

## Fokus I: Internet-Suchmaschinen und Kartellrecht

### I. Ausgangssituation

Das Internet besitzt als Informationsmedium und Vertriebsweg eine überragende Bedeutung. Es besteht aus hunderten Millionen von Webseiten und bietet eine nie gekannte Fülle an jederzeit in Echtzeit abrufbaren Informationen, die exponentiell weiter wächst. Um dieser Informationsfülle Herr zu werden, bedarf es besonderer Dienste, insbesondere in Gestalt von Internet-Suchmaschinen. In Europa ist Google Search die führende Suchmaschine. Eine aktuelle Statistik kommt in Deutschland für Juni 2014 auf einen Anteil von 95,13 % der Suchanfragen.<sup>1</sup> Auch in anderen Bereichen, etwa Kartendienste (Google Maps) oder Videostreaming (YouTube), verfügt Google über eine sehr starke Stellung. Dies hat Google den Argwohn der Politik eingetragen und heftige Reaktionen von Wettbewerbern ausgelöst, die sich durch den Erfolg des Suchmaschinenbetreibers in ihren traditionellen Geschäftsmodellen bedroht sehen.

Auf Beschwerde von Wettbewerbern, insbesondere von spezialisierten Suchdiensten, aber auch von Presseverlagen, ermittelt die EU-Kommission seit 2010 im *Foundem*-Verfahren gegen Google. Die Wettbewerber werfen Google insbesondere vor, sie zugunsten Google-eigener Dienste zu benachteiligen, kurz: einen Mangel an „Suchneutralität“. Parallel liefen Ermittlungen in anderen Ländern. Im Januar 2013 schloss die FTC in den USA ein Verfahren gegen Google mit einem Vergleich ab. Den Vorwurf eines „search bias“ wies die FTC dabei ausdrücklich zurück.<sup>2</sup> Im Februar 2014 einigte sich auch EU-Wettbewerbskommissar *Almunia* mit Google auf Verpflichtungszusagen, die dem Verdacht mangelnder Suchneutralität begegnen sollen.<sup>3</sup> Ob dieses Verfahren noch von der amtierenden Kommission abgeschlossen werden kann, ist derzeit unklar.



1 S. <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/167841/umfrage/marktanteile-ausgewaehelter-suchmaschinen-in-deutschland/>.

2 S. <http://www.ftc.gov/opa/2013/01/google.shtm>.

3 KOMM., 5. 2. 2014, COMP/C-3/39740 – Foundem and others.

### II. Missverständnisse

Vor diesen Hintergrund erscheint es angezeigt, mit einigen Missverständnissen aufzuräumen.

#### 1. Das Kartellrecht ist kein Universalinstrument zur Durchsetzung beliebiger politischer Ziele

Parallel zum *Foundem*-Verfahren ist in jüngerer eine Welle der Kritik über Google hereingebrochen. In der Politik wurde sogar der Ruf nach einer „Regulierung“ oder „Zerschlagung“ von Google laut. Die Debatte über Google ist leider oft ideologisch eingefärbt und stark interessengeleitet. Ende Juni 2014 legte die VG Media im Interesse deutscher Presseverlage eine Kartellbeschwerde gegen Google beim Bundeskartellamt (BKartA) ein, um der Forderung nach einer Vergütung für die Übernahme von Textausschnitten (sog. snippets) aus Presseartikeln in die Google-Suchliste Nachdruck zu verleihen. Google verweigert eine Bezahlung und weist auf die Vorteile hin, welche die Verlage ohnehin schon aus der für sie kostenfreien Verlinkung ihrer Inhalte erlangen. Dieses Verfahren endete – wenig überraschend – bereits Ende August 2014. Das BKartA wies die Beschwerde nicht nur als un schlüssig und unsubstantiiert zurück, sondern behielt sich nach Presseberichten sogar zusätzlich vor, nochmals zu prüfen, ob die VG Media nicht ihrerseits ein durch § 1 GWB verbotenes Kartell sei.<sup>4</sup>

Unbeschadet der heftig umstrittenen Frage nach der Sinnhaftigkeit eines Leistungsschutzrechts für Presseverleger, ist der Kern des Streits zwischen Google und den Verlegern in der Tat nicht kartellrechtlicher Natur. Die Frage, was „kleinste Textausschnitte“ sind, die nach § 87f Abs. 1 UrhG auch von Suchmaschinen unvergütet übernommen werden dürfen, ist ein Problem des Urheberrechts, für dessen Durchsetzung das BKartA nicht zuständig ist. Entsprechendes gilt für den Datenschutz. „Big Data“ ist unzweifelhaft eine wichtige Zukunftsfrage für Datenschutzrecht und Datenschutzbeauftragte.<sup>5</sup> Die Kartellbehörden sind aber aus guten Gründen (insbesondere um sie vor politischem Druck abzuschirmen) ausschließlich für den Schutz des ökonomischen Wettbewerbs zuständig. Dies wird in der öffentlichen Debatte leider oft übersehen und auf europäischer Ebene auch nicht immer beachtet.

#### 2. Das Kartellrecht steht nicht wirtschaftlicher Macht als solcher entgegen

Einer in Öffentlichkeit, Presse und Politik verbreiteten Fehlvorstellung zum Trotz begründet ein großer Markt-

4 S. <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/netzwirtschaft/google/kartellamt-leistungsschutzrecht-beschwerde-gegen-google-unbegruendet-13111362.html>.

5 S. dazu auch den Beitrag von Wiebe in diesem Newsletter.

anteil für sich genommen noch keinen Kartellrechtsverstoß. Sogar Monopole sind erlaubt, solange sie nicht durch wettbewerbswidrige Verhaltensweisen erlangt werden. Zu Recht, denn Größe an sich zu sanktionieren, würde letztlich bedeuten, unternehmerischen Erfolg zu bestrafen. Die Missbrauchsverbote des Kartellrechts stehen deshalb aus gutem Grund nur dem *Missbrauch* wirtschaftlicher Macht und nicht ihrer Existenz als solcher entgegen.

Hohe Marktanteile sind gerade in den von Skalen- und Netzeffekten geprägten und innovationsgetriebenen Märkten der digitalen Wirtschaft vielfach nicht Ausdruck von Marktversagen, sondern funktionierenden Wettbewerbs. Innovative Unternehmen erobern sehr schnell hohe Marktanteile, verlieren diese aber auch ebenso schnell wieder, wenn ein Wettbewerber ein noch besseres Produkt auf den Markt bringt. Die Verdrängung der einstmal dominierenden sozialen Netzwerke MySpace und StudiVZ durch Facebook ist dafür ein prominentes Beispiel. In einem solchen dynamischen Umfeld ist die Aussagekraft hoher Marktanteile begrenzt. Die Kommission hat 2011 im Zusammenschlussfall *Microsoft/Skype* Marktanteile von 90 % für unproblematisch erachtet, wenn der Markt dynamisch und ein Anbieterwechsel für die Nutzer leicht möglich ist.<sup>6</sup> Wie sich später herausstellte zu Recht, denn der Marktführer bei den Messaging-Diensten, um die es damals ging, ist heute nicht Skype, sondern WhatsApp, an das vor drei Jahren noch niemand dachte.

### 3. Google ist nicht der „Gatekeeper des Internet“

Ausnahmsweise kann ein Machtmissbrauch bereits in der Zugangsverweigerung liegen. In diesem Zusammenhang wird vielfach behauptet, wer nicht auf einer der ersten Suchseiten von Google zu finden sei, sei im Netz praktisch unsichtbar.<sup>7</sup> Wenn dem so wäre, dann wäre die Google-Suchmaschine eine sog. „essential facility“, die andere Anbieter nutzen müssten, um ihre Produkte überhaupt über das Internet anbieten zu können und zu der diese anderen Anbieter deshalb einen Zugang mit Mitteln des Kartellrechts erzwingen könnten.<sup>8</sup>

Das ist jedoch nicht der Fall. Einerseits gibt es andere Suchmaschinen wie Bing, zu denen die Nutzer jederzeit und kostenfrei durch einen einfachen Mausklick wechseln können. Andererseits können die indexierten Webseiten ohne Weiteres auch direkt angesteuert werden. Wer eine starke Marke wie „Amazon“ oder „FAZ“ aufgebaut hat, wird im Internet auch ohne Suchmaschine gefunden. Es mag sein, dass *schwerer* zu finden ist, wer nicht zumindest bei *einer* großen Suchmaschine erfasst ist. Aber Google Search kontrolliert nicht allein deshalb den Informationszugang, weil es besonders häufig genutzt wird.<sup>9</sup> Es ist nicht Aufgabe des Kartellrechts, Erfolg im Wettbewerb zu sanktionieren. Google ist unbestreitbar ein wichtiges „Gateway“ zum Internet, aber nicht der Gatekeeper des Internet.

### 4. Das Verschenken von Diensten ist kein Indiz für einen Preismissbrauch

Ein wesentliches Merkmal der meisten Internetmärkte wird mit dem Begriff „Kostenlos-Kultur“ bezeichnet: Die Nutzer nehmen Leistungen in Anspruch, zahlen dafür aber kein unmittelbares monetäres Entgelt. Das erscheint auf den ersten Blick überraschend, denn kein Unterneh-

men kann dauerhaft seine Produkte verschenken und trotzdem Gewinne machen. Dass Google (und andere Unternehmen) genau dies zu tun scheinen, ist gleichwohl kein Hexenwerk und auch kein Indiz für einen kartellrechtlich verbotenen Preismissbrauch zulasten von Wettbewerbern. Vielmehr handelt es sich bei vielen Internetmärkten um sog. zwei- oder mehrseitige Märkte bzw. Plattformen: Während die Nutzer auf der einen Seite des Marktes allenfalls einen nichtmonetären Preis in Gestalt ihrer Aufmerksamkeit oder personenbezogener Daten zahlen, wird die monetäre Gegenleistung auf der anderen Seite von Werbekunden erbracht.

Dieses im Vergleich zu unmittelbar kostenpflichtigen Angeboten alternative Geschäftsmodell ist nicht nur im Internet anzutreffen. Z.B. haben Anzeigenblätter und das sog. „Free-TV“ (Sat1, RTL usw.) eine vergleichbare ökonomische Basis. In der digitalen Ökonomie des Internet ist dieses Modell aber nicht Ausnahme, sondern Regel. Dass sein Erfolg zulasten traditioneller Geschäftsmodelle auf der Basis kostenpflichtiger Dienste (und ihrer Anbieter) geht, liegt auf der Hand, ist aber als Ausdruck eines „Wettbewerbs der Geschäftsmodelle“ kartellrechtlich grundsätzlich nicht nur unbedenklich, sondern sogar wünschenswert.

### 5. Es gibt kein „objektiv richtiges Suchergebnis“

Der zentrale Vorwurf im *Foundem*-Verfahren ist derjenige mangelnder Suchneutralität. Suchneutralität im Sinne einer nichtdiskriminierenden Reihung von Suchergebnissen staatlicherseits sicherzustellen erscheint aber schwierig, wenn nicht gar unmöglich, denn Suchmaschinen haben gerade den Zweck, aus einer Unzahl von Webseiten diejenigen Informationen herauszufiltern, die der Suchanfrage am besten entsprechen. Ein Suchalgorithmus *muss* werten und darauf basierend differenzieren. Entsprechen diese Wertungen den Präferenzen der meisten Nutzer und empfinden diese das Suchergebnis daher als sinnvoll, so hat die Suchmaschine Erfolg.

Dass einige Webseiten besser und andere schlechter abschneiden, liegt dabei ebenso in der Natur der Sache wie möglicherweise voneinander abweichende (weil auf konkurrierenden Suchalgorithmen basierende) Suchergebnisse verschiedener Suchmaschinen. Ein „objektiv richtiges Suchergebnis“, das staatlicherseits überprüft und durchgesetzt werden könnte, gibt es nicht. Internet-Suchmaschinen eine wertende Differenzierung zu verbieten, würde bedeuten, Internet-Suchmaschinen an sich zu verbieten.

Vor diesem Hintergrund rechtfertigt ein bloßer Verdacht keine unreflektierten Vorverurteilungen oder gar regulierende Eingriffe. Gibt man z.B. „Maps“ oder „Video“ bei der Microsoft-Suchmaschine Bing ein, führen die ersten Links auch zu den Google-Diensten Maps und YouTube. Dass eigene Dienste ganz oben stehen, ist daher noch kein Beweis für eine Manipulation.

### 6. Der Staat kann die Internetsuche nicht sinnvoll regulieren

Fragt man vor diesem Hintergrund danach, wie der Staat tatsächlicher oder vermeintlicher Marktmacht auf Suchmaschinenmärkten am besten begegnen sollte, so lautet die für manche überraschende Antwort: „Mit Zurückhaltung“.

<sup>6</sup> Komm., 7.10.2011, M.6281, Tz. 108 ff. - Microsoft/Skype.

<sup>7</sup> So etwa Dankert/Mayer, MMR 2010, 219, 220.

<sup>8</sup> In diese Richtung gehend Höppner, WRP 2012, 625, 637.

<sup>9</sup> Insoweit zweifelnd Ott, WRP 2012, B1, B11.

Eine Verpflichtung zur Offenlegung der Suchalgorithmen kommt offensichtlich nicht in Betracht. Dies hätte nämlich u.a. zur Folge, dass es Webseitenbetreibern leicht fiele, ihre Seiten so zu manipulieren, dass sie trotz minderwertiger Inhalte weit oben auf der Suchliste landen. Der Ehrliche wäre am Ende der Dumme und die Suchmaschine entwertet.

Auch eine staatliche ex ante-Aufsicht über den Suchalgorithmus scheidet aus. Suchalgorithmen sind nicht statisch. Sie sind ständig im Fluss, und müssen das auch sein, um mit der rasanten Entwicklung und Dynamik des Internet Schritt zu halten. Google nimmt z.B. zwischen 500 und 1000 Änderungen im Jahr vor. Eine behördliche Vorab-Genehmigung solcher Änderungen wäre offensichtlich das Ende einer effizienten Internetsuche. Welche Probleme selbst indirekte staatliche Eingriffe insoweit auslösen können, zeigt das fragwürdige Urteil des EuGH zum „Recht auf Vergessen(werden)“, welches das Kind (Informationsfreiheit) mit dem Bade (Persönlichkeitsrecht) ausschüttet und de facto zu einer Art „Internetzensur“ führt, indem es den Boten für die schlechte Nachricht in Haftung nimmt.<sup>10</sup>

Eine Entflechtung wäre schließlich allenfalls als ultima ratio statthaft, wenn erwiesene Missbräuche sich nicht anders abstellen ließen. Bislang ist es den Kartellbehörden indes noch nicht einmal gelungen, überhaupt einen Machtmissbrauch nachzuweisen.

Was bleibt, ist letztlich nur eine ex post-Willkürkontrolle auf der Basis des Kartellrechts, die – wie ausgeführt – nicht gegen ökonomische Macht also solche, sondern nur gegen deren nachweislichen Missbrauch gerichtet werden könnte.

### III. Fazit

Die Kommission lässt den Algorithmus und die diesbezügliche unternehmerische Freiheit Googles vor dem beschriebenen Hintergrund zu Recht unangetastet. Sie strebt im *Foundem*-Verfahren primär eine Stärkung konkurrierender Suchmaschinen an.<sup>11</sup> Die gefundene Lösung überzeugt nur zum Teil. Ein weiteres Werbefenster zwischen dem bisherigen Werbefenster und der generischen, werbefreien Suchliste zu erzwingen, dürfte von den meisten Konsumenten (insbesondere bei mobilen Geräten) eher als störend denn als nützlich empfunden werden.

Zu begrüßen ist dagegen die Förderung der Transparenz durch die Verpflichtung Googles zur Kennzeichnung eigener Dienste. Internetsuche ist ein Vertrauensprodukt. Manipulationen würden im Internet schnell aufgedeckt. Wer als Suchmaschinenbetreiber seine Ergebnisse manipuliert, sägt daher an dem Ast, auf dem er sitzt.

Parallel dazu sollte – außerhalb des Kartellrechts – möglichst früh die Medienkompetenz der Nutzer gestärkt werden. In einigen Bundesländern gibt es dafür das Schulfach „Medienkunde“. Das ist sinnvoll, denn für die Chancen und Gefahren des Internet sensibilisierte Bürger sind die besten Wächter von Demokratie und Wettbewerb.

*Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley),  
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Kartellrecht,  
Versicherungs-, Gesellschafts- und Regulierungsrecht  
an der Georg-August-Universität Göttingen  
Mitglied des GRUR Fachausschusses für Kartellrecht*

<sup>10</sup> EuGH, 13.4.2014, C-131/12 – Google Spain. Dazu auch der Beitrag von Wiebe in diesem Newsletter.  
<sup>11</sup> S. oben Fn. 3.