.

¹²⁰ *Monopolkommission* (oben Fn. 26), Nr. 37.

d) Fazit

Google ist im Besitz einer marktbeherrschenden Stellung auf den Nutzer- und Werbemärkten sowie auf dem Markt für die Aufnahme in den Index. Die marktbeherrschende Stellung ergibt sich aus hohen Marktanteilen, die über viele Jahre auf hohem Niveau geblieben sind, im Zusammenwirken mit Größen- und Verbundvorteilen sowie indirekten Netzwerkeffekten und eingeschliffenen Nutzergewohnheiten. Die marktbeherrschenden Stellungen bestehen auf dem „Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben“ i.S. von Art. 102 Abs. 1 AEUV, da die relevanten Märkte zumindest national abzugrenzen sind, und die Territorien der größeren Mitgliedstaaten als wesentliche Teile des Binnenmarktes gelten.¹²¹

V. Missbrauch

Die Europäische Kommission hat ihren Missbrauchsvorwurf auf vier Verhaltensweisen gestützt.¹²² *Google* bevorzuge die Anzeige der eigenen spezialisierten Suchdienste gegenüber konkurrierenden spezialisierten Suchdiensten. Originalinhalte der Konkurrenten würden von *Googles* spezialisierten Suchdiensten unautorisiert übernommen. Die Betreiber von Webseiten würden gezwungen, den gesamten oder einen großen Teil ihres Bedarfs an Suchmaschinenwerbung über *Google* zu decken. Und schließlich werde die Übertragbarkeit von Suchmaschinen-Werbekampagnen von *Google* auf konkurrierende Plattformen sowie das plattformübergreifende Management von Suchmaschinen-Werbekampagnen vertraglich beschränkt.

¹²¹ Zu Letzterem s. *Fuchs/Möschel*, in Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1.EU/Teil 1, 5. Aufl. 2012, Art. 102 AEUV Rn. 67.

¹²² S. *Europäische Kommission*, Pressemitteilung IP/13/371 vom 25.4.2013, S. 2.

Die Vorwürfe zielen in verschiedene Richtungen und bedürfen deshalb separater Betrachtung.

1. Privilegierung eigener Suchdienste

Das marktwirtschaftliche System lebt davon, dass Unternehmen ihre Erzeugnisse ständig weiterentwickeln und neue Produkte auf den Markt bringen. Die Freiheit der Produktgestaltung ist deshalb konstitutiver Bestandteil der (auch grundrechtlich geschützten) Wirtschaftsfreiheit. Es ist aber auch anerkannt, dass dieser Freiheit Grenzen gesetzt sein können. Die entscheidende Frage lautet also: Darf ein dominanter Suchmaschinenbetreiber seine eigenen Dienste gegenüber denjenigen der Konkurrenz bevorzugen?¹²³ Der *Microsoft*-Fall ist der Leitentscheid zu der Frage, inwieweit Marktvorteile, die aus der Ubiquität eines Produkts resultieren, und die zu einer marktbeherrschenden Stellung geführt haben, dazu eingesetzt werden dürfen, auch benachbarte Märkte zu erobern.¹²⁴ Das Kriterium des Leistungswettbewerbs, dessen Bedeutung in der *Intel*-Entscheidung wieder einmal unterstrichen wurde, spricht dafür, dass Wettbewerber die Möglichkeit haben sollen, durch bessere, innovativere und/oder billigere Produkte Erfolg am Markt zu haben. Dieses Ziel wird konterkariert, wenn Marktbeherrschung im Zusammenhang mit horizontaler Suche eingesetzt wird, um konkurrierende Vertikalsuchdienste zu behindern.

Es ist kritisiert worden, dass der allgemeine Verweis auf Hebelwirkung durch „diversion of traffic“ unter keine der anerkannten Missbrauchskategorien gefasst werden könne.¹²⁵ Zwar kann das betreffende Verhalten nicht unter

¹²³ Zur Ökonomik eines solchen “search bias” s. *Haucap/Kehder* (oben Fn. 94), S. 10 ff.

¹²⁴ S. näher *Eilmansberger/Bien*, in *MüKo EuWettbR*, 2. Aufl. 2015, Art. 102 AEUV Rn. 485.

¹²⁵ Vgl. *O’Donoghue/Padilla*, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 2. Aufl. 2013, S. 261.

den Diskriminierungstatbestand (Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV bzw. die Generalklausel) gefasst werden, da die Diskriminierung zwischen Drittunternehmen und nicht im Verhältnis der eigenen Dienste des Marktbeherrschers zu solchen Dritter erfolgen muss.¹²⁶ Es liegt aber eine Kopplung vor.¹²⁷ Die vertikalen Dienste werden im Zusammenhang mit der horizontalen Suche angeboten.¹²⁸ Ihre Informationen werden den „organischen“ Suchergebnissen hinzugefügt, und zwar häufig an prominenter Stelle. Es besteht die Gefahr der Marktverschließung, da die Nutzer keinen Anlass haben, auf konkurrierende vertikale Dienste zurückzugreifen.

Das Argument lässt sich mit verhaltenswissenschaftlichen Argumenten auf der Grundlage des aufstrebenden „Behavioural Antitrust“ unterstützen.¹²⁹ Dieser Ansatz ersetzt die theoretischen Grundannahmen ökonomischer Modelle durch die jüngeren Erkenntnisse über tatsächliche menschliche

¹²⁶ *Fuchs/Möschel*, in Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1.EU/Teil 1, 5. Aufl. 2012, Art. 102 AEUV Rn. 377. Zu einer Diskriminierung kommt es aber dann, wenn an Drittunternehmen uneinheitliche Bewertungsmaßstäbe gelegt werden.

¹²⁷ S. *Edelman*, Leveraging Market Power through Tying and Bundling: Does Google Behave Anti-Competitively?, Harvard Business School Working Paper 14-112, 2014; vgl. auch *Europäische Kommission*, Erläuterungen zu den Prioritäten (oben Fn. 116), Rn. 47 ff.

¹²⁸ Der Einwand, horizontale und vertikale Dienste stellen ein einheitliches Produkt dar, entspricht nicht den gegenwärtigen Verhältnissen, s. *Hopf* (oben Fn. 26), S. 136. Für die Annahme getrennter Produkte reicht es aus, dass Dritte das betreffende Produkt auch separat anbieten, s. *Europäische Kommission* (oben Fn. 4), Rn. 804. S. näher *Brand*, in Frankfurter Kommentar, Art. 102 AEUV Rn. 509 ff. (2011); *Bulst*, in Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht, Kommentar – Band 2: Europäisches Kartellrecht, 12. Aufl. 2014, Art. 102 AEUV Rn. 225.

¹²⁹ Allgemein zu *Behavioural Antitrust* s. beispielsweise *Heinemann*, Behavioural Antitrust – A “More Realistic Approach” To Competition Law, in Mathis (Hrsg.), European Perspectives on Behavioural Law and Economics, 2015, S. 211 ff.; *Stucke*, The Implications of Behavioral Antitrust, College of Law Faculty Scholarship, 2013 <http://trace.tennessee.edu/utk_lawpubl/60>; *Tor*, Understanding Behavioral Antitrust, 92 Texas Law Review 573 ff. (2014).

Entscheidungsfindung. Teilweise lassen sich die Erkenntnisse unter anerkannte Grundkategorien, z.B. die Berücksichtigung von Transaktionskosten fassen. Teilweise gehen sie aber darüber hinaus, soweit beispielsweise Inkonsistenzen im Präferenzsystem oder kognitive Verzerrungen nachgewiesen werden.¹³⁰ Im Zusammenhang mit der Suchmaschinenproblematik hängt viel vom tatsächlichen Verhalten der Nutzer ab. Gegen die Anwendung des Missbrauchsverbots ließe sich anführen, dass die Nutzer weiter unten in die natürliche Trefferliste schauen könnten und dort auch die konkurrierenden Dienste finden würden. Offenbar ist es aber so, dass nur die Treffer oben auf der Liste für nennenswerte Aufmerksamkeit bei den Nutzern sorgen. Im *Microsoft*-Fall hatte die Europäische Kommission ausgeführt, dass die Möglichkeit, konkurrierende Medienabspielprogramme kostenlos aus dem Netz herunterzuladen, keine valable Alternative sei, da hierfür die „Trägheit“ der Nutzer zu überwinden sei.¹³¹ Ganz in diesem Sinn berücksichtigt der Hinweis auf nachrangige Suchergebnisse nicht die Tatsache, dass in der Realität von dieser Möglichkeit nur selten Gebrauch gemacht wird.¹³² Im Rahmen der

¹³⁰ Eine anschauliche Zusammenfassung findet sich im Bestseller von *Daniel Kahneman*, *Thinking, Fast and Slow*, 2011.

¹³¹ *Europäische Kommission*, 24.3.2004, COMP/37.792 – *Microsoft*, Rn. 870: „A supply-side aspect to consider is that, while downloading is in itself a technically inexpensive way of distributing media players, vendors must expend resources to overcome end-users' inertia and persuade them to ignore the pre-installation of WMP”.

¹³² Hier besteht ein Unterschied zu Videokommunikationsdiensten. Die Europäische Kommission hatte anlässlich der Genehmigung der Übernahme von *Skype* durch *Microsoft* darauf verwiesen, dass die Endkunden tatsächlich andere Dienste in Anspruch nehmen, obwohl hierfür ebenfalls Software aus dem Netz zu laden ist. Dies ist kein Widerspruch zu den älteren *Microsoft*-Entscheidungen, sondern beruht auf der empirisch festgestellten Tatsache, dass die Endnutzer auf dem Gebiet der Videokommunikationsdienste tatsächlich Multi-homing praktizieren, s. *Europäische Kommission*, 7.10.2011, COMP/M.6281 – *Microsoft/Skype*, Rn.92. Es kommt also nicht auf theoretische Annahmen, sondern auf empirisch belegte Verhaltensweisen an.

Kartellrechtsanwendung ist die Trägheit der Nutzer also angemessen zu berücksichtigen.

Google hat Verpflichtungszusagen vorgeschlagen, nach denen das Unternehmen auch die Dienste dreier Konkurrenten anzeigt, wenn es eigene spezialisierte Suchdienste anbietet. Die Auswahl der drei Wettbewerber soll aufgrund eines objektiven Selektionsmechanismus erfolgen.¹³³ Bei den eigenen Suchdiensten soll *Google* als Leistungserbringer ausdrücklich genannt werden. Die spezialisierten Suchdienste sollen von den natürlichen Suchergebnissen graphisch getrennt werden. Außerdem soll visuelle Vergleichbarkeit mit den Konkurrenzprodukten hergestellt werden. Wenn beispielsweise in den *Google*-Diensten Bilder gezeigt werden, dann sind auch bei den konkurrierenden Diensten Bilder einzubauen.¹³⁴

Es ist ungewiss, ob es zu einem Abschluss des Verfahrens auf dem Weg der Verpflichtungszusagen kommen wird.¹³⁵ Nach der hier vertretenen Auffassung hätten die soeben geschilderten Maßnahmen für eine bessere Sichtbarkeit konkurrierender Vertikalsuchdienste große Vorteile.¹³⁶ Einerseits kommt es nicht zu einer unangemessenen Einmischung in die Freiheit des Marktbeherrschers zur Gestaltung seiner Produkte.¹³⁷ Kritiker fordern, der

¹³³ Soweit es um vertikale Dienste geht, die kommerziell vermarktet werden, soll die Selektion in Form einer Auktion erfolgen mit Zahlungspflichten nach dem *pay per click*-Prinzip. Wo nicht monetarisiert wird, sollen die drei selektierten Wettbewerber auch nicht zahlungspflichtig sein.

¹³⁴ S. *Europäische Kommission*, MEMO/14/87 vom 5.2.2014, S. 1 f.

¹³⁵ S.o. III.2.

¹³⁶ Grundsätzlich positiv zu den vorgeschlagenen Verpflichtungszusagen auch *Haucap/Kehder*, ifo Schnelldienst 16/2014, 3 (5).

¹³⁷ Dies übersieht das LG Hamburg (oben Fn. 36), S. 4 f.

marktbeherrschenden Suchmaschine allgemein zu verbieten, spezialisierte Suchdienste im Zusammenhang mit der allgemeinen Suchmaschine anzubieten.¹³⁸ Dies wäre vergleichbar mit dem Fehler der *Microsoft*-Entscheidung aus dem Jahr 2004, auch reduzierte Versionen des Betriebssystems, nämlich ohne den Media Player anzubieten.¹³⁹ Effizienzsteigernde Verbundvorteile würden hierdurch zunichte gemacht. Eine Pflicht zur Anzeige konkurrierender Vertikalsuchdienste ist demgegenüber als *must carry*-Ansatz nach dem Vorbild des *Microsoft*-Browserverfahrens¹⁴⁰ einzustufen, also als Maßnahme zur Offenhaltung der Märkte, die nur im Rahmen des unbedingt Erforderlichen in die Freiheit der Produktgestaltung eingreift.¹⁴¹

Andererseits wird dem Grundsatz des Leistungswettbewerbs Genüge getan. Dem Nutzer wird die tatsächliche Möglichkeit eingeräumt, von der Existenz konkurrierender Vertikaldienste Kenntnis zu nehmen und auf dieser Grundlage eine informierte Entscheidung zu treffen. Damit erhöht sich die Wahrscheinlichkeit, dass nicht die Ubiquität, nämlich der auf der marktbeherrschenden Stellung beruhende Vertriebsvorteil, sondern die Qualität über den Erfolg des Produkts entscheidet.

2. Übernahme der Inhalte von Konkurrenten

Der zweite Vorwurf betrifft die unautorisierte Verwendung von Originalinhalten Dritter in den spezialisierten Suchdiensten von *Google*, z.B.

¹³⁸ S. den Hinweis bei *Almunia*, Public Policies in Digital Markets: Reflections from Competition Enforcement, SPEECH/14/515 vom 30.6.2014, S. 2 f.

¹³⁹ S.o. II.4.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ Kritisch zur „Almunia-Box“ *Körber* (oben Fn. 86), WuW 2015, 120 (132).

in Bezug auf journalistische Produkte oder auf nutzergenerierte Inhalte (*user-generated content*), wie z.B. Restaurant- oder Hotelbewertungen.

a) Urheberrecht

Den Ausgangspunkt bildet die Tatsache, dass urheberrechtsgeschützte Inhalte von vornherein nicht ohne Einverständnis des Berechtigten öffentlich zugänglich gemacht werden dürfen. Nach der deutschen und europäischen Urheberrechtspraxis ist ein Hyperlink auf eine fremde Website (oder Teile hiervon) mit urheberrechtsgeschütztem Material allerdings noch kein Eingriff in die Verwertungsrechte des Berechtigten.¹⁴² In wirtschaftlicher Hinsicht ist für Inhalteanbieter aber nicht die bloße Verlinkung ohne weitere Zusätze schädlich,¹⁴³ sondern die Übernahme von Inhalten der Zielseite. Je mehr Inhalt der verlinkten Seite auf der verweisenden Website angezeigt wird, desto eher wird für den Nutzer der Gang auf die in Bezug genommenen Seiten entbehrlich, womit diesen Nutzer und werberelevante Frequenz entgeht. Für die Zusammenfassung von Buchrezensionen hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass die Grenze zwischen zustimmungspflichtiger Bearbeitung und freier Benutzung nur im Einzelfall entschieden werden könne. Urheberrechtsschutz kommt nur der Form, also der sprachlichen Gestaltung, nicht aber dem gedanklichen Inhalt der Buchrezension zu. Die Frage des Urheberrechtsschutzes hängt also davon ab, ob originelle Formulierungen der Rezension übernommen wurden.¹⁴⁴ Dieser

¹⁴² BGHZ 156, 1 – *Paperboy*; EuGH, 13.2.2014, Rs. C-466/12 – *Svensson u.a.*, ECLI:EU:C:2014:76. Zum Gesamtkontext s. *Leistner/Dreier*, Urheberrecht im Internet: die Forschungsherausforderungen, GRUR 2013, 881; *Ohly*, Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung?, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, 2014; *Leistner*, Urheberrecht in der digitalen Welt, JZ 2014, 846.

¹⁴³ Diese ist im Gegenteil von Vorteil, da hierdurch Nutzer auf die Webseiten der Inhalteanbieter geleitet werden.

¹⁴⁴ BGH, NJW 2011, 761 – *Perlentaucher*.

Ausgangspunkt gilt auch für Kurzübernahmen fremder Inhalte in Form von „Snippets“.¹⁴⁵

b) Sperrung von Inhalten

Aufgrund des von den Suchmaschinen akzeptierten *Robots Exclusion Protocol (REP)* können die Inhalteanbieter unter Verwendung der Datei *robots.txt* ihre Website für Suchmaschinen ganz oder teilweise sperren. Zu einem entsprechenden Ergebnis führt der Einsatz von Meta-Elementen im HTML-Quelltext von Websites wie z.B. „noindex“ oder „nofollow“.¹⁴⁶ Die Suchmaschinen bieten auch an, Seiten auf Antrag direkt an den Suchmaschinenbetreiber aus den Suchergebnissen zu entfernen. Nach der deutschen Rechtsprechung liegt im Verzicht auf technische Vorkehrungen gegen die Übernahme von Inhalten eine schlichte Einwilligung in die für die Internetsuche übliche Nutzung.¹⁴⁷ Für Presseerzeugnisse gilt hingegen das im Jahr 2013 eingeführte Leistungsschutzrecht des Presseverlegers, das sich auf die öffentliche Zugänglichmachung von Presseerzeugnissen oder Teilen hiervon bezieht und nur für „einzelne Wörter oder kleinste Textausschnitte“ eine Ausnahme macht.¹⁴⁸

Im Kartellverfahren der Europäischen Kommission ging es in diesem Zusammenhang um Vorwürfe Betroffener, dass die Nutzung technischer

¹⁴⁵ S. hierzu EuGH, 16.7.2009, Rs. C-5/08 – *Infopaq International*, Slg. 2009, I-6569, Rn. 46 ff.

¹⁴⁶ S. näher *Hürlimann*, Suchmaschinenhaftung – Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Betreiber von Internet-Suchmaschinen aus Urheber-, Marken-, Lauterkeits-, Kartell- und Persönlichkeitsrecht, 2012, S. 19 ff., 68 ff.

¹⁴⁷ BGHZ 185, 291 – *Vorschaubilder I*; BGH, NJW 2012, 1886 – *Vorschaubilder II*. S. hierzu die Kritik von *Höppner* (oben Fn. 32), WRP 2012, 625 (633 ff.).

¹⁴⁸ §§ 87f – 87h UrhG. Kritisch beispielsweise *Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf für eine Ergänzung des Urheberrechtsgesetzes durch ein Leistungsschutzrecht für Verleger, 27.11.2012 <www.ip.mpg.de/files/pdf2/Leistungsschutzrecht_fuer_Verleger.pdf>.

Schutzvorkehrungen häufig dazu führe, dass die eigenen Inhalte nicht lediglich aus den *Google*-eigenen Vertikaldiensten entfernt würden, sondern dass die Seiten gänzlich aus der allgemeinen Suchmaschine, nämlich der organischen Trefferliste verschwänden. Der Einsatz der dominanten Suchmaschine zu dem Zweck, Inhaltenanbieter davon abzuhalten, die Übernahme ihrer Inhalte in die vertikalen Suchdienste des Marktbeherrschers durch technische Maßnahmen zu verhindern, wäre in der Tat als missbräuchlicher Marktmachttransfer zu werten.¹⁴⁹ Es ist deshalb konsequent, dass eine der Verpflichtungszusagen darin besteht, Inhaltenanbietern die Möglichkeit zum Ausschluss aus *Googles* Vertikaldiensten einzuräumen, ohne Nachteile bei der allgemeinen Suche (oder dem *AdWords*-Programm) zu erleiden.

In dieser Frage besteht übrigens transatlantischer Konsens. Auch in den Verpflichtungszusagen gegenüber der *Federal Trade Commission* hat *Google* zugesagt, es den Betreibern von Webseiten zu ermöglichen, ihre Inhalte für die vertikalen Suchdienste von *Google* zu sperren, aber weiter in der allgemeinen Trefferliste zu erscheinen.¹⁵⁰ In Europa kann die Sperrung der vertikalen Suchdienste nach Subdomains erfolgen. Für Presseerzeugnisse soll eine noch feinere Möglichkeit der Zugangsverweigerung oder -gestattung bestehen.¹⁵¹ Diese Differenzierungen sind die Reaktion auf Vorwürfe, dass

¹⁴⁹ Soweit die genannten Inhalte urheberrechtsgeschützt sind, kommt es zu der interessanten Konstellation, dass das Kartellrecht Immaterialgüterrechte schützt. Beim Verhältnis des Kartellrechts zum Immaterialgüterrecht stehen ansonsten immer die Fälle im Zentrum der Aufmerksamkeit, in denen beide Rechtsgebiete miteinander kollidieren, vgl. *Heinemann* (oben Fn. 119), S. 470 f.

¹⁵⁰ *Federal Trade Commission*, Pressemitteilung vom 3.1.2013 (oben Fn. 17).

¹⁵¹ *S. Europäische Kommission*, MEMO/14/87 vom 5.2.2014, S. 2.

die genannten technischen Schutzvorkehrungen häufig nur zu einer groben Filterung der Übernahmemöglichkeiten geeignet seien.

c) Pflicht zur Lizenznahme?

Die Europäische Kommission hat sich in diesem Zusammenhang nicht zum Thema der angemessenen Vergütung für urheberrechtsgeschützte Inhalte ausgesprochen. In Bezug auf das in Deutschland eingeführte Leistungsschutzrecht der Presseverleger ist eine Diskussion entstanden, ob *Google* kartellrechtlich dazu verpflichtet ist, entgeltliche Nutzungsvereinbarungen mit den Rechteinhabern abzuschließen. Kritiker hatten bereits vor Einführung des Leistungsschutzrechts prognostiziert, dass entweder gar nicht mehr oder nur eingeschränkt auf deutsche Presseinhalte verlinkt bzw. es überwiegend zu Gratislizenzen kommen werde.¹⁵² Diese Vorhersage ist eingetroffen.¹⁵³ Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob ein Marktbeherrscher seine Stellung missbraucht, wenn er auf den Einkauf eines bestimmten Produkts gänzlich verzichtet oder aber einen Nulltarif durchsetzt. Was die Frage des Kontrahierungszwangs betrifft, so stellt sich diese normalerweise in Bezug auf *Anbieter*. Im Zusammenhang mit dem Leistungsschutzrecht liegt der ungewöhnliche Fall vor, dass eine Pflicht des *Abnehmers* zur entgeltlichen Abnahme einer Leistung diskutiert wird.¹⁵⁴ Was die Entgelthöhe betrifft, so erfasst Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV bereits nach seinem Wortlaut auch die Erzwingung von unangemessenen *Einkaufspreisen*.

¹⁵² *Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht* (oben Fn. 148), S. 5.

¹⁵³ S. z.B. den Abschluss einer Gratislizenz zwischen *Springer* und *Google*, NZZ vom 6.11.2014, S. 26. Aus Spanien hat sich *Google News* nach Einführung einer Abgabe für Suchmaschinenbetreiber gänzlich zurückgezogen, s. NZZ vom 12.12.2014, S. 23.

¹⁵⁴ Kontrahierungszwang des Abnehmers ist nur ausnahmsweise anzunehmen, s. *Nothdurft*, in Langen/Bunte (Hrsg.), *Kartellrecht, Kommentar – Band 1: Deutsches Kartellrecht*, 12. Aufl. 2014, § 19 GWB Rn. 315.

Man sollte das Vorliegen eines Missbrauchs von dem wirtschaftlichen Hintergrund des Vorgangs abhängig machen.¹⁵⁵ Kommt es zum Rückzug vom Markt oder zum Abschluss von Gratislizenzen, weil der Marktbeherrscher seine wirtschaftliche Macht zur Erreichung vorteilhafter Konditionen einsetzen möchte oder eingesetzt hat? Oder liegt ein machtneutraler Marktprozess vor? Für letzteres spricht die Tatsache, dass das Verhältnis zwischen Presseverlagen und Suchmaschinen nicht parasitär, sondern symbiotisch ist: Suchmaschinen profitieren von Inhalten, Inhalteanbieter profitieren von der suchmaschinenvermittelten Sichtbarkeit.¹⁵⁶ Das Bundeskartellamt hat in dieser Angelegenheit (bisher) kein Verfahren eröffnet.¹⁵⁷ Zur Annahme eines Missbrauchs bedürfte es des Nachweises eines Einsatzes wirtschaftlicher Macht, z.B. der Drohung mit Nachteilen auf den natürlichen Trefferlisten, soweit diese nicht gerade auf dem Verzicht des Erwerbs von Leistungsschutzrechten beruhen.

3. Ausschließlichkeitsbindungen bei Suchmaschinenwerbung

In der Prioritätenliste zu Art. 102 AEUV hat die Europäische Kommission die Ausschließlichkeitsbindungen durch Marktbeherrscher an die erste Stelle gesetzt.¹⁵⁸ Die Vereinbarung von Alleinbezugsbindungen mit den Abnehmern

¹⁵⁵ S. die kontroverse Diskussion bei *Kersting/Dworschak* (oben Fn. 36), NZKart 2013, 46; *Koenig/Meyer*, Die Aufnahme von Presseerzeugnissen auf Google-Oberflächen aufgrund von erzwungenen „Gratislizenzen“ – ein Marktmachtmissbrauch?, K&R 2014, 765.

¹⁵⁶ Diesen Zusammenhang übersieht das LG Hamburg (oben Fn. 36), S. 5, wenn es Inhalteanbieter als „Trittbrettfahrer“ der *Google*-Suche bezeichnet.

¹⁵⁷ S. Bundeskartellamt, Meldung vom 22.8.2014 <www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2014/22_08_2014_Beschwerde-VG-Media_Google.html>.

¹⁵⁸ *Europäische Kommission*, Erläuterungen zu den Prioritäten (oben Fn. 116), Rn. 32 ff.

kann Wettbewerbern die Absatzkanäle versperren (*customer foreclosure*). Die Europäische Kommission schreitet prioritär in den Fällen ein, in denen Alleinbezugsbindungen dazu führen, dass der Markteintritt bzw. die Expansion konkurrierender Unternehmen verhindert wird.¹⁵⁹ Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Marktbeherrscher ein nicht zu umgehender Handelspartner ist.¹⁶⁰ Nach den Feststellungen der Europäischen Kommission hatte *Google* mit den Betreibern von Websites Vereinbarungen geschlossen, welche diese *de facto* an *Google* banden, die Vermittlung von Werbung durch andere Dienstleister nämlich größtenteils ausschlossen. Angesichts der überragenden Bedeutung der *Google*-Suchmaschine liegt die Annahme einer wettbewerbswidrigen Marktverschließung nahe. Auf Exklusivitätsbindungen ist deshalb zu verzichten.

4. Übertragbarkeit von Werbekampagnen

Wettbewerber werden nach den Feststellungen der Europäischen Kommission auch dadurch behindert, dass *Google* die Möglichkeit zur Übertragung der Werbekampagnen vom *AdWords*-Programm auf konkurrierende Plattformen für Suchmaschinenwerbung einschränkt. So würden Softwareentwickler daran gehindert, Werkzeuge anzubieten, welche eine Verwaltung von Werbekampagnen über mehrere Plattformen ermöglichen.¹⁶¹ Einschränkungen der Datenübertragbarkeit können in der Tat faktisch zum Ausschluss von Wettbewerbern führen. Die von *Google* vorgeschlagenen Verpflichtungszusagen sehen deshalb zu Recht vor, dass auf Einschränkungen der Portabilität von Werbekampagnen zu verzichten ist. Zu

¹⁵⁹ *Ibid.*, Rn. 34.

¹⁶⁰ Vgl. *ibid.*, Rn. 36.

¹⁶¹ *Europäische Kommission*, MEMO/14/87 vom 5.2.2014, S. 2.

einem entsprechenden Ergebnis ist auch das Kartellverfahren in den USA gelangt.¹⁶²

5. Suchneutralität?

Die vorstehend genannten Missbrauchsformen sind das Ergebnis einer Selektion, welche die Europäische Kommission unter einer Vielzahl von Beschwerden vorgenommen hat. Es steht ersichtlich das Bemühen im Vordergrund, möglichst spezifische Verhaltensweisen zu identifizieren, um klare kartellrechtliche Vorgaben zu erreichen. Nicht behandelt wird die „klassische“ Frage, ob aus dem Missbrauchsverbot auch ein Objektivitätsgebot für die marktbeherrschende Suchmaschine folgt. Unternehmen (oder allgemein Betreiber von Websites), die ihre Platzierung in den Trefferlisten als zu schlecht empfinden, mahnen seit jeher „Suchneutralität“ auf der Grundlage objektiver Kriterien an und zeihen *Google* des *search bias*.¹⁶³

Die Diskussion dieser Frage hat mehrheitlich zu folgenden Differenzierungen geführt: Aus Art. 102 AEUV folgt ein Anspruch auf Aufnahme von Websites in den Index der Suchmaschine.¹⁶⁴ Eine Nichtberücksichtigung stellt eine

¹⁶² *Federal Trade Commission*, Pressemitteilung vom 3.1.2013 (oben Fn. 17).

¹⁶³ S. beispielsweise die Nachweise bei *van Loon* (oben Fn. 26), S. 16 f., und die Untersuchung von *Erhard*, *Marktmachtverlagerung durch Suchmaschinenbetreiber – Suchmaschinenneutralität im europäischen, deutschen und US-amerikanischen Kartellrecht*, 2014.

¹⁶⁴ Die Frage, ob die zivilrechtlichen Ansprüche wegen Verletzung europäischen Kartellrechts direkt im europäischen Recht wurzeln oder sich lediglich aus nationalem Recht ergeben, hat Erwägungsgrund 8 der Richtlinie 2014/104/EU (ABl. 2014 L 349/1) zum kartellrechtlichen Schadensersatz („unionsrechtlicher Schadensersatzanspruch“) zugunsten der ersten Meinung entschieden. Für den Unterlassungsanspruch sollte nichts anderes gelten. Die unionsrechtlichen Ansprüche sind im nationalen Recht zu konkretisieren (für Deutschland s. § 33 GWB).

Leistungseinschränkung i.S. von Art. 102 Abs. 2 lit. b AEUV und eine unzulässige Diskriminierung im Vergleich zu den Seiten dar, die in den Index aufgenommen wurden.¹⁶⁵ Ein Ausschluss von Seiten aus dem Index ist aus sachlichen Gründen möglich:¹⁶⁶ Hierzu zählen beispielsweise das Angebot rechts- oder sittenwidriger Inhalte, die unbillige Manipulation von Seiten zur künstlichen Verbesserung des Rankings (sog. Suchmaschinen-Spamming im Gegensatz zur legitimen Suchmaschinen-Optimierung¹⁶⁷) und der Wunsch, immaterialgüterrechtlich begründete Zahlungspflichten abzuwenden.¹⁶⁸

Mit der reinen Aufnahme in den Index ist den Inhaltenanbietern in der Regel nicht geholfen. Sie streben vielmehr nach einer möglichst guten Platzierung in der Trefferliste. Die entscheidende Frage lautet also, ob sich aus dem Missbrauchsverbot Mindestanforderungen an die Ausgestaltung des Suchmaschinenalgorithmus ableiten lassen. Wie bereits aus der Unternehmensgeschichte von *Google*, insbesondere der Entwicklung des *PageRank*, aber auch der kontinuierlichen Weiterentwicklung des Suchalgorithmus deutlich wird,¹⁶⁹ gibt es keine objektiv richtige oder optimale Methode zur Reihung der Suchergebnisse. Es bestehen also erhebliche Zweifel daran, ob die Forderung nach Objektivität überhaupt im

¹⁶⁵ *Heinemann* (oben Fn. 28), S. 23 f.

¹⁶⁶ *S. Hopf* (oben Fn. 26), S. 120 ff.

¹⁶⁷ S. die Angaben von *Google* zur Spam-Bekämpfung unter www.google.com/intl/de/insidesearch/howsearchworks/fighting-spam.html. Zu den Schwierigkeiten der Abgrenzung s. *Glögler*, Suchmaschinen im Internet, 2003, S. 187 ff.

¹⁶⁸ Zu letzterem s. bereits oben V.2.c.

¹⁶⁹ S.o. IV.1.a.

Bereich des Möglichen liegt.¹⁷⁰ Auch ist festzuhalten, dass die Herstellung von Transparenz in Bezug auf den Suchalgorithmus aufgrund der sich zwangsläufig anschließenden Suchmaschinenoptimierung kontraproduktiv wäre. Ferner genießt der Schutz des Algorithmus als Betriebsgeheimnis hohen Stellenwert. Aus dem kartellrechtlichen Missbrauchsverbot ist deshalb kein allgemeines Gebot der Suchneutralität abzuleiten.¹⁷¹ Ein Anspruch auf eine bestimmte Position im Ranking besteht also nicht.¹⁷²

Die Grenze zum Missbrauch wird allerdings bei willkürlicher Aufstellung der Trefferliste überschritten. Eine grundlose Herabstufung im Ranking ist durch das weite Ermessen des Suchmaschinenanbieters nicht mehr gedeckt.¹⁷³ Aus dem Missbrauchsverbot sollten außerdem Minimalvorgaben für das Verfahren und eine Pflicht zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit abgeleitet werden.¹⁷⁴ Wird beispielsweise eine Website aufgrund von Suchmaschinen-Spamming abgewertet, ist dem Anbieter der Seite die Möglichkeit zu bieten, den Mangel

¹⁷⁰ *Weber/Volz* (oben Fn. 26) WuW 2015, 356, 364. Ansätze zu einer Objektivierung des Ranking finden sich bei *Hürlimann* (oben Fn. 146), S. 78 f.

¹⁷¹ So für das US-amerikanische Antitrustrecht *Crane* (oben Fn. 31), 9 I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society 397 (2014). *Crane* nimmt an, dass auch in Abwesenheit eines Prinzips der Suchneutralität anders begründete Kartellrechtsvorgaben für die Gestaltung von Suchmaschinen möglich bleiben (*ibid.*, 400).

¹⁷² *Hopf* (oben Fn. 26), S. 124, 130, 151.

¹⁷³ *Hopf* (oben Fn. 26), S. 139. Auch diejenigen, die sich gegen ein allgemeines Gebot der Suchneutralität aussprechen, erkennen eine fallbezogene Kontrolle von Extremfällen an, s. z.B. *Crane* (oben Fn. 30), 8 Journal of Competition Law & Economics 459, 460 (2012): „Although there may be a limited case for antitrust liability on a factspecific basis for acts of naked exclusion against rival websites, the case for a more general neutrality principle is weak“. *Crane* zieht auch eine rote Linie für den Fall, dass die Nutzer bewusst über die Natur des Angebots getäuscht werden, *ibid.*, 468. S. auch *ders.* (oben Fn. 31), 9 I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society 397, 404 f. (2014): Die kartellrechtliche Kontrolle einer selektiven Herabstufung von Wettbewerbern bleibe möglich.

¹⁷⁴ Zum „Wettbewerbsschutz durch Verfahren“ in diesem Zusammenhang s. *Heinemann* (oben Fn. 28), S. 24 ff.

abzustellen und einen Antrag auf erneute Überprüfung zu stellen.¹⁷⁵ Außerdem muss ein Verfahren zur Verfügung stehen, das es den Betroffenen erlaubt, sich gegen den Vorwurf der Rechts- oder Sittenwidrigkeit zu wehren. Die Überprüfung muss der besonderen Marktdynamik angemessen sein, also in angemessener Frist erfolgen.

VI. Der Innovationszusammenhang

Der Innovationsaspekt ist bei Kartellrechtsfällen im Bereich der Informationstechnologie von besonderer Bedeutung, wobei Verkürzungen nicht statthaft sind. Eine Analyse, die ausschließlich auf die Innovationsanreize des Marktbeherrschers abstellt, wäre eine unzulässige Engführung, auch wenn die Auswirkungen auf den Marktbeherrscher ein wichtiger Bestandteil der Untersuchung sind.¹⁷⁶ Zu Recht ist vorgebracht worden, dass eine umfassende Pflicht zur Suchneutralität die Anreize des Marktbeherrschers zur Weiterentwicklung seiner Produkte beeinträchtigen würde.¹⁷⁷ Auch aus diesem Grund wird hier keine grundsätzliche Neutralitätspflicht angenommen. Auch soll *Google* in der Gestaltung seiner Dienste im Prinzip frei sein, insbesondere auch seine vertikalen Dienste der allgemeinen Suchmaschine hinzufügen können.¹⁷⁸ Gleichzeitig sollen aber auch die Innovationsanreize der Wettbewerber erhalten bleiben. Eine Pflicht, neben den eigenen vertikalen Diensten auch die Dienste dreier Konkurrenten anzuzeigen, bringt die Innovationsanreize aller Akteure ins Gleichgewicht: Eine solche Vorgabe hindert den Marktbeherrscher nicht an der

¹⁷⁵ *Google* sieht ein solches Verfahren vor, s. die Angaben unter <https://support.google.com/webmasters/answer/35843?hl=de>.

¹⁷⁶ S.o. II.4.

¹⁷⁷ *Crane* (oben Fn. 30), 8 *Journal of Competition Law & Economics* 459, 466 f. (2012).

¹⁷⁸ S.o. V.1.

Weiterentwicklung seiner Produkte.¹⁷⁹ Und für die konkurrierenden Anbieter bleiben Anreize zur Hervorbringung innovativer Produkte bestehen, da sie eine Perspektive auf Sichtbarkeit bei der führenden Suchmaschine haben.

Was die anderen Aspekte des Verfahrens betrifft, lassen sich ähnliche Überlegungen anstellen. Die Betreiber von Websites müssen die Möglichkeit haben, ihre Inhalte den vertikalen Suchdiensten von *Google* vorzuenthalten, ohne Nachteile bei der allgemeinen Suche zu erleiden, da andernfalls ihre Anreize zur Hervorbringung solcher Inhalte beeinträchtigt würden. Der Marktbeherrscher ist demgegenüber nicht daran gehindert, vergleichbare Inhalte selber zu produzieren. Und die Aufhebung faktischer Ausschließlichkeit in Bezug auf Suchmaschinenwerbung und Werbekampagnen ermöglicht es ebenfalls alternativen Anbietern, neue Leistungen zu entwickeln, ohne den Marktbeherrscher in seinem Innovationspotential zu schmälern.

Diese Vorgaben schreiben sich in die eingangs geschilderten IT-Fälle des europäischen Kartellrechts ein, wobei die Lektion aus dem ersten *Microsoft*-Verfahren gelernt wurde. *Google* soll nicht verpflichtet werden, eigene Dienste zu entfernen und modulare Versionen anzubieten, wie es bei *Microsoft* in Bezug auf den Media Player der Fall war. Vielmehr wurde ein *must carry*-Mittel gefunden, das dem Browser-Verfahren gegen *Microsoft* ähnelt. Konkurrierende Dienste sollen an der Ubiquität des führenden

¹⁷⁹ Anders die *Federal Trade Commission* im US-amerikanischen Kartellverfahren, welche die Einführung von Universal Search und Änderungen des Algorithmus zum Nachteil von Wettbewerbern unter dem Gesichtspunkt der Innovation für gerechtfertigt hält (*Federal Trade Commission*, Pressemitteilung vom 3.1.2013, oben Fn. 17). Die der Europäischen Kommission vorgeschlagenen Verpflichtungszusagen beschlagen demgegenüber einen Mittelweg. *Google* hat das Recht zur Weiterentwicklung seiner Produkte; die Wettbewerber behalten aber die Chance, aufgrund besserer Leistungen Erfolg am Markt zu haben. Die Innovationstätigkeit aller Beteiligten wird hierdurch gefördert.

Produkts teilhaben, um den Verbrauchern eine autonome Entscheidung zu erlauben. Den besseren Leistungen soll damit der Erfolg im Wettbewerb ermöglicht werden.

Schließlich sei auf folgenden Zusammenhang aufmerksam gemacht: Immaterialgüterschutz wird häufig mit dem Argument begründet, dass der Ausschluss von kurzfristigem Imitationswettbewerb den langfristigen Substitutionswettbewerb fördern soll.¹⁸⁰ Dieser Grundgedanke lässt sich allgemein für die Auslegung von Art. 102 AEUV in dynamischer Hinsicht fruchtbar machen. Danach sind zum Schutz der Innovationsanreize hohe Voraussetzungen an kartellrechtliches Eingreifen zu stellen. Die Eingriffsschwelle ist aber dann erreicht, wenn die Geschäftsstrategie des Marktbeherrschers dazu führt, dass Substitutionswettbewerb im Keim erstickt wird.

Im Bereich der horizontalen Suche hat selbst die durch ein wichtiges Unternehmen des IT-Sektors lancierte Suchmaschine *Bing* nur geringen Nutzerzuspruch gefunden. Dagegen ist auf dem Gebiet der vertikalen Suchmaschinen große Dynamik zu verzeichnen. Wenn das Geschäftsmodell des Marktbeherrschers gerade darauf zielt, durch Bevorzugung der eigenen Vertikaldienste die mit diesen konkurrierenden Dienste anderer Anbieter klein zu halten, ist die langfristige Perspektive des Substitutionswettbewerbs gefährdet. In einer solchen Konstellation ist nicht die Anwendung, sondern die Nichtanwendung von Art. 102 AEUV eine Gefahr für die Innovationsanreize. Diese Aussage bezieht sich nicht nur auf die Innovationsanreize Dritter, sondern auch auf die des Marktbeherrschers

¹⁸⁰ S. beispielsweise *C.C. von Weizsäcker*, Rechte und Verhältnisse in der modernen Wirtschaftslehre, 34 *Kyklos* 345 (1981).

selber: Können sich die eigenen Dienste nicht auf die Privilegierung durch die beherrschende Suchmaschine verlassen, sondern müssen sie mit Drittanbietern nach dem Leistungskriterium konkurrieren, ist der Verbesserungsdruck noch größer.

VII. Rechtsfolgen

1. Optionen

Nicht Suchneutralität oder Verzicht auf die Weiterentwicklung der eigenen Produkte, sondern eine limitierte Teilhabe an der Ubiquität der beherrschenden Suchmaschine und die Auflösung von Ausschließlichkeitsbindungen sind folglich die angemessenen Rechtsfolgen.¹⁸¹

Es ist eine Frage der Zweckmäßigkeit, ob die Europäische Kommission die Zuwiderhandlung gegen Art. 102 AEUV einseitig feststellt, geeignete Abhilfemaßnahmen vorschreibt und (eventuell) eine Geldbuße auferlegt (Art. 7 und 23 VO 1/2003), oder ob der Weg über Verpflichtungszusagen nach Art. 9 VO 1/2003 gewählt wird.¹⁸² Die Europäische Kommission hat bei der Auswahl ein weites Ermessen, wobei zu berücksichtigen ist, dass die einvernehmliche Beendigung des Kartellverfahrens über Verpflichtungszusagen nicht mit der Verhängung einer Geldbuße verbunden werden kann.¹⁸³ Mit der Schwere des Verstoßes verengt sich also der Ermessensspielraum in Richtung auf eine streitige Beendigung des

¹⁸¹ Aufgrund der thematischen Ausrichtung dieses Beitrags auf das Kartellverfahren der Europäischen Kommission stehen hier Fragen des *public enforcement* im Vordergrund. Zu privatrechtlichen Folgen (aus der Perspektive des schweizerischen Rechts) s. *Hürlimann* (oben Fn. 146), S. 59 ff., 73 ff., 151 ff.

¹⁸² Kritisch zur Abwesenheit eines begrenzenden Prinzips bei der Wahl von Verpflichtungszusagen *Schweitzer*, Verpflichtungszusagen im Gemeinschaftsrecht, FS Möschel, 2011, S. 637 ff.

¹⁸³ S. den Erwägungsgrund 13 der VO 1/2003: „Entscheidungen bezüglich Verpflichtungszusagen sind für Fälle ungeeignet, in denen die Kommission eine Geldbuße aufzuerlegen beabsichtigt“.

Verfahrens.¹⁸⁴ Die Beendigung des Verfahrens durch Verpflichtungszusagen reduziert den Aufwand, die Dauer und die Anfechtungsmöglichkeiten, erfolgt also im Interesse der Verfahrensökonomie. Gerade im Anwendungsbereich von Art. 102 AEUV erfreuen sich Verpflichtungszusagen großer Beliebtheit, was auch mit den Schwierigkeiten der Subsumtion unter das Missbrauchsverbot zusammenhängen mag. Eine streitige Entscheidung vergrößert hingegen den Bestand an Präzedenzfällen. Deren Orientierungskraft steigt mit dem Instanzenweg, wenn nämlich die Entscheidung nicht lediglich von der Behörde getroffen, sondern von den Gerichten geprägt wird.

Im *Google*-Verfahren würde für eine streitige Entscheidung die Tatsache sprechen, dass noch kein Präzedenzfall zu den Anforderungen von Art. 102 AEUV an das Suchmaschinengeschäft existiert. Auch würden die oben aufgeworfenen Probleme im Zusammenhang mit Marktabgrenzung und – beherrschung nur in einer Feststellungs- und Abstellungsverfügung gelöst werden können. Der Weg über Verpflichtungszusagen lässt sich demgegenüber mit dem Argument begründen, dass sich die *Google*-Problematik in den allgemeinen Kontext des IT-Kartellrechts einschreibt. Mit dem *Microsoft*- und dem *Intel*-Fall liegen zwei maßgebliche Präzedenzfälle vor, denen u.a. der auch für das *Google*-Verfahren maßgebliche Grundgedanke der leistungsfeindlichen Hebelwirkung zu entnehmen ist. Zudem eröffnen Verpflichtungszusagen auf der Rechtsfolgenseite einen

¹⁸⁴ Brenner, Regulierung mithilfe des Kartellrechts? Verpflichtungszusagen der Europäischen Kommission, EuR 2014, 671 (673).

größeren Handlungsspielraum.¹⁸⁵ Die vorstehenden Ausführungen haben veranschaulicht, wie schwierig es ist, die Maßnahmen zu bestimmen, die zur Abstellung des Kartellrechtsverstoßes erforderlich sind. Über Verpflichtungszusagen ist eine bessere Feinsteuerung möglich.¹⁸⁶ Letztendlich sind beide Wege gangbar. Von größerer Bedeutung als die Wahl der Verfahrensart wird die Qualität der Abhilfemaßnahmen bzw. Verpflichtungszusagen sein. Der *Microsoft*-Fall hat gezeigt, wie stark falsche Maßnahmen auf Rechtsfolgenseite eine im Prinzip fundierte Kartellrechtsanwendung diskreditieren können. Gerade im IT-Sektor ist deshalb die Ausarbeitung kartellrechtlicher „smart sanctions“, welche insbesondere dem Innovationsaspekt nicht nur auf Tatbestands-, sondern auch auf Rechtsfolgenseite gerecht werden, von größter Bedeutung.¹⁸⁷

2. Entflechtung?

Aus der Politik ist der Vorschlag gekommen, in Bezug auf *Google* als *ultima ratio* auf das Instrument der Entflechtung zurückzugreifen.¹⁸⁸ Art. 7 Abs. 1 S. 2 und 3 VO 1/2003 räumt der Europäischen Kommission die Möglichkeit

¹⁸⁵ Beispielsweise hat der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit Verpflichtungszusagen eine geringere Tragweite als bei Entscheidungen nach Art. 7 VO 1/2003, s. EuGH, 29.6.2010, Rs. C-441/07 P – *Kommission/Alrosa*, Slg. 2010, I-5949, Rn. 38 ff.

¹⁸⁶ Grundsätzlich positiv auch *Körber* (oben Fn. 86), WuW 2015, 120 (132). Allerdings sieht sich detailliertere Intervention mit dem (Über-)Regulierungsvorwurf konfrontiert. Zur Diskussion einer „sektorspezifischen Quasi-Regulierung“ s. *Brenner* (oben Fn. 184), EuR 2014, 671 (687 ff.).

¹⁸⁷ *Heinemann*, Verhaltenskontrolle von Marktbeherrschern: Auf der Suche nach festerem Grund, *Liber Amicorum* Anne Petitpierre-Sauvain, 2009, S. 165 (171).

¹⁸⁸ S.o. III.2. Die Befürworter einer Entflechtung haben nicht präzisiert, in welche Teile das Unternehmen zerschlagen werden soll. S. auch *Koenig*, N&R 2014, 256: Sektorspezifische Regulierung kommt erst dann in Betracht, wenn das Wettbewerbsrecht nicht greift. Gegen eine Ex-ante-Regulierung und ein Sonderkartellrecht *Körber* (oben Fn. 86), WuW 2015, 120 (131).

ein, zur Abstellung eines Kartellverstoßes (Art. 101 oder 102 AEUV) im Rahmen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit auch Abhilfemaßnahmen struktureller Art vorzuschreiben, allerdings nur, wenn keine verhaltensorientierten Maßnahmen gleicher Wirksamkeit zur Verfügung stehen, oder diese für das Unternehmen mit einer größeren Belastung verbunden wären. Erwägungsgrund 12 der VO 1/2003 erläutert, dass Änderungen an der Unternehmensstruktur nur dann verhältnismäßig sind, „wenn ein erhebliches, durch die Struktur eines Unternehmens als solcher bedingtes Risiko anhaltender oder wiederholter Zuwiderhandlungen gegeben ist“. In der Literatur wird bezweifelt, ob hierdurch eine allgemeine Entflechtungsmöglichkeit eröffnet wird.¹⁸⁹ Schließlich ist im europäischen Kartellrecht nicht die Marktbeherrschung als solche, sondern lediglich deren Missbrauch verboten.¹⁹⁰ Selbst wenn die Vorschrift die Zerschlagung marktbeherrschender Unternehmen ermöglicht, scheinen die hohen Voraussetzungen hierfür im *Google*-Fall nicht vorzuliegen.¹⁹¹ Die Herstellung besserer Sichtbarkeit zugunsten konkurrierender Vertikaldienste und die Auflösung von Ausschließlichkeitsbindungen sind mildere Mittel als eine Entflechtungsanordnung und versprechen gleiche Wirksamkeit. Die Folgen

¹⁸⁹ Das US-amerikanische Antitrustrecht kennt demgegenüber eine allgemeine Entflechtungsregel. Im US-amerikanischen *Microsoft*-Fall beispielsweise hatte der zuständige District Court auf Antrag der Antitrust Division des US-Justizministeriums die Zerschlagung von *Microsoft* in ein Unternehmen für das Betriebssystem und in ein anderes für Anwendungssoftware angeordnet. Der Court of Appeals hob dieses Urteil allerdings auf, s. Court of Appeals for the D.C. Circuit, 28.6.2001 (253 F.3d 34, D.C. Cir. 2001). Später kam es zu einem Vergleich, der keine Entflechtung vorsah.

¹⁹⁰ *Bauer*, in MüKo EuWettbR, 2. Aufl. 2015, Art. 7 VO 1/2003, Rn. 22 mwN. S. auch *Gauß* (oben Fn. 10, S. 62), der strukturelle Abhilfemaßnahmen auf innovativen Märkten grundsätzlich ausschließt.

¹⁹¹ Ablehnend auch *Zimmer*, *Google zerschlagen?*, WuW 2014, 923.

einer Entflechtung für die Innovation von Suchmaschinen sind demgegenüber nicht absehbar.¹⁹²

VIII. Ausblick

Die Märkte der Informationstechnologie zeichnen sich durch ein besonders hohes Innovationstempo aus. Dem Aufstieg von Unternehmen und Produkten kann schnell der Abstieg folgen. Hieraus pauschal eine im Verhältnis zu anderen Märkten eingeschränkte Anwendung des Kartellrechts abzuleiten, wäre aber eine in mehrfacher Hinsicht verkürzte Schlussfolgerung. Erstens gibt es auch im Bereich der Informationstechnologie langlebigen, nämlich länger als zehn Jahre währenden Erfolg. PC-Betriebssysteme nämlich Windows, und eben auch die erfolgreichste horizontale Suchmaschine Google sind Beispiele hierfür. Zweitens verbietet Art. 102 AEUV nicht schon Marktbeherrschung, sondern nur deren Missbrauch. Wie ist es zu beurteilen, wenn ein Marktbeherrscher Geschäftsstrategien anwendet, die gerade der künstlichen Verlängerung des Innovationszyklus dienen? Und drittens ist es im Moment der Kartellrechtsanwendung kaum möglich, die Dauer unternehmerischen Erfolgs zu prognostizieren.

Es ist nicht die Aufgabe des Kartellrechts, Besitzstände gegen Strukturwandel oder aktuelle Verdienstmöglichkeiten gegen neue Geschäftsmodelle zu schützen. Wohl aber sind die Marktzutrittsschranken möglichst niedrig zu halten, um auch den Marktbeherrscher der Substitutionskonkurrenz auszusetzen. Eine der wichtigsten Aufgaben des Kartellrechts besteht deshalb darin, die Bestreitbarkeit von Märkten gegen unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen zu verteidigen und hierdurch der Erosion von

¹⁹² S. *Haucap/Kehder* (oben Fn. 94), S. 31; *Körber* (oben Fn. 43), WRP 2012, 761 (771). Gegen die Einführung eines bloß marktmachtbasierten Entflechtungsinstruments *Monopolkommission* (oben Fn. 26), Nr. 58.

Marktmacht ihren Lauf zu lassen.¹⁹³ Weder die Netzwerkeffekte noch Größen- und Verbundvorteile sind das kartellrechtliche Problem, sondern die Ausnutzung unkontrollierter Verhaltensspielräume unter Missachtung des Leistungskriteriums. Marktbeherrschende Unternehmen sollten sich die Gunst ihrer Kunden durch bessere, billigere und innovativere Produkte sichern und nicht durch leistungsferne Behinderungspraktiken. Bei der Konkretisierung dieser Vorgaben ist das Innovationspotential aller Marktakteure zu berücksichtigen. Das Kartellrecht darf Innovationen nicht behindern, sondern soll sie fördern. Es bedarf großer Anstrengungen (auch auf Rechtsfolgenseite), um dieses Ziel zu erreichen.

¹⁹³ *Heinemann*, The Contestability of IP-Protected Markets, in Drexl (Hrsg.), Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, 2008, S. 54 ff.

**Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht der
Universität Bonn**

Center for European Economic Law, University of Bonn
Centre de droit Economique Européen de l'Université de Bonn

Leitung: Prof. Dr. Moritz Brinkmann LL.M.
Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Everling
Prof. Dr. Meinhard Heinze †
Prof. Dr. Matthias Herdegen
Prof. Dr. Ulrich Huber
Prof. Dr. Rainer Hüttemann, Dipl.-Volksw.
Prof. Dr. Jens Koch
Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.
Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M.
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter
Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, LL.M. (Sprecher)
Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt
Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M.
Prof. Dr. Daniel Zimmer, LL.M.

Anschrift: Adenauerallee 24-42, D - 53113 Bonn

Telefon: 0228 / 73 95 59

Telefax: 0228 / 73 70 78

E-Mail: zew@uni-bonn.de

URL: www.zew.uni-bonn.de

[...]

Die Gesamtliste aller Veröffentlichungen dieser Schriftreihe ist sowohl auf der Internetpräsenz als auch im ZEW erhältlich.

- Nr. 150 Sammelband: Symposion zu Ehren von Ulrich Everling „Die Entwicklung einer europäischen Grundrechtsarchitektur“, 2005, mit Beiträgen von Vassilios Skouris, Matthias Herdegen, Thomas Oppermann, Jürgen Schwarze, Ulrich Everling (vergriffen)
- Nr. 151 Jan M. Smits, *European Private Law*, 2006
- Nr. 152 Juliane Kokott, *Anwältin des Rechts – Zur Rolle der Generalanwälte beim Europäischen Gerichtshof*, 2006
- Nr. 153 Martin Nettesheim, *Grundfreiheiten und Grundrechte in der Europäischen Union – Auf dem Wege zur Verschmelzung?*, 2006
- Nr. 154 Sammelband: Festsymposion zu Ehren von Bruno Kropff „40 Jahre Aktiengesetz“, 2005, mit Beiträgen von Marcus Lutter, Mathias Habersack, Holger Fleischer, Johannes Semler, Bruno Kropff
- Nr. 155 Christian Waldhoff, *Rückwirkung von EuGH-Entscheidungen*, 2006; vergriffen
- Nr. 156 W. Rainer Walz, *Non-Profit-Organisationen im europarechtlichen Zugwind*, 2006
- Nr. 157 Theodor Baums, *Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht*, 2007
- Nr. 158 Christian Tomuschat, *Die Europäische Union und ihre völkerrechtliche Bindung*, 2007
- Nr. 159 Ansgar Staudinger, *Stand und Zukunft des Europäischen Verbraucherrechts*, 2007
- Nr. 160 Christian Calliess, *Die Dienstleistungsrichtlinie*, 2007

- Nr. 161 Corinna Ullrich, Die Richtlinie zu der grenzüberschreitenden Ausübung von Aktionärsrechten, 2007
- Nr. 162 Klaus Kinkel, Quo vadis Europa?, 2007
- Nr. 163 Peter Hommelhoff, Die „Europäische Privatgesellschaft“ am Beginn ihrer Normierung, 2008
- Nr. 164 Robert Rebhahn, Aktuelle Entwicklungen des europäischen Arbeitsrechts, 2008
- Nr. 165 Martin Böse, Die strafrechtliche Zusammenarbeit in Europa – Stand und Perspektiven, 2008
- Nr. 166 Thomas von Danwitz, Rechtsschutz im Bereich polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit der Europäischen Union, 2008
- Nr. 167 Matthias Leistner, Konsolidierung und Entwicklungsperspektive des Europäischen Urheberrechts, 2008
- Nr. 168 Peter Hemeling, Die Societas Europaea (SE) in der praktischen Anwendung, 2008
- Nr. 169 Ulrich Immenga, Leitlinien als Instrument europäischer Wettbewerbspolitik, 2008
- Nr. 170 Rupert Scholz, Nach Lissabon und Dublin: Die Europäische Union am Scheideweg, 2008
- Nr. 171 Hanno Kube, EuGH-Rechtsprechung zum direkten Steuerrecht - Stand und Perspektiven, 2009
- Nr. 172 Piet Jan Slot, Recent Developments in EC State Aid Law, 2009
- Nr. 173 Stefan Leible, Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im Europäischen Kollisionsrecht, 2009
- Nr. 174 Herbert Kronke, Transnationales Handelsrecht in der Reifeprüfung: Die UNIDROIT-Arbeiten 1998 – 2008, 2009
- Nr. 175 Stefan Bechtold, Optionsmodelle und private Rechtsetzung im Urheberrecht am Beispiel von Google Book Search, 2010
- Nr. 176 Claus Dörr, Perspektiven des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruches, 2010

- Nr. 177 Ulrich Tödtmann, Persönliche Beteiligung von Vorstandsmitgliedern am Verlust der Aktiengesellschaft, 2010
- Nr. 178 Carsten Grave, Banken-Fusionskontrolle in der Finanzkrise, 2010
- Nr. 179 Fabian Amtenbrink, Ratings in Europa: Kritische Anmerkungen zum europäischen Regulierungsansatz, 2010
- Nr. 180 Wolfgang Durner, Verfassungsrechtliche Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfortbildung, 2010
- Nr. 181 Laurens Jan Brinkhorst, Staatliche Souveränität innerhalb der EU ?, 2010
- Nr. 182 Alfred Dittrich, Geldbußen im Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, 2010
- Nr. 183 Marc Amstutz, Die soziale Verantwortung von Unternehmen im europäischen Recht, 2010
- Nr. 184 Joachim Hennrichs – Wienand Schruff, Stand und Perspektiven des Europäischen Bilanzrechts – aus Sicht von Wissenschaft und Praxis, 2011
- Nr. 185 Verica Trstenjak, Internetverträge in der Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Verbraucherschutzes, 2011
- Nr. 186 Michel Fromont, Souveränität, Verfassung und Europa: Ein Vergleich der deutschen und französischen Perspektive, 2011
- Nr. 187 Joachim Schindler, Aktuelle Überlegungen zu Fraud und Illegal Acts im Rahmen der Jahresabschlussprüfung unter besonderer Berücksichtigung der in der EU geltenden Prüfungsgrundsätze, 2011
- Nr. 188 Lubos Tichy, Die Überwindung des Territorialitätsprinzips im EU-Kartellrecht, 2011
- Nr. 189 21. Europa-Symposium zu den Rechtsfragen des Europäischen Finanzraumes, 2011
- Nr. 190 Jan Ceysens, Die neue europäische Aufsichtsarchitektur im Finanzbereich, 2011

- Nr. 191 Christoph G. Paulus, Genügen vertragsrechtliche Behelfe, um künftige Staatenkrisen in den Griff zu bekommen?, 2012
- Nr. 192 Christian Armbrüster, Das Unisex-Urteil des EuGH (Test-Achats) und seine Auswirkungen, 2012
- Nr. 193 Daniela Weber-Rey, Corporate Governance in Europa – Die Initiativen der Kommission, 2012
- Nr. 194 Peter Mankowski, Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten - Fragen des anwendbaren Rechts und der internationalen Zuständigkeit, 2012
- Nr. 195 Christian Waldhoff, Steuerhoheit für die Europäische Union ?, 2012
- Nr. 196 Nils Jansen, Revision des Verbraucher-acquis ?, 2012
- Nr. 197 Norbert Herzig, Gemeinsame konsolidierte Körperschaftssteuerbemessungsgrundlage (GKKB), 2012
- Nr. 198 Marc-Philippe Weller - Dieter Leuring, Sitzverlegungen in Europa: rechtliche und praktische Probleme, 2012
- Nr. 199 Udo di Fabio, Grenzen der Rechtsfortbildung, 2012
- Nr. 200 Sammelband: 22. Europa-Symposium – Zwanzig Jahre Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Grundfragen der Europäischen Union, 2012
- Nr. 200/1 Thym/Daniel, Becker/Ulrich, Tichý/Luboš
Die Entwicklung der Union zu einem „sozialen Europa“
- Nr. 200/2 Schieman/Konrad, Grabenwarter/Christoph, Breitenmoser/Stephan
Das Zusammenspiel der Grundrechtsordnungen (EMRK, Grundrechte-Charta, Allgemeine Rechtsgrundsätze) und ihre Interpretation
- Nr. 200/3 Neumann/Manfred, Stark/Jürgen, Seidel/Martin
Die Zukunft der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion
- Nr. 201 Roberth Rebhahn, Entwicklung im Arbeitsrecht der EU, 2012
- Nr. 202 Peter-Christian Müller-Graff, Drittwirkung der Grundfreiheiten und Grundrechte im Recht der Europäischen Union, 2012

- Nr. 203 Walter Bayer, Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht, 2012
- Nr.204 Torsten Körber, Europäisches Kartellverfahren in der rechtspolitischen Kritik, 2013
- Nr. 205 Ulrich Schlie, Europa als Sicherheitspartner der Vereinigten Staaten - Perspektiven für NATO und EU sowie innerstaatliche Konsequenzen für politisches Handeln in Deutschland, 2012
- Nr. 206 Rüdiger Stotz, Effektiver Rechtsschutz in der Europäischen Union, 2013
- Nr. 207 Viktoria Kicking, Die fabel – hafte Welt des Aufsichtsrats, 2013
- Nr. 208 Jürgen Schwarze, Die Wahrung des Rechts durch den Gerichtshof der Europäischen Union, 2014
- Nr. 209 Peter Hilpold, Unionsbürgerschaft- Entwicklung und Probleme, 2014
- Nr. 210 Robert Rebhahn, Arbeitnehmerschutz à la européenne, 2014
- Nr. 211 Winfried Tilmann, Das EU-Patent und das einheitliche Patentgericht - Meilensteine in der Entwicklung des Europäischen Rechts des Geistigen Eigentums, 2014
- Nr. 212 Heike Schweitzer, Schadensersatz im Europäischen Kartellrecht, 2013