

Herausgeber

Prof. Dr. Helmut Köhler

In Zusammenarbeit mit der
Zentrale zur Bekämpfung
unlauteren Wettbewerbs e.V.

Deutscher Fachverlag GmbH
Frankfurt am Main

- 761 Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M.**
Google im Fokus des Kartellrechts
- 773 Dr. Tom Billing und Prof. Dr. Tobias Lettl, LL.M.**
Franchising und § 20 Abs. 1 GWB (Teil 1)
- 782 Albrecht v. Graevenitz**
Category Management und Kartellrecht
- 788 Prof. Dr. Justus Meyer**
Briefkastenwerbung in Plastikfolie und Gratiszeitungen
- 796 Friedrich Bernreuther**
Titelgläubiger, Vertragsgläubiger und erneuter Unterlassungsschuldner
- 802 SAS Institute /World Programming**
EuGH, Urteil vom 02.05.2012 – C-406/10
- 806 Luksan /van der Let**
EuGH, Urteil vom 09.02.2012 – C-277/10
- 813 Medusa**
BGH, Urteil vom 24.11.2011 – I ZR 175/09
- 816** Kommentar von Dr. Jan Rasmus Ludwig
- 817 Mietwagenwerbung**
BGH, Urteil vom 24.11.2011 – I ZR 154/10
- 819 CONVERSE I**
BGH, Urteil vom 15.03.2012 – I ZR 52/10
- 824 CONVERSE II**
BGH, 15.03.2012 – I ZR 137/10
- 829 Ordnungsmittelfestsetzung nach einseitiger Erledigungserklärung**
BGH, Beschluss vom 23.02.2012 – I ZB 28/11
- 831** Kommentar von Prof. Dr. Otto Teplitzky
- 831 „Die faire Milch“**
OLG München, Urteil vom 01.03.2012 – 6 U 1738/11
- 838 Einkaufsgutscheine in der Apotheke**
OLG Thüringen, Urteil vom 04.04.2012 – 24 U 864/11
- 840 Kundenbonus bei Rezepteinlösung**
OLG Naumburg, Urteil vom 03.05.2012 – 9 U 192/11

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley), Göttingen*

Google im Fokus des Kartellrechts

INHALT

- I. Suchmaschinen zwischen Informationsfreiheit und Meinungsmacht
- II. Kartellrechtliche Probleme im Umfeld von Suchmaschinen
 1. Marktabgrenzung
 2. „Monopolisierung“
 3. Google Search als essential facility?
 4. Machtmissbrauch
 - a) Behinderungsmisbrauch auf den Werbemärkten
 - b) Behinderungsmisbrauch durch „Verschenken“ von Google-Diensten
 - c) Diskriminierung und Marktmachttransfer durch Manipulation der Suchergebnisse
 - aa) Ausgangspunkt
 - bb) Aktuelle Fälle
 - cc) Googles Universal Search
 - dd) Search+ – personalisierte Suche unter Einbeziehung von Google+
 5. Diskriminierungsverbot und „Suchneutralität“
- III. Ansätze zur Verhinderung von Marktmachttransfer und Diskriminierung
 1. Staatliche Regulierung des Suchalgorithmus?
 2. Strukturelle Maßnahmen
 3. Verbesserung der Transparenz
- IV. Fazit

Internetsuchmaschinen, allen voran Google, sind in den vergangenen Monaten verstärkt in die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit geraten. Nachdem sich der Fokus zunächst auf urheberrechtliche (Google Books) und datenschutzrechtliche Fragen (Google Street View) gerichtet hatte, sind in jüngerer Zeit verstärkt auch die Kartellbehörden auf Google aufmerksam geworden. Diskutiert wird u. a., ob die Google-Suchmaschine eine wesentliche Einrichtung (essential facility) für den Internet-Zugang und Google damit eine Art „Gatekeeper“ in Bezug auf das Informationsmedium Internet ist, vor allem aber, ob das Unternehmen unter Verletzung der „Suchneutralität“ danach strebt, seine Marktmacht auf weitere Bereiche des Internet oder gar auf das Internet insgesamt auszuweiten. Waren die Microsoft-Fälle von grundlegender Bedeutung für die wettbewerbliche Analyse der „New Economy“ im Allgemeinen, so spricht vieles dafür, dass die Untersuchungen gegen Google zum Testfall für die kartellrechtliche Kontrolle der Internetökonomie werden.

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Kartellrecht, Versicherungs-, Gesellschafts- und Regulierungsrecht an der Georg-August-Universität Göttingen. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 884. Dieser Beitrag basiert auf der Antrittsvorlesung des Autors vom 27.01.2011, deren Inhalte vor Drucklegung aktualisiert und erweitert wurden.

I. Suchmaschinen zwischen Informationsfreiheit und Meinungsmacht

Die Frage nach dem Verhältnis von Suchmaschinen und Kartellrecht ist auf einem immer noch recht jungen Gebiet angesiedelt. Das Internet, zu dessen Nutzung Suchmaschinen bestimmt sind, ist selbst noch vergleichsweise neu. 1990 erging der Beschluss der US-amerikanischen National Science Foundation, das Internet für kommerzielle Zwecke zu öffnen. 1993 entstand das World Wide Web. 1998 ging Google online. Seit Mitte 1999 werden in Deutschland DSL-Breitbandverbindungen für Privatkunden angeboten. Das hat das Internet zusammen mit der zunehmenden Digitalisierung multimedial werden lassen. Aus dem modernen Wirtschaftsleben, aber auch aus der Freizeit, ist das Internet heute nicht mehr wegzudenken. Bei der jüngeren Generation hat das Internet auch als Informationsmedium Zeitungen, Radio und Fernsehen längst den Rang abgelaufen.¹⁾

Der Siegeszug des Internet hat traditionelle Marktstrukturen in Frage gestellt.²⁾ Der Versandhandel hat deutlich an Bedeutung gewonnen und manche Produkte sind dabei, sich vollständig zu entmaterialisieren und ganz in die digitale Welt des Internet abzuwandern, etwa Software-, Musik- oder Videoinhalte. Vor allem aber enthält das Internet eine schier unüberschaubare Menge an Informationen. Das Internet wächst exponentiell. So gab es Ende 2009 rund 234 Mio. Domains,³⁾ Ende 2011 schon rund 526 Millionen (davon rund 15 Millionen in Deutschland).⁴⁾ Zu jeder Domain kommen etliche, teils tausende Unterwebseiten. Jedes Jahr kommen viele Millionen Domains und viele Milliarden Webseiten hinzu. Allein auf das Videoportal YouTube werden pro Minute neue Videofilme mit einer Spielzeit von zusammen 60 Stunden heraufgeladen.⁵⁾ Viele, aber beileibe nicht alle im Internet enthaltenen Informationen sind wertvoll. Es gilt erst recht, was Jorge Luis Borges schon 1941 in seiner Erzählung „Die Bibliothek von Babel“ geschrieben hat: „Auf eine einzige verständliche Bemerkung entfallen Meilen sinnloser Kakophonien, sprachlichen Plunders, zusammenhanglosen Zeugs“.

Diese Entwicklung hat zu grundlegenden Änderungen auch bei der Informationssuche geführt. War die Suche von Informationen früher oftmals mit zeitaufwendigen Recherchen in Bibliotheken, Lexika etc. verbunden, so erhält man die Informationen heute blitzschnell – anders als früher tagesaktuell und oft sogar

1) Dazu eingehend Körber, ZWeR 2009, 315 ff.
 2) Instruktiv zu Besonderheiten der Internet-Ökonomie Evans, The Web Economy, Two-Sided Markets and Competition Policy (April 4, 2010), <http://ssrn.com/abstract=1584363>, S. 5 ff.; Zimmerlich/Aufderheide, Herausforderungen für das Wettbewerbsrecht durch die Internetökonomie, 2004, http://miami.uni-muenster.de/servlets/DerivateServlet/Derivate-4567/04_arbeitsberichte_internetoekonomie.pdf.
 3) S. <http://royal.pingdom.com/2010/01/22/internet-2009-in-numbers/>.
 4) S. <http://news.netcraft.com/archives/2011/11/07/november-2011-web-server-survey.html>; <http://www.denic.de/home.html#c21>.
 5) S. <http://www.abendblatt.de/ratgeber/multimedia/article2167397/YouTube-Boom-60-neue-Video-Stunden-pro-Minute.html>.

Körper – Google im Fokus des Kartellrechts

„in Echtzeit“ – im Internet. Die Kombination von immensm, aktuellem Informationsangebot und Suchmaschinen, die dabei helfen, die Spreu vom Weizen zu trennen, stellt eine „informativische Revolution“ dar, wie sie seit der Erfindung des Buchdrucks ihres Gleichen sucht.⁶⁾

Kein Licht ohne Schatten: Die immer komplexer und auch größer werdenden, teils sogar globalen Märkte des Internet haben zu erheblichen Konzentrationstendenzen geführt. Unternehmen wie Microsoft, Amazon, Apple, eBay, Facebook oder Google operieren heute weltweit und haben oft sogar eine Art Alleinstellung erreicht. Das hängt zum großen Teil mit sog. Netzeffekten zusammen. So wird ein PC-Betriebssystem oder Internet-Auktionshaus umso attraktiver, je mehr Kunden es nutzen. Neue Unternehmen müssen erst eine kritische Masse an Nutzern erreichen, um attraktiv zu werden. Sie müssen dafür oft hohe Investitionen und Anlaufverluste hinnehmen.⁷⁾ Nicht selten setzt und kontrolliert der einmal etablierte Marktführer Industriestandards, deren Einhaltung die Kunden erwarten, die der Inhaber aber nicht freiwillig mit seinen Wettbewerbern teilen möchte, sondern durch Geheimhaltung oder mit Hilfe geistiger Eigentumsrechte zu schützen sucht. Die Kunden, die sich bei einem Wechsel des Anbieters umgewöhnen müssten, scheuen die Wechselkosten und bleiben auch dadurch an den Marktführer gebunden (sog. *lock in*). Der *Microsoft-Fall*, in dem es u. a. um die Weigerung des Betriebssystem-Monopolisten ging, Windows-Schnittstellenprotokolle mit seinen Wettbewerbern zu teilen, macht dies deutlich.⁸⁾

Eine ähnliche Konzentration wie bei Betriebssystemen (Stichwort: Microsoft) oder Internet-Auktionshäusern (Stichwort: eBay) hat sich auch in Bezug auf Suchmaschinen ergeben. Dies überrascht auf den ersten Blick, denn Netzeffekte sind hier – jedenfalls in Bezug auf die Suchfunktion an sich – vergleichsweise gering.⁹⁾ Die Wechselkosten gehen – anders als z. B. bei Betriebssystemen – gegen Null.¹⁰⁾ Während der Wechsel eines Betriebssystems erhebliche Investitionen in Software und Hardware sowie in die Einarbeitung der Mitarbeiter in das neue System erfordert, ist der Wechsel einer Internet-Suchmaschine kostenfrei und auch technisch einfach möglich. Die nächste Suchmaschine und damit der Wettbewerb sind „nur einen Mausklick entfernt“. Von einem *lock in* kann hier also jedenfalls in Bezug auf die Nutzer der Suchfunktion derzeit keine Rede sein.¹¹⁾ Ob sich daran angesichts der zunehmenden Personalisierung der Suche – wie jüngst durch die Verbindung der Google-Suchmaschine mit dem sozialen Netzwerk Google+ („Search+“)¹²⁾ – in Zukunft etwas ändern wird, bleibt abzuwarten.

Dass dennoch eine Art „Quasi-Monopol“ für die Internetsuche entstanden ist, hat verschiedene Gründe. Einerseits hat sich Google als Suchmaschine aufgrund eines überlegenen Suchalgo-

rithmus durchgesetzt. Hinzu kam, dass Google von Anfang an sog. *paid inclusion*, d. h. eine gute Suchplatzierung gegen Entgelt, abgelehnt und dadurch besonderes Vertrauen bei den Nutzern erworben hat. Die Stellung des Unternehmens dürfte insoweit in erster Linie das Resultat seines Erfolgs im Innovationswettbewerb sein. Auf der anderen Seite gibt es aber auch wettbewerblich problematische Aspekte, die zu Ausbau und Stabilisierung der Stellung Googles beigetragen haben und weiter beitragen. Insbesondere ist der Suchmaschinenmarkt ebenso wie der Betriebssystemmarkt durch sehr hohe, regelmäßig versunkene Fixkosten bei vergleichsweise geringen Stückkosten gekennzeichnet. Schaffung und Etablierung eines Betriebssystems, eines Internet-Auktionshauses oder einer Suchmaschine erfordern sehr hohe Investitionen in Know-How, Soft- und Hardware, Marketing usw. Scheitert der Versuch, sich am Markt zu etablieren, so sind diese Investitionen regelmäßig verloren. Die Stückkosten etablierter Anbieter für weitere Programmkopien oder Suchanfragen sind demgegenüber zu vernachlässigen. Diese Faktoren haben dazu beigetragen, dass sich bei Betriebssystemen und Internet-Auktionshäusern sog. „winner-takes-it-all-Märkte“ herausgebildet haben, auf denen der Wettbewerb eher *um* den Markt als *auf* dem Markt geführt wird¹³⁾ und auf denen marktbeherrschende Stellungen oder sogar Quasi-Monopole einzelner Unternehmen entstanden sind. Auf dem Suchmaschinenmarkt scheint sich Ähnliches abzuzeichnen: Anfang 2012 erfolgten in Deutschland 93,54 % der Suchanfragen im Internet über Google. Die nächsten Verfolger fielen mit 2,4 % (Bing) bzw. 1,38 % (Yahoo)¹⁴⁾ bereits in die Kategorie „unter ferner liefen“.

Bei einer solchen Konzentration tritt gemeinhin das Kartellrecht auf den Plan, denn überragende, nicht mehr hinreichend durch den Wettbewerb kontrollierte Macht, kurz: eine marktbeherrschende Stellung, lädt zum Missbrauch ein. Während Microsoft aus diesem Grunde seit vielen Jahren Gegenstand intensiver kartellbehördlicher Ermittlungen und Eingriffe diesseits wie jenseits des Atlantik ist,¹⁵⁾ ist Google davon trotz ebenfalls überragender Stellung lange Zeit verschont geblieben. Google wurde im Gegensatz zum angeblich „bösen“ Betriebssystem-Monopolisten Microsoft als eine Art „Saubermann“ gesehen, der sein Produkt an die Nutzer verschenkt und dem selbst gegebenen Unternehmensmotto „Don't be evil“¹⁶⁾ folgt.

Dieses positive Image hat in jüngerer Zeit durch Verstöße gegen Urheberrecht (Stichwort: Google Books) und Datenschutzrecht (Stichwort: Google StreetView) ein paar tiefe Kratzer bekommen. Die öffentliche Meinung ist umgeschlagen, und auch die Kartellbehörden haben Google ins Visier genommen. So haben aufgrund von Beschwerden einiger Wettbewerber u. a. das Bundeskartellamt im Januar 2010¹⁷⁾ und die EU-Kommission im November 2010 Ermittlungen gegen Google aufgenommen,¹⁸⁾ ebenso im Juni 2011 die US-amerikanische FTC.¹⁹⁾ Im September 2011 musste Google Chef *Eric Schmidt* einem Ausschuss des US-Senats Rede und Antwort stehen.²⁰⁾ Am 21.05.2012 forderte

6) 2007 erfolgten 80 bis 90 % der Internetbesuche über eine Suchmaschine (vgl. *Ott, K&R* 2007, 375, 378). 2010 hat Facebook Google als meistbesuchte Internetseite überholt (vgl. http://weblogs.hitwise.com/heather-dougherty2010/03/facebook_reaches_top_ranking_i.html; s. auch Fn. 134). Die Bedeutung der Suchmaschinen, allen voran diejenige Googles, ist aber immer noch sehr groß.

7) Dazu schon *Körper*, *RIW* 2004, 568, 572 ff.; *Stopper*, *ZWeR* 2005, 87, 96; für einen Überblick zu Problemen der Kontrolle des Wettbewerbs auf Innovationsmärkten s. *Dreher*, *ZWeR* 2009, 149 ff.

8) Vgl. *Körper*, *RIW* 2004, 881 ff.

9) Das bedeutet nicht, dass solche Netzeffekte nicht vorhanden wären. Sie können insbesondere durch Wechselwirkungen von Suchmaschine, Inhalten und Werbung entstehen (s. hierzu *Höppner*, *WRP* 2012, 625, 626 f.), aber auch durch die Verbindung mit sozialen Netzwerken, wie der Search+-Ansatz zeigt.

10) Vgl. *Kühling/Gauß*, *MMR* 2007, 751, 752.

11) Hierzu auch *Dakanalis/van Rooijen*, *CRI* 2011, 29, 30; kritisch demgegenüber *Ott, WRP* 2012, B1, B11 mit dem beachtlichen Argument, der Nutzer sei regelmäßig nicht hinreichend informiert und wisse gar nicht, dass ihm ggf. Informationen seitens Google vorenthalten würden.

12) S. http://business.chip.de/news/Google-Search-Plus-Kartellklage-im-Anmarsch_53751270.html. Dazu auch unten Text bei Fn. 107.

13) Zu diesem auch in der „Old Economy“ nicht unbekanntem Phänomen grundlegend *Demsetz*, *Why Regulate Utilities?*, *Journal of Law and Economic* 11/1968, 55 ff.

14) Aktuelle Werte unter <http://www.netmarketshare.com/search-engine-market-share.aspx?qprid=4&qpcustomid=0&qpfaf=-000%09101%09DE%0D>.

15) Vgl. *Fleischer/Körper*, *K&R* 2001, 623 ff.

16) S. <http://investor.google.com/conduct.html>.

17) Vgl. <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Kartellamt-prueft-Ciao-Beschwerde-gegen-Google-908324.html>.

18) Vgl. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/1624&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en>.

19) Vgl. <http://online.wsj.com/article/SB1000142405270230339904576403603764717680.html>. Vgl. auch <http://searchengineland.com/googleopoly-the-definitive-guide-to-antitrust-investigations-against-google-82906>.

20) Dazu etwa <http://www.guardian.co.uk/technology/blog2011/sep/21/eric-schmidt-google-senate-hearing>.

EU-Wettbewerbskommissar *Joaquín Almunia* ihn auf, Stellung zu den der EU-Kommission vorliegenden kartellrechtlichen Vorwürfen zu beziehen und ggf. Vorschläge für Verpflichtungszusagen nach Art. 9 VO 1/2003 zu machen.²¹⁾

Das „späte Erwachen“ der Kartellbehörden hat verschiedene Gründe. Es dürfte teils damit zusammenhängen, dass die Internetsuche als solche für den Nutzer kostenlos ist. Dies wirft einerseits Probleme in Bezug auf die kartellrechtliche Marktabgrenzung auf, andererseits ist bei der Kommission derzeit der Konsumentenwohlstandsansatz in Mode und die Gefahr einer Ausbeutung der Konsumenten durch Google im ersten Zugriff geringer als bei Anbietern kostenpflichtiger Produkte. Vor allem aber ist der Suchmaschinenmarkt nicht nur durch eine sehr große ökonomische, technische und rechtliche Komplexität gekennzeichnet, sondern auch durch eine Ambivalenz in Bezug auf Nutzen und Risiken.

Die aus der in die Milliarden gehenden Zahl der Webseiten resultierende, unüberschaubare Informationsfülle des Internet macht Suchmaschinen unverzichtbar: Wer heute Informationen sucht, der „googelt“ sie im Internet.²²⁾ Teils geschieht dies sogar, ohne dass man es bemerkt, weil viele andere Webseiten Suchfunktionen von Google (Google Search) für die Informationssuche implementieren. Wer z. B. bei T-Online die Suchfunktion nutzt, sucht in Wirklichkeit mithilfe der Google Suchmaschine. Schon im Dezember 2009 erfolgten weltweit rund 131 Mrd. Suchanfragen, davon rund 2/3 über Google-Seiten. In Deutschland dürften in diesem Zeitraum rund 4,2 der insgesamt 5,6 Mrd. Suchanfragen über Google gelaufen sein.²³⁾ Aktuell erhält Google nach eigenen Angaben weltweit rund 1 Mrd. Suchanfragen pro Tag.²⁴⁾ Kurz gesagt: Ohne Suchmaschinen – allen voran Google – geht es nicht. Suchmaschinen sind *ein*, manche meinen sogar *der* Schlüssel zur Nutzung der Informationsfreiheit im Internet.

Auf der anderen Seite verfügen Suchmaschinen gerade wegen dieser Unverzichtbarkeit über eine erhebliche wirtschaftliche und potentiell auch gesellschaftspolitische Macht, die bisher staatlicherseits kaum kontrolliert wird. Das erfüllt manchen mit Sorge. So wird die Gefahr beschworen, mit dem „Hebel“ der Suchmaschine könnten bald auch andere Bereiche des Internet von Google dominiert werden.²⁵⁾ Manche sehen in Suchmaschinen sogar „digitale Gatekeeper“, die in der Lage wären, den – auch politischen – Informationsfluss über das Internet zu filtern und zu steuern.²⁶⁾

Bevor aus Sorge vor dieser Entwicklung zum ungleich schärferen und mit Blick auf die grundrechtlich geschützte Meinungsfreiheit (Art. 5 GG)²⁷⁾ und die Wirtschaftsfreiheiten (Art. 2, 12 und 14 GG) nicht unproblematischen Instrument einer Medienregulierung gegriffen wird, ist die Frage aufgeworfen, inwieweit das

Kartellrecht Instrumentarien bereitstellen kann, um Missbräuche von Marktmacht und möglicherweise auch von Medienmacht zu verhindern. Dabei darf nicht aus dem Blickfeld geraten, dass kartellrechtliche Eingriffe kein Selbstzweck sind. Sie dienen dem Schutz des Wettbewerbs und der Offenhaltung der Märkte, d. h. der Ermöglichung einer marktgemäßen Selbstkontrolle.²⁸⁾ Wo diese Selbstkontrolle auch ohne Wettbewerb funktioniert, ist für staatliche Eingriffe, gleich welcher Art, kein Raum.²⁹⁾

II. Kartellrechtliche Probleme im Umfeld von Suchmaschinen

1. Marktabgrenzung

Das Kartellrecht schützt den Wettbewerb auf Märkten im ökonomischen Sinne. In Bezug auf den Suchmaschinenmarkt ist insoweit bereits die Frage problematisch, um welche Märkte es hierbei genau geht. Dieser hochkomplexe Aspekt bedarf noch genauerer Erforschung und kann hier nur angedeutet und unter exemplarischer Bezugnahme auf die derzeit dominierende Suchmaschine Google grob skizziert werden.³⁰⁾ Dahinter steht das jedenfalls in Deutschland noch vergleichsweise wenig erforschte Phänomen zwei- oder mehrseitiger Märkte, in welchen diejenigen, die die Gegenleistung erbringen (hier: die Werbenden) nicht mit den Bedarfsdisponenten (hier: die Suchenden) identisch sind.³¹⁾

Google ist insbesondere auf den Märkten für Online-Werbung bzw. für die Vermittlung von Online-Werbung tätig. Dabei handelt es sich um kostenpflichtige Dienste. Die Existenz von Märkten im ökonomischen Sinne mit Angebot und Nachfrage steht außer Frage. Google erzielt auf diesen Märkten den wesentlichen Teil seiner Einnahmen (Anfang 2010 rund 97 %).³²⁾ Besondere Bedeutung hat der Markt für suchbasierte Werbung. Wer eine Suchanfrage eingibt, erhält neben der – als solcher werbefreien – Ergebnisliste auch zur Anfrage passende Werbefachschaften, die oberhalb und rechts neben dem eigentlichen Suchergebnis in gesonderten, als Werbung gekennzeichneten Listen wiedergegeben werden. Werden diese Werbefachschaften angeklickt, klingelt es auch in der Kasse von Google. Einer Studie zufolge machte der Markt für suchbasierte Werbung in den USA 2010 mit einem Volumen von fast 12 Mrd. US\$ rund 46 % des Gesamtmarktes für Online-Werbung (rund 26 Mrd. US\$) aus.³³⁾ Weltweit wurden auf dem Markt für suchbasierte Werbung sogar über 30 Mrd. US\$ umgesetzt, davon über 83 % durch Google.³⁴⁾ Google dominiert diesen Markt. Keine andere Suchmaschine kann eine vergleichbare Aufmerksamkeit vermitteln. Aus der Perspektive der Werbetreibenden verfährt daher auch das von Google im Zusammen-

21) Dazu http://ec.europa.eu/deutschland/press/pr_releases10665_de.htm.

22) In seiner 23. Auflage definierte der Duden das Wort „googeln“ als Synonym für „im Internet suchen“, ab der 24. Auflage musste diese Definition auf Drängen Googles in „mit Google im Internet suchen“ verengt werden, vgl. http://www.welt.de/wirtschaft/webwelt/article235996/Nie_mehr_googeln.html.

23) Vgl. http://www.comscore.com/Press_Events/Press_Releases2010/1/Global_Search_Market_Grows_46_Percent_in_2009.

24) Vgl. <http://www.google.com/competition/howgooglesearchworks.html>.

25) Vgl. etwa <http://www.searchneutrality.org/foundem-google-story>.

26) Vgl. etwa *Rath*, WRP 2005, 826; *Kühling/Gauß*, ZUM 2007, 881, 882; *Dankert/Mayer*, MMR 2010, 219 ff.; differenziert *Schulz/Held/Laudien*, Suchmaschinen als Gatekeeper in der öffentlichen Diskussion, 2005; *Lindstädt*, ZWER 2010, 53, 77.

27) Vgl. hierzu (allerdings eher aus dem Blickwinkel der Ausgestaltungsbefugnisse des Staates als des Freiheitsschutzes gegen den Staat) *Schulz/Held/Laudien*, Suchmaschinen als Gatekeeper in der öffentlichen Diskussion, 2005, S. 25 ff.

28) Dies fördert mittelbar (aber nach richtiger Auffassung nicht als Hauptzweck des Kartellrechts) dann auch die Konsumentenwohlfahrt und die allgemeine Wohlfahrt.

29) Insoweit erscheint der Ruf nach einer rundfunkähnlichen Regulierung (etwa bei *Dankert/Mayer*, MMR 2010, 219, 220; vorsichtiger auch bei *Schulz/Held/Laudien*, Suchmaschinen als Gatekeeper in der öffentlichen Diskussion, 2005, S. 114 ff.) verfehlt. Zu Recht zurückhaltend *Kühling/Gauß*, ZUM 2007, 881, 889.

30) Allgemein zur Marktabgrenzung auf Innovationsmärkten *Dreher*, ZWER 2009, 149, 155 ff.

31) Zur Anwendung der multi-sided markets-Theorie auf Medienmärkte vgl. etwa *Lindstädt*, ZWER 2010, 53 ff.; s. auch *Höppner*, WRP 2012, 625, 626 f.; *Evans*, The Web Economy, Two-Sided Markets and Competition Policy (April 4, 2010), <http://ssrn.com/abstract=1584363> sowie eingehend *Evans/Schmalensee/Noel/Chang/Garcia-Swartz*, Platform Economics: Essays on Multi-Sided Businesses (17.12.2011), <http://ssrn.com/abstract=1974020>.

32) S. <http://www.ftd.de/it-medien/medien-internet/online-werbung-die-welt-ist-googel/50070285.html>.

33) Vgl. http://www.iab.net/media/file/IAB_Full_year_2010_0413_Final.pdf, S. 13.

34) S. <http://searchenginewatch.com/article2050155/Google-Likely-to-Expand-Lead-in-Search-Ad-Market>.

Körper – Google im Fokus des Kartellrechts

hang mit der Internet-Suche mit gewisser Berechtigung vorgebrachte Argument, Wettbewerb sei nur „einen Mausklick entfernt“, nicht.³⁵⁾

Ob es über die Werbemärkte hinaus auch einen Endkundenmarkt (Rezipientenmarkt) für die Internet-Suche gibt und wie dieser mit den Werbemärkten verbunden ist, ist bislang weitgehend ungeklärt. Die EU-Kommission hat diese Frage in dem Fusionskontrollverfahren *Microsoft/Yahoo! Search Business* aufgeworfen, aber letztlich offen gelassen.³⁶⁾ Gegen die Annahme eines solchen Marktes könnte sprechen, dass die Suchanfrage als solche für den Nutzer kostenfrei ist.³⁷⁾ Sie hat gleichwohl für den Suchmaschinenbetreiber einen Wert, denn jede Anfrage hilft die Suchqualität und damit den Erfolg der Suchmaschine zu verbessern. Zudem bestimmt der Kunde durch sein Verhalten über Erfolg und Wert der Werbung auf der Suchseite.³⁸⁾ Dieser Zusammenhang wird freilich von der h. M. auf dem Gebiet des Privatfernsehens für unzureichend erachtet.³⁹⁾ Auch dort bestimmt der Zuschauer über die Zuschauerquote den Preis der Werbeblöcke (sog. „Tausender-Kontakt-Preis“, kurz: TKP). Trotzdem lehnt das Bundeskartellamt die Annahme eines Zuschauermarktes neben dem Werbemarkt derzeit (noch) ab, weil der Zuschauer kein direktes Entgelt an den Programmveranstalter entrichtet.⁴⁰⁾ Andererseits wurden von EU-Kommission und EuG im *Microsoft-Fall* ohne Weiteres Märkte für Webbrowser bzw. Streaming Media Player bejaht, obwohl diese Programme ebenfalls unentgeltlich verteilt werden.⁴¹⁾ Im Fall *Microsoft/Skype* hinderte die Unentgeltlichkeit der Konsumentenkommunikationsdienste (Internet Messaging, Sprach- und Videoanrufe über das Internet) die Kommission nicht daran, einen Markt (bzw. Märkte) für Konsumentenkommunikationsdienste (*consumer communications services*) anzunehmen.⁴²⁾ Genaugenommen ist hier – wie bei den Suchmaschinen – die Nutzung nicht wirklich kostenfrei. Das anzunehmen wäre naiv. Nur ist die Währung keine pekuniäre. Die Währung, mit welcher die Nutzer zahlen, sind ihre Daten.⁴³⁾ Dies wird zwar namentlich in Deutschland, wo der Datenschutz eine fast schon transzendente Wertschätzung genießt, auch von den Suchmaschinenbetreibern selbst nicht offensiv vertreten, ist aber gleichwohl kaum bestreitbare Realität.

Nimmt man vor diesem Hintergrund einen Rezipientenmarkt für die Internet-Suche an, so hätte Google auf diesem Markt in Deutschland mit einem Anteil von 93,54 %⁴⁴⁾ ein Quasi-Mono-

pol, neben dem die Wettbewerber praktisch irrelevant erscheinen. Weltweit sind es derzeit immerhin 77,8 %.⁴⁵⁾ Entsprechendes gilt, wenn man etwas anders akzentuiert und eher auf die indexierten bzw. indexierungswilligen Unternehmen abstellt und die Frage aufwirft, ob es einen „Markt für die Aufmerksamkeitsvermittlung im Internet“ durch Aufnahme in den Suchindex (Indexierungsmarkt) auch dann gibt, wenn – wie bei Google Search – keine *paid inclusion* (Platzierung gegen Entgelt) stattfindet.⁴⁶⁾

2. „Monopolisierung“

Die überaus starke Position von Google auf dem Markt für suchbasierte Werbung und – wenn man einen solchen anerkennt – auf dem Markt für die Internetsuche bzw. Indexierung wirft die Frage auf, ob ein solches Quasi-Monopol überhaupt mit dem Kartellrecht vereinbar ist. Nicht umsonst heißen die Kartellgesetze – z. B. in der VR China – ja bisweilen „Antimonopolgesetze“ und auch das US-Kartellrecht enthält in Section 2 des Sherman Act seit 1890 ein Monopolisierungsverbot. Die im ersten Zugriff vielleicht überraschende Antwort lautet eindeutig: Monopole sind legal. Weder das deutsche noch das europäische Kartellrecht verbieten Größe an sich. Vielmehr ist nach §§ 19, 20 GWB ebenso wie nach Art. 102 AEUV für ein kartellbehördliches Einschreiten zusätzlich ein wettbewerbswidriges Verhalten des Unternehmens im Sinne eines Missbrauchs ihrer Macht erforderlich.⁴⁷⁾ Gleiches gilt für das US-Kartellrecht, das zwar dem Wortlaut nach ein Monopolisierungsverbot enthält, in der Anwendungspraxis aber nur einer Monopolisierung mit wettbewerbswidrigen Mitteln entgegensteht.⁴⁸⁾ Das ist eine für Kartellrechtler banale Erkenntnis, die von der Politik aber nicht immer geteilt wird.⁴⁹⁾

Es wäre auch absurd, einem Unternehmen zu verbieten, durch internes Wachstum bestimmte Marktanteilsschwellen zu überschreiten. Das liefe darauf hinaus, Erfolg im Wettbewerb zum Kartellrechtsverstoß zu erklären und damit einen wesentlichen Antrieb für den Preis- und Innovationswettbewerb zu beseitigen. Bestimmte Bereiche der Internetökonomie weisen zudem, wie bereits oben skizziert wurde, Tendenzen zur Ausbildung „natürlicher Monopole“ auf. Auf solchen „winner-takes-it-all-Märkten“ ist das Entstehen einer Monopolstellung kein Zeichen eines Marktversagens. Sie ist im Gegenteil regelmäßig Ausdruck gelungener Innovation und erfolgreicher Teilnahme am Wettbewerb „um den Markt“ und damit gerade der Funktionsfähigkeit des Marktmechanismus. Die Überlegung, im Rahmen der 8. GWB-Novelle eine Entflechtungsregelung ins deutsche GWB

35) *Dakanalis/van Rooijen*, CRI 2011, 29, 30.

36) Kommission, 17.02.1010, COMP/M.5727 – *Microsoft/Yahoo! Search Business*, Rn. 86.

37) Vgl. etwa BKartA, 29.04.2009 – B6-09/09, Rn. 63 (abrufbar unter www.bundeskartellamt.de).

38) So auch *Kühling/Gauß*, K&R 2007, S. 751, 752 unter Hinweis darauf, dass mit dem Klick auf eine Werbeanzeige Google unmittelbar Geld zufließt; a. A. *Schulz/Held/Laudien*, Suchmaschinen als Gatekeeper in der öffentlichen Diskussion, 2005, S. 84.

39) Z. B. *Frey*, ZUM 1998, 985, 989; *Parlasca*, WuW 1994, 210, 214; *Gounalakis*, NJW 2006, 1624, 1625; a. A. *Schmidt*, ZUM 1997, 472, 477.

40) So BKartA, 12.04.2000 – B6-20/00, WuW/E DE-V 334, 335 – *akzent*; BKartA, 19.01.2006 – B6-103/05, WuW/E DE-V 1163, 1168 – *Springer/ProSiebenSat1*; BGH, 16.01.2008 – KVR 26/07, WuW DE-R 2327, 2330 – *Kreiskrankenhaus Bad Neustadt/Veelken*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2007, Vor § 35 GWB Rn. 91; tendenziell a. A., aber letztlich offenlassend OLG Düsseldorf, 18.10.2006 – VI-Kart 2/05 (V), WuW DE-R 1845, 1851 – *SES/DPC*.

41) Dazu *Körper*, ZWeR 2009, 315, 338 f.; Kommission, 24.03.2004, COMP/C-3/37 792 = WuW IE EU-V 931 ff. – *Microsoft*; EuG, 17.9.2007 – Rs. T-201/04, Slg. 2007, II-3601 = WuW/E EU-R 601 – *Microsoft* mit Anm. *Körper*, WuW 2007, 1209.

42) Vgl. Kommission, 07.10.2011 – COMP/M.6281 – *Microsoft/Skype*, Rn. 10 ff. (wo die Kommission die Frage, ob es insoweit einen oder mehrere Kommunikationsmärkte gibt, letztlich offen ließ).

43) Ähnlich *Paal*, AfP 2011, 521, 525.

44) Aktuelle Werte unter <http://www.netmarketshare.com/search-engine-market-share.aspx?qprid=4&qpcustomd=0&qpaf=-000%09101%09DE%0D>.

45) Aktuelle Werte unter <http://www.netmarketshare.com/search-engine-market-share.aspx?qprid=4&qpaf=-000%09101%09US%0D&qpcustomd=0&qptimeframe=M&qpsp=132&qppn=1>.

46) Dafür *Ott*, MMR 2006, 195, 196 f.; *Wiebe*, MR-Int 2007, 170, 180; dagegen *Schulz/Held/Laudien* Suchmaschinen als Gatekeeper in der öffentlichen Diskussion, 2005, S. 59 f.

47) Allgemein zu Fragen der Marktbeherrschung auf Innovationsmärkten *Dreher*, ZWeR 2009, 149, 169 ff.

48) Vgl. *Standard Oil Co. of New Jersey v. US*, 221 U.S. 1, 55 und 75 (1911); *US v. US Steel Corporation*, 251 U.S. 417, 452 (1920): „The corporation is undoubtedly of impressive size, and it takes an effort of resolution not to be affected by it or to exaggerate its influence. But we must adhere to the law, and the law does not make mere size an offense, or the existence of unexercised power an offense. It, we repeat, requires overt acts, and trusts to its prohibition of them and its power to repress or punish them.“; spezifisch zu Monopolisierungsvorwürfen gegenüber Google *Manne/Wright*, 34 Harvard Journal of Law & Public Policy, 2011, 171, 213 ff.

49) Vgl. etwa Überlegungen aus dem Verbraucherschutzministerium vom 28.02.2012, „wegen Monopolisierung“ gegen Facebook zu ermitteln, s. http://www.focus.de/digital/computer/computer-aigner-regt-kartellpruefung-bei-facebook-aid_718653.html.

aufzunehmen, die es dem Bundeskartellamt ermöglicht hätte, Großunternehmen auch dann zu entflechten, wenn sie ihre Macht legal erworben haben und *nicht* missbrauchen (sog. „objektive Entflechtung“), sie also letztlich für ihren Erfolg zu bestrafen, war eine Frucht wettbewerbspolitischen Unverstands und ist daher zu Recht in den Giftschränk der Wettbewerbspolitik verbannt worden.⁵⁰⁾

Diejenigen, denen das bestehende Quasi-Monopol von Google gleichwohl Unbehagen bereitet, mögen sich damit trösten, dass solche Monopole in der New Economy des Internet – den hohen Marktzutrittschranken zum Trotz – oft überraschend schnell fallen.⁵¹⁾ Noch vor wenigen Jahren waren viele besorgt, der Internetzugangsanbieter AOL könne nach dem Zusammenschluss mit dem Medienkonzern TimeWarner das ganze Internet oder jedenfalls das Internet als Informationsmedium unter seine Kontrolle bringen.⁵²⁾ Heute ist AOL praktisch irrelevant. Ähnliches befürchtete man in den Zeiten des „Browserkriegs“ zwischen Microsoft und Netscape in Bezug auf Microsoft. Heute droht Microsoft gegen Google, Facebook und Apple ins Hintertreffen zu geraten.⁵³⁾ Das noch vor wenigen Jahren dominierende soziale Netzwerk MySpace ist in die Bedeutungslosigkeit abgerutscht, die deutschen VZ-Netzwerke sind gerade ebenfalls dabei, von Facebook verdrängt zu werden, und ob bzw. wie lange das derzeit dominierende Netzwerk Facebook seine Stellung wird halten können, ist völlig ungewiss.

Mit anderen Worten: Die Monopolstellungen sind in der New Economy jedenfalls mittelfristig möglicherweise weit weniger stabil, als bisweilen angenommen wurde.⁵⁴⁾ Trotz extrem hoher Marktanteile sowie erheblicher Marktzugangsschranken und Netzwerkeffekte liegt die Annahme nicht fern, dass es sich um „bestreitbare Monopole“ (*constable monopolies*) handelt.

In diese Richtung deutet auch die Fusionskontrollentscheidung *Microsoft/Skype*. Die Kommission hielt darin den Zusammenschluss von Microsoft und Skype für wettbewerbslich unbedenklich, obwohl abzusehen war, dass das fusionierte Unternehmen auf dem Markt für Videotelefonie auf einen Marktanteil von 70 – 90 % kommen würde.⁵⁵⁾ Die Kommission betonte in diesem Zusammenhang zu Recht, dass Marktanteile in den sehr dynamischen und durch Unentgeltlichkeit der Dienste gekennzeichneten Märkten für Konsumentenkommunikation nur einen sehr begrenzten Aussagewert bezüglich der Wettbewerbskraft der Unternehmen hätten.⁵⁶⁾ Dies gelte umso mehr als die Konsumenten von Videotelefondiensten bei Einführung eines Entgelts oder bei nachlassender Innovation sehr wechselbereit und auch ohne große Kosten zu einem Anbieterwechsel in der Lage seien.⁵⁷⁾ Hinzu komme reger Marktzutritt neuer Anbieter und erheblicher Wettbewerbsdruck durch aktuelle Wettbewerber (z. B. Google) sowie durch soziale Netzwerke (z. B. Facebook).⁵⁸⁾ Inwieweit diese Argumente auf Suchmaschinen übertragbar sind,

bedarf noch einer genaueren Untersuchung. Im ersten Zugriff spricht aber vieles für eine solche Annahme.

Der Befund, dass das Kartellrecht sich nicht gegen Größe an sich richtet und dass Größe an sich auch nicht gefährlich für den Wettbewerb sein muss, bedeutet natürlich nicht, dass Großunternehmen wie Microsoft, eBay, Facebook oder Google einer Kontrolle am Maßstab des Kartellrechts entzogen wären. Im Gegenteil: Ist ein Unternehmen marktbeherrschend oder hat es sogar ein Monopol inne, so wird es definitionsgemäß nicht mehr hinreichend durch den Wettbewerb kontrolliert. Daraus folgt nicht automatisch, dass es seine Macht missbrauchen *muss*. Aber es besteht ein gewisses Risiko des Machtmissbrauchs. Das Verhalten marktbeherrschender Unternehmen unterliegt daher einer Missbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörden. Einschlägige Rechtsgrundlagen für ein kartellbehördliches Eingreifen sind im deutschen Recht die §§ 19 und 20 GWB und auf EU-Ebene Art. 102 AEUV.

3. Google Search als essential facility?

Vielfach wird behauptet, wer nicht auf einer der ersten Suchseiten von Google zu finden sei, sei im Netz praktisch unsichtbar; Google sei ein potentieller „Unsichtbarmacher“.⁵⁹⁾ Wenn dem so wäre, dann wäre die Suchmaschine von Google in der Terminologie des Kartellrechts eine sog. essential facility (zu Deutsch: eine wesentliche Einrichtung), die andere Anbieter nutzen müssten, um ihre Dienste überhaupt über das Internet anbieten zu können und zu der diese anderen Anbieter deshalb einen Zugang mit Mitteln des Kartellrechts erzwingen könnten.⁶⁰⁾ Klassisches Beispiel für eine wesentliche Einrichtung ist eine Brücke über einen Fluss, der nur an dieser Stelle überquert werden kann. Wer die Brücke kontrolliert, kontrolliert auch den Zugang zum Markt am anderen Flussufer. Auch Energieversorgungsnetze sind regelmäßig wesentliche Einrichtungen in diesem Sinne, denn sie sind einerseits unverzichtbar, um Strom oder Erdgas zu den Kunden zu leiten, andererseits können sie aber auch nicht beliebig dupliziert werden. Sie sind „natürliche Monopole“.⁶¹⁾ Die Essential Facilities-Doktrin, die in Deutschland in § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB verankert und auf europäischer Ebene durch die EuGH-Rechtsprechung etabliert ist,⁶²⁾ eröffnet in solchen Fällen (unbeschadet spezialgesetzlicher Regulierung) den Wettbewerbern auf dem vor- oder nachgelagerten Märkten die Möglichkeit, einen Anspruch auf Mitbenutzung der Einrichtung gegen ein angemessenes Entgelt durchzusetzen.

Da in Deutschland über 93 % aller Suchanfragen über die Suchmaschine von Google laufen, liegt es auf den ersten Blick nahe, darin ebenfalls eine wesentliche Einrichtung zu sehen.⁶³⁾ Doch der Schein trügt. Die Essential Facilities-Doktrin wird eng verstanden, weil sie mit drei wesentlichen, auch verfassungsrechtlich verankerten Grundsätzen des Zivilrechts bzw. Kartellrechts bricht:

– mit dem Grundsatz, dass jeder mit seinem materiellen wie geistigen Eigentum nach Belieben verfahren darf,

50) Diese Regelung war zu Recht schon im RefE zur 8. GWB-Novelle nicht mehr zu finden.

51) Vgl. auch *Kühling/Gauß*, MMR 2007, 751, 753.

52) S. <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Schwere-Bedenken-der-EU-gegen-die-Fusion-AOL-Time-Warner-31057.html>; http://www.welt.de/print-welt/article531776/Wettbewerbshueter_gegen_Bedenken_gegen_Fusion_von_AOL_mit_Time_Warner.html.

53) Zur wachsenden Bedeutung von Facebook für den Zugang zu Nachrichteninhalten s. *Schmidt*, Facebook gewinnt, Google verliert, FAZ vom 29.03.2011, S. 19.

54) Hierzu auch *Dreher*, ZWER 2009, 149, 173.

55) Kommission, 07.10.2011 – COMP/M.6281 – *Microsoft/Skype*, Rn. 108 (die genauen Marktanteile wurden aus Gründen des Geheimnisschutzes in der Entscheidung durch Marktanteilschranken ersetzt).

56) Kommission, 07.10.2011 – COMP/M.6281 – *Microsoft/Skype*, Rn. 78, 120.

57) Kommission, 07.10.2011 – COMP/M.6281 – *Microsoft/Skype*, Rn. 121 ff., 130.

58) Kommission, 07.10.2011 – COMP/M.6281 – *Microsoft/Skype*, Rn. 123 ff.

59) S. <http://www.welt.de/die-welt/wirtschaft/article9733172/Die-Unsichtbarmacher.html>.

60) In diese Richtung gehend *Höppner*, WRP 2012, 625, 637.

61) Vgl. dazu *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, 2008, S. 21 ff.

62) EuGH, 22.01.1974, verb. Rs. 6/73 und 7/73, Slg. 1974, I-223 – *Commercial Solvents*; EuGH, 06.04.1995, verb. Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, Slg. 1995, I-743 – *Magill*; EuGH, 26.11.1998, C-7/97, Slg. 1998, I-7791 – *Bronner*; EuGH, 29.04.2004, C-418/01, Slg. 2004, I-5039 – *IMS Health*.

63) Dazu auch *Wiebe*, MR-Int 2007, 179, 181.

Körper – Google im Fokus des Kartellrechts

- mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, der auch das Recht umfasst, sich seine Vertragspartner selbst auszusuchen, und schließlich
- mit dem Grundsatz, dass niemand gezwungen werden darf, fremden Wettbewerb zum eigenen Nachteil zu fördern.

Aus diesen Gründen wird ein kartellrechtlicher Zugangsanspruch vom EuGH zu Recht nur „unter außergewöhnlichen Umständen“ gewährt. Auf die Essential Facilities-Doktrin kann sich ein Zugangspetent nur berufen, wenn die Benutzung der wesentlichen Einrichtung wirklich der einzige Weg ist, um mit dem Kunden auf einem vor- oder nachgelagerten Markt in Kontakt zu treten, weil weder aktuelle Alternativen existieren noch in Zukunft aufgebaut werden können.⁶⁴⁾

Google aber kontrolliert – anders als man dies teilweise etwas reißerisch formuliert in der Presse liest – nicht den Zugang „zum Internet“. Es gibt andere, durchaus ebenfalls leistungsfähige Suchmaschinen wie Yahoo, Bing oder IxQuick, zu denen der Nutzer jederzeit und kostenfrei durch einen einfachen Mausklick wechseln kann. Hinzu kommt, dass die indexierten Webseiten anderer Unternehmen ohne Weiteres über andere Suchmaschinen gefunden oder auch direkt durch Eingabe ihrer Internet-Adresse angesteuert werden können. Wer sich selbst eine starke Marke wie „Amazon“, „Facebook“ oder „eBay“ aufgebaut hat, wird im Internet auch ohne Google gefunden. Die zum Teil als Grundlage für Forderungen nach einer Regulierung von Google aufgestellte Behauptung, Google kontrolliere, was im Internet gefunden werde,⁶⁵⁾ erweist sich vor diesem Hintergrund als unzutreffend. Es mag sein, dass schwer zu finden ist, wer nicht zumindest bei *einer* großen Suchmaschine erfasst ist.⁶⁶⁾ Aber solange es einen Wettbewerb großer Suchmaschinen gibt, kontrolliert Google nicht allein deshalb den Informationszugang, weil seine Suchmaschine besonders häufig genutzt wird.⁶⁷⁾ Dass man ihre Webseiten *auch* über Google finden kann, ist zwar aus Sicht der Unternehmen wünschenswert, doch gibt es unbestreitbar zahlreiche Alternativen, um in Kontakt mit den Nutzern zu treten. Bestehen aber solche – wenn auch vielleicht im Einzelfall weniger wirksamen – Alternativen, so ist das Vorliegen einer wesentlichen Einrichtung nach dem *Bronner*-Urteil des Europäischen Gerichtshofs zu verneinen. Die Suchmaschine von Google ist daher keine essential facility i. S. d. Kartellrechts.⁶⁸⁾ Nichts anderes gilt nach dem oben Gesagten für die Informationsfreiheit: Google ist unbestreitbar ein wichtiges „Gateway“ zum Internet, aber nicht *der* „Gatekeeper“ des Internet.⁶⁹⁾

64) EuGH, 26.11.1998, C-7/97, Slg. 1998, I-7791 Rn. 41 – *Bronner*.

65) So etwa *Dankert/Mayer*, MMR 2010, 219, 220.

66) So schon *Introna/Nissenbaum*, *Shaping the Web: Why the Politics of Search Engines Matter*, <http://www.nyu.edu/projects/nissenbaum/papers/searchengines.pdf>, S. 5; *Kühling/Gauß*, ZUM 2007, 881, 883.

67) Insoweit zweifelnd *Ott*, WRP 2012, B1, B11, s. auch ebenda B13 f. zur Frage nach dem Anspruch von Webseitenbetreibern auf Aufnahme ihrer Webseite in den Suchindex.

68) So auch *KinderStart.com LLC v. Google Inc.*, C 06-2057 JF (N.D. Cal. 2007), <http://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/california/candce/5:2006cv02057/178063/91/0.pdf>; *Wiebe*, MR-Int. 2007, 179, 181; *Jamison* (17.03.2012), <http://ssrn.com/abstract=2027543>, S. 3 f.

69) A. A. *Dankert/Mayer*, MMR 2010, 219, 220; vorsichtiger *Kühling/Gauß*, ZUM 2007, 881, 883, die allgemein von einer Gatekeeper-Funktion der Suchmaschinen sprechen; mit Blick auf die sogleich beschriebenen Missbrauchsvorwürfe im Ergebnis für die Einordnung Googles als Gatekeeper in Bezug auf den Dienstewettbewerb auf nachgelagerten Märkten auch *Fairsearch.org*, <http://www.fairsearch.org/wp-content/uploads/2011/11/Googles-Transformation-from-Gateway-to-Gatekeeper-Edited.pdf>.

4. Machtmissbrauch

Der Befund, dass die Suchmaschine von Google keine essential facility ist, bedeutet noch nicht, dass Google (oder ein anderes marktbeherrschendes Unternehmen) hinsichtlich seiner Suchmaschine nach Belieben verfahren dürfte, denn marktbeherrschende Unternehmen unterliegen, auch wenn sie keine wesentliche Einrichtung kontrollieren, dem in §§ 19 und 20 GWB bzw. Art. 102 AEUV normierten kartellrechtlichen Verbot, andere auszubeuten oder in ihren wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten zu behindern bzw. zu diskriminieren.

Die EU-Kommission untersucht insoweit insbesondere vier Vorwürfe gegen Google, die sich in zwei Gruppen einteilen lassen: Auf der einen Seite steht der Vorwurf, Google behindere konkurrierende Anbieter suchbasierter Werbung durch Ausschließlichkeitsvereinbarungen, auf der anderen Seite wird Google vorgeworfen, konkurrierende Anbieter vertikaler Suchdienste⁷⁰⁾ zu diskriminieren und fremde Inhalte für seinen Suchdienst auszubeuten.⁷¹⁾ Daneben finden sich auf nationaler Ebene, z. B. in Deutschland, in Frankreich und in den USA, Vorwürfe, die auf eine Behinderung von Wettbewerbern durch (im ersten Zugriff) kostenfreie Dienstangebote Googles bzw. auf einen missbräuchlichen Marktmachtransfer auf nachgelagerte Märkte (etwa für Video- oder Kartendienste) rekurrieren.

a) Behinderungsmissbrauch auf den Werbemärkten

Die Kommission wirft Google einerseits vor, konkurrierende Anbieter suchbasierter Werbung durch Ausschließlichkeitsbindungen zu behindern. Konkret wurde ein solcher Missbrauch Google beispielsweise durch die zu Microsoft gehörende Preissuchmaschine *Ciao* vorgeworfen. Google, so *Ciao*, habe seine Marktmacht ausgenutzt, um seinen AdWords-Werbepartnern zu verbieten, die Dienste konkurrierender Suchmaschinenanbieter in Anspruch zu nehmen. *Ciao* sieht dahinter das Ziel, die ohnehin schon schwachen Wettbewerber weiter zu schwächen und letztlich vom Markt zu verdrängen.⁷²⁾ Es liegt in der Tat nicht fern, hier einen kartellrechtlich verbotenen Behinderungsmissbrauch zu vermuten. Google hat diese Vertragspraxis zwischenzeitlich eingestellt,⁷³⁾ was seine Kritiker als indirektes Eingeständnis werten mögen.

Ein zweiter, ebenfalls u. a. von Seiten *Ciaos* erhobener Vorwurf geht dahin, Google stelle seinen Werbepartnern Nutzungsdaten (etwa die genauen „*click through rates*“) nicht, nicht in hinreichendem Umfang oder nur unter diskriminierender Differenzierung zwischen möglichen Konkurrenten und sonstigen Werbepartnern zur Verfügung.⁷⁴⁾ Auf diese Weise werde u. a. die Möglichkeit eingeschränkt, Werbekampagnen von Googles AdWords-Plattform auf die Werbepattformen konkurrierender Anbieter zu transferieren oder Werbung parallel auf konkurrierenden Webseiten zu betreiben. Dies führe möglicherweise zu einem *lock in* der Werbekunden und schränke wiederum die Wettbe-

70) Mit dem Begriff vertikale Suchdienste werden Suchmaschinen bezeichnet, die sich auf besondere Inhalte (etwas Preisvergleiche, Flugsuche etc.) spezialisiert haben.

71) S. http://ec.europa.eu/deutschland/press/pr_releases10665_de.htm.

72) Vgl. http://ec.europa.eu/deutschland/press/pr_releases10665_de.htm. (Vorwurf 3); FAZ v. 30.11.2010, „EU-Kommission geht gegen die Suchmaschine Google vor“; Kommission, Pressemitteilung IP/10/1624 v. 30.11.2010; ICOMP, Google im Fadenkreuz der Kartellbehörden, www.i-comp.orgen_usresourcesresourcesdownload1314, S. 11.

73) FAZ v. 30.11.2010, „EU-Kommission geht gegen die Suchmaschine Google vor“.

74) Vgl. dazu auch *Dakanalis/van Rooijen*, CRi 2011, 29, 31; ICOMP, www.i-comp.orgen_usresourcesresourcesdownload1314, S. 11.

werbschancen der ohnehin eher schwachen Wettbewerber ein.⁷⁵⁾ Hinzu kommen Vorwürfe, die auf eine preisliche Diskriminierung der Wettbewerber durch unberechtigte, mit einer Verteuerung der Werbung einhergehende Herabstufung in Bezug auf AdWords-Anzeigen zielen.⁷⁶⁾ Ob diese Vorwürfe zutreffen, ist letztlich von faktischen Feststellungen abhängig, die derzeit nicht öffentlich sind und daher noch nicht analysiert werden können.⁷⁷⁾

b) Behinderungsmissbrauch durch „Verschenken“ von Google-Diensten

Eine kartellrechtlich verbotene Verdrängungsstrategie kann auch im massenhaften Verschenken von Originalware oder im Verkauf unter Einstandspreis liegen.⁷⁸⁾ In diese Richtung ging eine Beschwerde des Kartendienst-Anbieters Euro-Cities, die Anfang 2010 beim Bundeskartellamt gegen Google eingereicht wurde. Euro-Cities bietet gegen Entgelt Stadtpläne zur Verwendung auf Internet-Webseiten an. Das Unternehmen hat sich beschwert, dass Google die „Google Maps“-Karten kostenlos zur Verfügung stelle und dadurch das Geschäftsmodell von Euro-Cities zunichte mache.⁷⁹⁾ Im Juni 2010 erweiterte Euro-Cities die Beschwerde um den Vorwurf, Google habe als Reaktion auf die erste Beschwerde die Kosten für Werbesuchbegriffe in Bezug auf Euro-Cities massiv erhöht; im Mai 2011 kam der Vorwurf hinzu, Google habe wettbewerbswidrige Vereinbarungen mit dem Verzeichnisanbieter Gelbe Seiten getroffen.⁸⁰⁾

Das Verfahren erinnerte an die Vorwürfe gegen Microsoft, durch die kostenlose Bereitstellung von Internet Explorer und Media Player auch die Märkte für diese Anwendungsprogramme monopolisieren zu wollen.⁸¹⁾ Doch ist insoweit Vorsicht geboten, denn dass Wettbewerber verdrängt werden, ist nicht notwendig wettbewerbswidrig. Eine Verdrängung von Wettbewerbern ist im Gegenteil oft gerade die ganz normale und erwünschte Folge funktionierenden Wettbewerbs. Es ist eine wesentliche Funktion des Wettbewerbs im Sinne eines *survival of the fittest* zu selektieren und dafür zu sorgen, dass sich die aus der Sicht der Nachfrager besten Produkte der besten Anbieter durchsetzen. Innovationen – sowohl bei Produkten als auch bei Prozessen oder Geschäftsmodellen – führen häufig dazu, dass traditionelle Anbieter Einbußen erleiden oder sogar vom Markt verschwinden. So hat der PC die Schreibmaschine und der MP3-Player den Kassetten-Walkman verdrängt, um nur einige wenige Beispiele zu nennen. Kartellrechtlich verboten ist aber nicht die Verdrän-

gung im Wettbewerb, sondern nur die Verdrängung mit wettbewerbswidrigen Mitteln.

Google handelt zudem schon heute auch den Endkunden gegenüber nicht aus Altruismus. Es erzielt seine Erlöse lediglich auf andere Weise als Euro-Cities, indem es die Karten zwar grundsätzlich kostenfrei zur Verfügung stellt, den Google Maps-Dienst dann aber zum Sammeln von Daten und zur Vermittlung kostenpflichtiger Werbeeinhalte einsetzt. Google scheint mithin lediglich ein anderes, erfolgreicherer Geschäftsmodell als Euro-Cities zu verfolgen, das innovativer ist und von den Nachfragern präferiert wird. Im Ergebnis sah daher die EU-Kommission, an die das Bundeskartellamt den Fall zunächst verwiesen hatte, die Beschwerde (wohl zu Recht) als gegenstandslos an. Das Bundeskartellamt verneinte nach Rückverweisung durch die EU-Kommission das öffentliche Interesse an einer Weiterverfolgung des Falles.⁸²⁾

c) Diskriminierung und Marktmachttransfer durch Manipulation der Suchergebnisse

aa) Ausgangspunkt

Die Annahme einer Verdrängung mit wettbewerbswidrigen Mitteln kann begründet sein, wenn ein Unternehmen seine Macht auf einem Markt ausnutzt, um andere, benachbarte Märkte zu erobern. Man spricht in diesem Fall von einem Marktmachttransfer (*leveraging*).⁸³⁾ Genau dies wurde bzw. wird Google in den meisten Kartellverfahren vorgeworfen. Die Beschwerdeführer – insbesondere konkurrierende Betreiber vertikaler Suchmaschinen – tragen darin vor, Google habe sie diskriminiert, indem es sie zu Unrecht aus der Suchergebnisliste entfernt bzw. so weit nach hinten gerückt habe, dass die Nutzer – die normalerweise nur die ersten Resultate beachteten – sie nicht mehr wahrnehmen.⁸⁴⁾ Dahinter steht der Verdacht, Google manipulierte den Suchalgorithmus, um eigenen Diensten bessere Plätze in der Suchergebnisliste und damit wettbewerbslich nicht verdiente Vorteile zu verschaffen.⁸⁵⁾ Außerdem stelle Google die Ergebnisse seiner eigenen vertikalen Suchdienste vorteilhafter dar als diejenigen konkurrierender vertikaler Suchmaschinen. Schließlich kopiere Google Inhalte aus den Konkurrenzangeboten (z. B. deren Suchergebnisse oder Nachrichtenausschnitte) in seine eigene Suchergebnisliste. Für die Nutzer entfalle dadurch die Notwendigkeit, die Seite des betreffenden Original-Anbieters aufzusuchen. Diesem entgingen dadurch Werbeeinnahmen, was wiederum Möglichkeit und Anreiz reduziere, in Zukunft weiterhin innovative Inhalte zum Vorteil der Nutzer zu produzieren.⁸⁶⁾

Den Vorwurf, eigene Dienste zu bevorzugen, muss sich nicht nur Google gefallen lassen. Eine US-Studie kam jüngst zu dem Ergebnis, dass Microsofts Bing deutlich häufiger Microsoft-Dienste präferiere als Googles Search die Google-Dienste.⁸⁷⁾ Ob das zutrifft, ist freilich umstritten. Eine andere Studie sieht dies genau

75) Vgl. Kommission, http://ec.europa.eu/deutschland/press/pr_releases10665_de.htm (Vorwurf 4).

76) Vgl. ICOMP, Google im Fadenkreuz der Kartellbehörden, www.i-comp.orgen_usresourcesresourcesdownload1314, S. 6.

77) Zu ähnlichen Vorwürfen gegen Google in den USA s. ausführlich *Manne/Wright*, 34 *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2011, 171, 229 ff.

78) Vgl. nur § 20 Abs. 4 S. 2 und 3 GWB; BGH, 26.02.1965 – I bZR 51/63, BGHZ 43, 278 – *Kleenex*.

79) Die Welt v. 16.01.2010, „Kartellamt erhält drei Beschwerden gegen Google“, <http://www.welt.de/wirtschaft/webwelt/article5872850/Kartellamt-erhaelt-drei-Beschwerden-gegen-Google.html>; FAZ v. 17.01.2010, „Verleger und Microsoft gehen gegen Google vor“, <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/bundeskartellamt-verleger-und-microsoft-gehen-gegen-google-vor-1906096.html>.

80) S. ICOMP, www.i-comp.orgen_usresourcesresourcesdownload1314, S. 7.

81) Vgl. Pressemitteilung Opera v. 13.12.2007 „Opera files antitrust complaint with the EU“, www.opera.com/press/releases2007/12/13; Pressemitteilung der Kommission v. 17.01.2009, MEMO/09/15, „Bündelung von Internet Explorer und Windows – Kommission teilt Microsoft Beschwerdepunkte mit“; ECIS Pressemitteilung v. 05.06.2009, „Five Years and Still Counting: ECIS urges an end to Microsoft violations of EU anti-trust law“, www.ecis.eu/news/documents/5JuneECISPressStatement.pdf; Kommission, 24.03.2004, COMP/C-3/37 792 Rn. 792 ff. – *Microsoft* (<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/index.html>).

82) S. ICOMP, www.i-comp.orgen_usresourcesresourcesdownload1314, S. 7.

83) *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 40), Art. 82 EG Rn. 202 mit Hinweis, dass Hebelwirkungen auch bei anderen Verhaltensweisen als der Koppelung eintreten können; *Nothelfer*, Die leverage theory im europäischen Wettbewerbsrecht, 2006, S. 27 ff.; speziell zu Suchmaschinen s. *Kühling/Gauß* MMR 2007, 751, 755 f.

84) Vgl. *Ott*, MMR 2006, 195; *ders.*, WRP 2008, 393, 406; *Kühling/Gauß*, MMR 2007, 751, 756.

85) S. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/1624&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en>.

86) Vgl. Kommission, http://ec.europa.eu/deutschland/press/pr_releases10665_de.htm (Vorwurf 1 und 2).

87) S. *Wright*, Defining and Measuring Search Bias: Some Preliminary Evidence, <http://www.laweconcenter.org/images/articles/definingmeasuring.pdf>.

Körper – Google im Fokus des Kartellrechts

umgekehrt und betont, Google und Yahoo bevorzugten eigene Dienste, während Microsofts Bing dies seltener tue.⁸⁸⁾ Solche Studien sind mit Vorsicht zu genießen, da die Ergebnisse stark von der Auswahl der Suchbegriffe abhängen und über diese beeinflusst werden können. Es mag insoweit nicht überraschen, dass der Autor der ersten Studie Google nahe steht, derjenige der zweiten dagegen eher Microsoft.⁸⁹⁾

Der Vorwurf mangelnder „Suchneutralität“ wird bereits seit geraumer Zeit gegen Google erhoben. In diese Richtung ging schon der Fall „kinderstart.com“, der 2007 in den USA entschieden wurde. Kinderstart.com betreibt die gleichnamige Webseite mit Informationen zur Kindesentwicklung nebst eigener, darauf spezialisierter vertikaler Suchmaschine. Kinderstart.com finanzierte sich im Wesentlichen über Werbung, die über Google auf der kinderstart.com-Webseite geschaltet wurde. Nachdem Google „kinderstart.com“ herabgestuft hatte, sanken 2005 Besucherzahl und Werbeeinnahmen drastisch ab. Kinderstart.com warf Google 2006 in einer Klage vor, durch Manipulation des Suchergebnisses eine Reihe rechtlicher Bestimmungen, u. a. das US-Kartellrecht und das in der US-Verfassung verbürgte Recht auf freie Meinungsäußerung verletzt zu haben. Google entgegnete, dass das Suchergebnis durch einen objektiven und neutralen Algorithmus bestimmt werde. Das zuständige US-Gericht wies die Klage ab, ohne genauer auf diesen Aspekt einzugehen. Es betonte, Googles Suchmaschine sei keine essential facility. Google sei zudem weder verpflichtet, fremden Wettbewerb zu fördern, noch müsse es als Privatunternehmen andere bei der Ausübung ihres Rechts auf freie Meinungsäußerung unterstützen.⁹⁰⁾

bb) Aktuelle Fälle

In jüngerer Zeit ist die Zahl der diesbezüglichen Beschwerden geradezu explodiert. Inhalteanbieter und insbesondere Betreiber konkurrierender Suchmaschinen wandten sich 2010 u. a. in Deutschland, Frankreich, den USA und auf europäischer Ebene an die Kartellbehörden.

Deutsche Zeitungs- und Zeitschriftenverleger warfen Google Anfang 2010 in einer Beschwerde beim Bundeskartellamt vor, die Suchergebnisse in der allgemeinen Ergebnisliste zu manipulieren und nicht nur nach Relevanz, sondern auch nach kommerziellen Aspekten zu gewichten, insbesondere eigene Dienste an den Anfang der Suchergebnisliste zu rücken. Hintergrund war ein Streit über die unvergütete Verwendung von Nachrichtenauszügen (sog. *snippets*) aus den Seiten dieser Medienunternehmen durch Google.⁹¹⁾ Nachdem die Medienunternehmen dies unterbunden hatten, waren ihre Webseiten in der Suchergebnisliste deutlich nach hinten gerutscht. Diese Beschwerde wurde zwischenzeitlich beim BKartA zurückgezogen und der Streit an die EU-Kommission verwiesen.⁹²⁾

In eine ähnliche Richtung zielen die direkt bei der EU-Kommission erhobenen Vorwürfe zweier spezialisierter vertikaler Suchmaschinenbetreiber, des britischen Preissuchportals Foundem und des französischen Suchmaschinenanbieters 1plusV (eJustice). Diese Unternehmen haben vorgetragen, Google habe sie

gezielt benachteiligt, um sie als Wettbewerber zu behindern und eigene Dienste in den Vordergrund zu rücken. Auf diese Weise könne Google seine überwältigende Macht auf dem Suchmarkt und dem Markt für suchbasierte Werbung auf praktisch jeden anderen Markt des Internet übertragen.⁹³⁾ 1plusV hat Google zudem vor dem Handelsgericht in Paris auf 295 Millionen Euro Schadensersatz verklagt.⁹⁴⁾ Die Bevorzugung eigener Dienste durch die Google Suchmaschine steht auch im Vordergrund der kartellrechtlichen Ermittlungen, welche die US-amerikanische FTC im Juni 2011 aufgenommen hat.⁹⁵⁾

cc) Googles Universal Search

Im Zusammenhang mit dem Vorwurf der Diskriminierung und des Marktmachttransfers durch Manipulation der Suchergebnisliste ist insbesondere der 2007 von Google eingeführte „Universal Search“-Ansatz in die Kritik geraten. Hinter diesem Ansatz steht die Idee, dass eine Suchanfrage nicht notwendig zu einer Webadresse (d. h. einem Link auf eine andere Webseite) führen muss, welche die Antwort enthält, sondern dass sie am besten direkt zur Antwort selbst führen sollte.⁹⁶⁾ Die Ergebnisliste enthält daher neben Webadressen auch Kurznachrichten, Thumbnail-Bilder, Kartenausschnitte usw., die teils ohne Vergütung durch Google anderen Webseiten entnommen sind, besonders häufig aber von anderen Google-Diensten bereitgestellt werden. Kritiker sehen dahinter die Absicht, die Google-Dienste für Bildersuche, Buchsuche, Preisvergleiche, Landkarten usw. in den Vordergrund zu rücken und damit auch diese Märkte zu erobern.⁹⁷⁾

So hat die Verbraucherschutz-Organisation „Consumer Watchdog“ im Juni 2010 eine Studie veröffentlicht, die aus Marktanteilsentwicklungen den Schluss zog, dass die Konkurrenten auf anderen Märkten massive Nachteile erlitten, weil Google seine eigenen Dienste bevorzuge. Beispielsweise sei der früher in den USA mit einem Marktanteil von 57 % führende, zu AOL gehörende Kartendienst MapQuest auf 32 % abgerutscht, während Google Maps aufgrund seiner guten Suchplatzierungen auf über 50 % zugelegt habe.⁹⁸⁾ Noch schlimmer sei es anderen Diensten ergangen, so sei bei der Videosuche der Marktanteil des Google-Dienstes YouTube zwischen 2007 und 2010 von 40 % auf 80 % gestiegen, während der des Konkurrenten Photobucket von 20 % auf unter 3 % gefallen sei.⁹⁹⁾ Dieser Effekt werde durch die Integration der Google-Dienste in das führende Smartphone-Betriebssystem Android noch verstärkt.¹⁰⁰⁾

88) S. zur Studie von *Edelman*: <http://www.benedelman.org/searchbias/>.

89) Dazu *Ott*, WRP 2012, B1, B12.

90) *KinderStart.com LLC v. Google Inc.*, C 06-2057 JF (N.D. Cal. 2007), <http://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/california/candce/5:2006cv02057/178063/91/0.pdf>; vgl. hierzu *Ott*, WRP 2008, S. 393, 407 f. sowie *ders.* K&R 2007, S. 375, 377.

91) Zu dieser und weiteren Beschwerden ausländischer Zeitungsverleger ausführlich ICOMP, www.i-comp.orgen_usresourcesresourcesdownload1314, S. 7 ff. Eingehend zum Verhältnis von Suchmaschinen zu Inhalteanbietern an der Schnittstelle von Urheber- und Kartellrecht *Höppner*, WRP 2012, 625 ff., insbes. 629 ff.

92) Vgl. <http://newsticker.sueddeutsche.de/list/id/1280874>.

93) Vgl. <http://www.searchneutrality.org/foundem-google-story>; zu diesen und weiteren ähnlich gelagerten Fällen auch ICOMP, www.i-comp.orgen_usresourcesresourcesdownload1314, S. 11 ff.

94) Dazu ICOMP, www.i-comp.orgen_usresourcesresourcesdownload1314, S. 13 f.; *Ott*, WRP 2012, B1, B12.

95) Vgl. <http://online.wsj.com/article/SB10001424052702303339904576403603764717680.html>. Vgl. auch <http://searchengineland.com/googleopoly-the-definitive-guide-to-antitrust-investigations-against-google-82906> sowie *Ott*, WRP 2011, 655, 682 und WRP 2012, B1, B12 zur Klage von *myTriggers* gegen Google.

96) Vgl. http://www.google.com/intl/en/press/pressrel/universalsearch_20070516.html; im Dezember 2010 entfielen in Deutschland bereits über 50 % der Suchergebnisse bei Google auf die Universal Search, vgl. <http://www.sistrix.de/news/974-universal-search-update.html>.

97) S. <http://online.wsj.com/article/SB10001424052748704058704576015630188568972.html> mit einer Liste der mutmaßlich zwischen 2002 und 2011 bevorzugten Dienste.

98) S. <http://www.welt.de/die-welt/wirtschaft/article9733172/Die-Unsichtbarmacher.html>.

99) S. <http://www.consumerwatchdog.org/video/how-google-becoming-anti-competitive-monopoly>.

100) Die FTC hat ihre kartellrechtliche Untersuchung daher zwischenzeitlich auch auf diesen Aspekt ausgeweitet, S. dazu <http://online.wsj.com/article/SB10001424053111904823804576500544082214566.html>. Zur Relevanz mobiler Plattformen s. auch ICOMP, www.i-comp.orgen_usresourcesresourcesdownload1314, S. 16 ff.

Google hat dem entgegnet, dass die Herabstufung von Webseiten wie Foundem und eJustice neutral und automatisch, ganz einfach aufgrund der „schlechten Qualität“ dieser Seiten erfolgt sei, zumal es nicht die Aufgabe von Google sei, andere Unternehmen oder gar andere Suchmaschinen als „Trittbrettfahrer“ bekannt zu machen. Vielmehr ziele Google einzig darauf, das für den Suchmaschinennutzer optimale Ergebnis zu erzielen. Genau dieses Ziel stehe auch hinter dem Universal Search-Ansatz, denn das beste Ergebnis für eine Adressanfrage sei nun einmal ein Stadtplan und das beste Ergebnis der Suche nach einem Bild das Bild selbst. Der Nutzer erhalte also genau das, was er suche, auch wenn den Wettbewerbern statt dessen ein Link auf ihre eigene Webseite lieber wäre.¹⁰¹⁾ Kurz: Universal Search sei ein integriertes, innovatives Produkt.¹⁰²⁾

Diese Konstellation wirft eine Reihe kartellrechtlicher Fragen auf: Man könnte bereits in grundsätzlicher Hinsicht die Frage stellen, ob es sich beim Universal Search-Ansatz um eine echte Innovation im Dienste der Nutzer handelt, wie Google vorträgt, oder ob Google damit in erster Linie das Ziel verfolgt, die Wettbewerber von anderen Märkten (z. B. für Videos oder Kartendienste) zu verdrängen. Ein Einschreiten der Kartellbehörden kommt offensichtlich nur im zweiten Fall in Betracht und auch in diesem Fall stellt sich die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen die Kartellbehörden berufen (oder auch nur fähig) wären, das Produktdesign von Google zu korrigieren.

Bei der Unterscheidung von wettbewerblich erwünschten Innovationen und der Wettbewerbsverfälschung dienenden Scheinnovationen kann möglicherweise der in den USA entwickelte *plausible benefit*-Test helfen. Nach diesem Test ist eine Produktgestaltung bzw. Innovation grundsätzlich zulässig, wenn sie dem Verbraucher einen plausiblen Vorteil bringt und somit jedenfalls nicht allein das Ziel verfolgt, Wettbewerber zu behindern.¹⁰³⁾ Eine gewisse Benachteiligung der Wettbewerber ist schließlich dem Wettbewerb an sich immanent. Legt man diesen restriktiven Ansatz zugrunde, dürfte das Modell des Universal Search als solches kartellrechtlich kaum angreifbar sein, denn dass es für die Konsumenten vorteilhaft ist, die Antwort auf ihre Suchanfrage schon in der Suchergebnisliste zu finden, liegt auf der Hand. Dass die Adressen von Wettbewerbern, die lediglich mittelbar zu den gewünschten Antworten führen, dadurch in der Ergebnisliste weiter nach hinten rutschen, würde sich insoweit eher als „Nebeneffekt“ darstellen – auch wenn dieser Nebeneffekt Google sicherlich sehr gelegen kommt.

Ob die EU-Kommission das ebenso sieht, bleibt abzuwarten. Im *Microsoft*-Fall betonten US-Gerichte ebenfalls, es könne nicht Aufgabe der Kartellrechtsdurchsetzer sein, unternehmerische Entscheidungen über die Produktgestaltung durch eigene Überlegungen zu ersetzen und damit letztlich selbst zum Produkt-

gestalter zu werden.¹⁰⁴⁾ Die Kommission sah das im *Microsoft*-Fall zumindest ein Stückweit anders und gab Microsoft auf, ein „Windows N“ ohne Media Player zu schaffen und anzubieten.¹⁰⁵⁾ Das könnte zu der Idee führen, auch von Google das Angebot einer alternativen „Suche N“ ohne Universal Search zu verlangen. Freilich wäre das im Ergebnis ebenso unsinnig wie die Forderung nach einem „Windows N“. Das von der Kommission „redesignete“ Windows N wollte niemand kaufen,¹⁰⁶⁾ und eine Suche N, die aus der Sicht der Kunden nützliche Ergebnisse ausblendet, würde vermutlich niemand nutzen.

dd) Search+ – personalisierte Suche unter Einbeziehung von Google+

Im Januar 2012 ist ein ähnlicher Streit in Bezug auf die zunehmende Integration der Google Suchmaschine und des sozialen Netzwerkes Google+ aufgeflammt. Google bietet (derzeit nur auf der Mutterseite Google.com in den USA) die Möglichkeit einer personalisierten Suche (Search+), bei welcher der Nutzer neben dem Internet insgesamt auch seine Seiten im sozialen Netzwerk Google+ durchsuchen lassen kann.¹⁰⁷⁾ Der Nutzer kann zwischen diesen beiden Alternativen wählen.¹⁰⁸⁾ Er hat aber nicht die Möglichkeit, anstelle von oder auch nur zusätzlich zu seinen Google+-Seiten auch seine Seiten bei anderen sozialen Netzwerken wie Facebook, VZ oder Twitter durchsuchen zu lassen.

Aus der Perspektive des Wettbewerbsschutzes ist auch diese Konstellation ambivalent. Auf der einen Seite erscheint es nicht von vornherein ausgeschlossen, aus dem Kartellrecht eine Verpflichtung zur Aufnahme anderer sozialer Netzwerke in die personalisierte Suche abzuleiten. Die Anwendung der §§ 19, 20 GWB bzw. des Art. 102 AEUV als Diskriminierungsverbote setzt nur eine marktbeherrschende Stellung und nicht die Einordnung der Suchmaschine als essential facility voraus. Würde man die Voraussetzungen für einen Machtmissbrauch bejahen, so könnten möglicherweise die in Verfahren gegen Microsoft erzielten Ergebnisse als Vorbild für die Rechtsfolgenseite dienen: So bietet Microsoft den Nutzern nunmehr bei der Installation von Windows verschiedene Internetbrowser zur Wahl anstatt automatisch seinen Internet Explorer als Standardbrowser zu installieren. Ebenso verzichtet Microsoft bei der Auswahl der Standard-Suchmaschine auf eine Voreinstellung zugunsten des eigenen Suchdienstes Bing. Von der insoweit eröffneten Auswahlmöglichkeit hat insbesondere Google Search profitiert.

Ob für die Betreiber der anderen sozialen Netzwerke eine entsprechende Öffnung von Search+ überhaupt wünschenswert wäre, erscheint indes mehr als fraglich, denn in diesem Fall müssten sie auch ihre Datenbestände für die Google-Suche öffnen und damit Google gegenüber offenlegen. Sie stehen insoweit vor einem ähnlichen Dilemma wie die Zeitungs- und Zeitschriftenverleger, die in dem oben beschriebenen Streitfall vor der Wahl standen, Google die unvergütete Nutzung von Nachrichtenausgaben aus ihren Webseiten zu erlauben oder insoweit auf ihrem

101) S. <http://googlepolicyeurope.blogspot.com/2010/11/our-thoughts-on-european-commission.html>; <http://googlepolicyeurope.blogspot.com/2010/02/committed-to-competing-fairly.html>.

102) Google Chef *Eric Schmidt*, http://www.googlepleen.com/news/senat_schmidt.pdf, S. 2.

103) Dazu eingehend *Körper*, RfW 2004, S. 568, 575; *United States v. Microsoft Corp.*, 147 F. 3d 935, 950 (D.C. Cir. 1998): „The question is not whether the integration is a net plus but merely whether there is a plausible claim that it brings some advantage“.

104) Vgl. Memorandum Opinion zur Entscheidung *State of New York v. Microsoft, Corp.*, Civil Action No. 98-1232 (CKK), S. 127 ff.

105) Kommission, 24.03.2004, A.37792, S. 300 – *Microsoft* (<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/index.html>), bestätigt durch EuG, 17.09.2007, Rs. T-201/04, Slg. 2007, II-3601 – *Microsoft*; Heise.de v. 29.03.2005 „Edition N: EU-Kommission und Microsoft einigen sich“, www.heise.de/newsticker/meldung/Edition-N-EU-Kommission-und-Microsoft-einigen-sich-148233.html.

106) Heise.de v. 20.11.2005, „Nur wenig Interesse an Windows XP N“, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Nur-wenig-Interesse-an-Windows-XP-N-150184.html>; s. auch *Wirtschaftswoche* v. 04.04.2005, „Dell und HP lehnen Windows N ab“, <http://www.wiwo.de/unternehmen/ohne-media-player-laeft-nichts-dell-und-hp-lehnen-windows-n-ab-4920564.html>; cnet.com v. 18.11.2005 „Still ‚no demand‘ for media-player-free Windows“, news.cnet.com/2100-1016_3-5960750.html.

107) Vgl. <http://business.chip.de/news/Google-Search-Plus-Kartellklage-im-Anmarsch-53751270.html>.

108) S. <http://googleblog.blogspot.com/2012/01/search-plus-your-world.html>.

Körper – Google im Fokus des Kartellrechts

Urheberrecht zu beharren, die Nutzung zu unterbinden¹⁰⁹⁾ und dafür in der Ergebnisliste zurückzufallen oder sogar ganz aus dieser entfernt zu werden.¹¹⁰⁾

Auf der anderen Seite könnte Google auch hier argumentieren, seinen Nutzern einen echten Mehrwert zu bieten. Zudem ist das soziale Netzwerk Google+ im Vergleich zu Facebook noch vergleichsweise unbedeutend, so dass der von Google insoweit angesetzte „Hebel“ zumindest kurz- und mittelfristig eher zu mehr Wettbewerb auf dem Markt für die Dienste sozialer Netzwerke (bzw. auf den damit verbundenen Werbemärkten) führen könnten. Diese Ambivalenz spricht für kartellbehördliche Zurückhaltung. Dass der Markt gerade in der schnelllebigen Internetökonomie oftmals weit schneller und besser in der Lage ist, wettbewerbliche Problemlagen zu adressieren als die Kartellbehörden, macht die Reaktion der Wettbewerber auf Search+ deutlich: Nur vier Monate nach Einführung des integrierten Google-Dienstes gab Microsoft bekannt, seine Suchmaschine Bing enger mit Facebook zu verzahnen.¹¹¹⁾ Dies wiederum könnte Bings Wettbewerbschancen im Wettbewerb mit Google Search beflügeln, so dass am Ende der Wettbewerb sowohl auf dem Markt für die Dienste sozialer Netzwerke als auch derjenige auf dem Markt für Suchdienste verbessert werden könnte.

5. Diskriminierungsverbot und „Suchneutralität“

Der zentrale Vorwurf, Google diskriminiere andere Dienste in kartellrechtlich verbotener Weise, indem es eigene Dienste in der Suchergebnisliste nach vorn bzw. diejenigen der Konkurrenten nach hinten rücke, wird – insbesondere in der politischen Debatte – mit der Forderung nach „Suchneutralität“ oder „Suchmaschinenneutralität“ verbunden.¹¹²⁾ Die Forderung nach „Neutralität“ klingt zunächst einmal gut. Allerdings muss man sich insoweit davor hüten, „das Kind mit dem Bade auszuschütten“. Suchneutralität im Sinne von „Blindheit“ ist bei Suchmaschinen nicht möglich. Insoweit unterscheidet sich die Forderung nach Suchneutralität von der derzeit ebenfalls intensiv diskutierten Forderung nach Netzneutralität.

Netzneutralität bedeutet die neutrale Übermittlung von Daten im Internet.¹¹³⁾ Sie kann dadurch gewährleistet werden, dass die über das Internet übermittelten Daten in Datenpakete zerlegt und dann unabhängig von deren Inhalt bzw. Inhaltstyp (Texte, Bilder, Telefonate, Videos etc.) nach dem „Best-Efforts-Prinzip“ gleichrangig über alle verfügbaren Transportwege (Kabel, Satellit, Funk etc.) übermittelt werden, solange Übertragungskapazität vorhanden ist.¹¹⁴⁾ Eine solche absolute (blinde) Neutralität nach dem Muster des Stromnetzes, bei dem grundsätzlich auch nicht danach differenziert wird, ob der beförderte Strom einen Nachrichtenserver oder einen Fön speist, ist zwar angesichts

steigender Anforderungen an die Netzqualität für den Telekommunikationssektor ökonomisch nicht mehr sinnvoll, aber immerhin möglich.¹¹⁵⁾

Die Forderung nach Suchneutralität bezieht sich dagegen auf die übermittelten Inhalte. Suchmaschinen haben insoweit aber gerade den Zweck, aus Milliarden von Webseiten diejenigen Informationen herauszufiltern, die der Suchanfrage und den Bedürfnissen des Nutzers am besten entsprechen. Ein Suchalgorithmus *muss* werten und darauf basierend differenzieren. Dass dabei einige Webseiten besser und andere schlechter abschneiden, liegt in der Natur der Sache. Was geschieht, wenn eine Suchfunktion nicht wertet und insoweit „strikt neutral“ operiert, kann ein simples Beispiel verdeutlichen: Sucht man den Text der eCommerce-Richtlinie 2000/31/EG, indem man den Suchbegriff „Richtlinie 2000/31/EG“ bei Google Search eingibt, so erhält man zwar „ungefähr 270.000 Treffer“, dafür aber auch gleich als erste Fundstelle einen Link zum Volltext der Richtlinie auf den EU-Servern. Geht man dagegen direkt auf die Webseite der EU selbst¹¹⁶⁾ und gibt dort im Suchfeld „Richtlinie 2000/31/EG“ ein, so erhält man den Hinweis, der Suchbegriff sei in mehr als 2.000 Dokumenten gefunden worden sowie eine Liste mit 200 Links, von denen kein einziger zum eigentlich gesuchten Text der Richtlinie führt. Die „Suchfunktion“ der EU-Seite ist zwar völlig neutral, erweist sich dafür aber leider auch als völlig nutzlos.

Mit anderen Worten: Internet-Suchmaschinen eine wertende Differenzierung zu verbieten, würde de facto bedeuten, Internet-Suchmaschinen an sich zu verbieten. Das kann nicht richtig sein. Wie Justitia muss eine Suchmaschine zugleich Augenbinde und Waage tragen. Dabei muss Gleiches grundsätzlich gleich und Ungleiches grundsätzlich ungleich behandelt werden. Wenn Google in der Ergebnisliste direkte Antworten auf die Suchanfrage (d. h. Kurznachrichten, Bilder, Landkarten usw.) gegenüber lediglich mittelbar zu einer Antwort führenden Webadressen bevorzugt, erscheint dies z. B. grundsätzlich legitim. Ungleiches darf ungleich behandelt werden, und sogar manuelle Eingriffe können gerechtfertigt sein, z. B. um einzelne illegale Seiten aus dem Index zu entfernen. Eine Diskriminierung käme dagegen in Betracht, wenn die Ergebnisliste oder bereits der Suchalgorithmus selbst bei seiner Ausgestaltung oder Anwendung in der Weise manipuliert würden, dass Google-Dienste ungerechtfertigt gegenüber gleichwertigen Angeboten anderer Anbieter bevorzugt werden oder wenn entsprechende manuelle Eingriffe erfolgten.¹¹⁷⁾

III. Ansätze zur Verhinderung von Marktmachttransfer und Diskriminierung

1. Staatliche Regulierung des Suchalgorithmus?

Dem Befund, dass ein Suchalgorithmus einerseits werten *muss*, andererseits aber im Dienste eines Marktmachttransfers oder einer Diskriminierung von Wettbewerbern manipuliert werden *kann*, schließt sich die Frage an, ob es sinnvoll wäre, die Internet-Suchmaschinen zur Vermeidung mutmaßlicher Manipulationen einer behördlichen Kontrolle zu unterstellen.

109) Zur Frage des Eingriffs in urheberrechtlich geschützte Inhalte durch die Wiedergabe in der Suchliste eingehend *Höppner*, WRP 2012, 625, 632 ff.

110) Letzteres geschah belgischen Zeitschriftenverlegern nach einem erfolgreichen Urheberrechtsstreit mit Google, s. <http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/verlegerstreit-google-wirft-belgische-zeitungen-aus-dem-suchindex-a-774970.html> (18.07.2011).

111) S. <http://www.welt.de/wirtschaft/webwelt/article106293135/Microsoft-vertzahlt-Internetsuche-Bing-mit-Facebook.html> (11.05.2012).

112) Vgl. dazu *Edelman*, <http://www.benedelman.org/hardcoding>; s. auch die Stellungnahme *Googles*, <http://googlepolicyeurope.blogspot.com/2010/11/our-thoughts-on-european-commission.html> und *Holtz*, „Wir greifen nicht ein“, <http://www.internetcworld.de/Nachrichten/Medien/Medien-Portale/Google-Juristin-Julia-Holtz-zu-den-Kartellamtsbeschwerden-Wir-greifen-nicht-ein>.

113) *Holznel*, K&R 2010, 761, 765.

114) Zu den technischen Einzelheiten *Ufer*, K&R 2010, 383, 384 f.; *Kruse*, Internet-Überlast, Netzneutralität und Service-Qualität, opus.unibw-hamburg.de/opus/volltexte/2008/1726/pdf/hsu-wp-vw175.pdf, S. 2 ff.

115) Dazu *Körper*, MMR 2011, 215, 219 f. m. w. N.; ausführlich *ders.*, Netzneutralität als neues Regulierungsprinzip des Telekommunikationsrechts, in: *Hoffmann/Leible*, Innovation und Recht im Internet, 2012.

116) S. http://europa.eu/index_de.htm.

117) Für eine zurückhaltende Interpretation und Anwendung des Prinzips der Suchneutralität auch *Crane*, Search Neutrality as an Antitrust Principle (18.11.2011), <http://ssrn.com/abstract=1961742>.

Ob eine Manipulation vorliegt, ist letztlich eine Tatfrage, welche die Kartellbehörden und ggf. die Gerichte im Einzelfall klären müssen. Doch lässt sich bereits jetzt prognostizieren, dass es schwer fallen wird, diese Frage mit Bestimmtheit zu beantworten. Vergleichsweise einfach feststellbar wären vielleicht noch manuelle Eingriffe in die Suchergebnisliste. Ein solcher Eingriff dürfte, wie schon gesagt, nur ausnahmsweise gerechtfertigt sein, z. B. um Webseiten mit illegalen Inhalten aus der Ergebnisliste zu entfernen. Deutlich schwieriger wäre es demgegenüber, den automatisch arbeitenden und hoch komplexen Suchalgorithmus einer Kontrolle zu unterstellen. Dieser Suchalgorithmus verfolgt den Zweck, die Suchergebnisse nach ihrer „Relevanz“ zu sortieren. In ihn fließt u. a. ein, wie häufig auf die betreffende Webseite im Internet verlinkt ist,¹¹⁸⁾ welche Relevanz die verlinkenden oder verlinkten Seiten ihrerseits haben, und welche originär eigenen Inhalte eine Seite zur Verfügung stellt.¹¹⁹⁾ Dieser Suchalgorithmus ist nicht statisch. Er ist – wie das Internet, das er erschließen soll – ständig im Fluss, und er muss das auch sein, um mit der rasanten Entwicklung des Internet Schritt zu halten. Der Google Search-Algorithmus wird beispielsweise nach Angaben von Google permanent optimiert und erfährt rund 550 Änderungen pro Jahr, d. h. eine oder zwei pro Tag.

Schon dieser Umstand schließt eine Vorab-Kontrolle nach dem Muster der Telekommunikations- oder Energieregulierung effektiv aus. Änderungen am Suchalgorithmus gleichsam unter einen behördlichen Genehmigungsvorbehalt oder auch nur unter präventive behördliche Aufsicht zu stellen, erschiene aus der Warte des technischen Fortschritts schlechthin unerträglich. Dies gilt erst recht, wenn man bedenkt, dass ggf. Behörden zahlreicher Staaten (oder sogar die vierzehn Landesmedienanstalten) ein Mitspracherecht begehren könnten. Ein bürokratisch eingefrorener Suchalgorithmus könnte der Dynamik des Internet nicht mehr gerecht werden.¹²⁰⁾ Überlegungen, die ohnehin anachronistische deutsche Rundfunkregulierung auf der Basis des RStV¹²¹⁾ auf Internet-Suchmaschinen zu übertragen und den Suchmaschinenbetreibern inhaltliche Vorgaben für die Ausgestaltung des Suchalgorithmus zu machen,¹²²⁾ erscheinen vor diesem Hintergrund nicht nur als praxisfern, sondern sind auch rechtspolitisch verfehlt.¹²³⁾ Die Ausgestaltung und Fortentwicklung des Suchalgorithmus muss Sache des jeweiligen Suchmaschinenbetreibers bleiben. Eine ex ante-Regulierung von Google Search ist nicht nur nicht erforderlich, sie ist letztlich auch gar nicht möglich, ohne die Funktionalität der Suchmaschine zum Schaden der Konsumenten erheblich zu beeinträchtigen.¹²⁴⁾ Diese Auffassung teilen selbst scharfe Google-Kritiker wie Foundem. In Betracht kommt allenfalls eine nachträgliche Kontrolle, und auch eine solche dürfte nicht leicht fallen, weil den Suchmaschinenbetreibern notwendig ein gewisser, auch subjektiver

Spielraum verbleiben muss. Möglich erscheint letztlich allenfalls eine Willkürkontrolle.¹²⁵⁾

Insoweit ist schließlich zu berücksichtigen, dass eine Kontrolle in gewissem, ja letztlich entscheidendem Maße bereits durch den Markt, genauer: durch Qualitäts- und Innovationswettbewerb, erfolgt. Ausschlaggebend für den Erfolg einer Suchmaschine sind letztlich drei Faktoren: die Qualität der Suchergebnisse, das Vertrauen der Nutzer in diese Qualität (einschließlich der Neutralität der Ergebnisliste) und die Innovationsfähigkeit des Suchmaschinenbetreibers. Dieser Befund wird durch den Aufstieg Googles belegt. Internet-Suche ist ein „Vertrauensprodukt“. Würden sich die Nutzer manipuliert fühlen, so wäre es – auch angesichts des einfachen Wechsels zu Bing oder anderen Suchmaschinen – schnell um den Erfolg der Suchmaschine geschehen. Wer als Suchmaschinenbetreiber seine Ergebnisliste manipuliert, sägt an dem Ast, auf dem er sitzt. Dieser Befund schließt Manipulationen nicht aus, lässt sie aber jedenfalls als sehr risikoreich erscheinen. Der Nachweis dafür, dass diese marktgemäße Selbstkontrolle nicht funktioniert und dass deshalb überhaupt ein staatliches Eingreifen erforderlich ist, muss noch erbracht werden.¹²⁶⁾

2. Strukturelle Maßnahmen

Vereinzelte strukturelle, d. h. auf Entflechtung gerichtete Maßnahmen erwogen, die zusammen mit verhaltensbezogenen Abhilfemaßnahmen darauf abzielen sollten „Googles unrechtmäßig erworbene Größe zu beheben und Innovation und letztlich Auswahlmöglichkeiten für den Verbraucher zu fördern, bei gleichzeitiger Aufforderung Googles selbst, innovativ zu sein und aus eigener Kraft am Wettbewerb teilzunehmen.“¹²⁷⁾ Wie oben ausgeführt, richtet sich das Kartellrecht nicht gegen Größe an sich. Allerdings können nach Art. 7 VO 1/2003 auch strukturelle Maßnahmen ergriffen werden, wenn sich nachgewiesene Machtmissbräuche nicht anders abstellen lassen. Unterstellt, dass Machtmissbräuche festgestellt werden können, dürfte eine Entflechtung des Suchdienstes als solchen kaum in Betracht kommen. Denkbar wäre allenfalls ein Gebot, sich von Diensten auf benachbarten Märkten (etwa YouTube oder Google Maps) zu trennen, um „Quersubventionen“ durch Bevorzugung dieser Dienste durch die Suchmaschine vorzubeugen. Entflechtungsmaßnahmen kommen freilich selbst bei nachgewiesenen Verstößen nur als ultima ratio in Betracht, wenn verhaltensbezogene Maßnahmen sich als ineffektiv erweisen. Im derzeitigen Stadium des Verfahrens erscheint es höchst unwahrscheinlich, dass die Kommission oder andere Wettbewerbsbehörden zu diesem Schluss kommen könnten oder dass Google freiwillig so etwas vorschlägt, um die bestehenden Bedenken auszuräumen.

3. Verbesserung der Transparenz

Um eine bessere Kontrolle zur Vermeidung behindernder oder diskriminierender Maßnahmen zu ermöglichen, wird von Google schließlich verbreitet mehr Transparenz in Bezug auf den Suchalgorithmus und seine Ergebnisse verlangt. Dahingehende Forderungen sind z. B. im Rahmen der Beschwerden der deutschen

118) Dass insoweit auch eine externe Manipulation nicht ausgeschlossen ist, zeigt der eher skurrile Fall Santorum, vgl. http://en.wikipedia.org/wiki/Campaign_for_%22santorum%22_neologism.

119) S. The New York Times v. 3.6.2007 „Google keeps tweaking its search engine“ (www.nytimes.com/2007/06/03/business/yourmoney/03google.html?pagewanted=4&adxnllx=1324303212-kSpQYNaaTeGXf0vI3f5tg), dort wird seitens Google von über 200 maßgeblichen Kriterien gesprochen.

120) Einen Vorgeschmack auf das, was insoweit hinsichtlich der Suchqualität zu befürchten wäre, gibt das obige Beispiel der Suchfunktion der EU-Webseite.

121) Zur Überholtheit dieser Regulierung ausführlich Körper, ZWeR 2009, 315 ff.

122) Dankert/Mayer, MMR 2010, 219, 220, 221 f.

123) Dagegen im Ergebnis auch Paal, AfP 2011, 521, 529.

124) Ausführlich und im Ergebnis ablehnend zur Frage einer Regulierung von Google Search auch jüngst Jamison, Should Google Search be Regulated as a Public Utility? (17.03.2012), <http://ssrn.com/abstract=2027543>, S. 3 f.

125) Hierzu auch Ott, WRP 2012, B1, B12.

126) Aus diesem Grunde zur Vorsicht mahnend auch Manne/Wright, If Search Neutrality is the Answer, What's the Question?, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1807951.

127) ICOMP, www.i-comp.orgen_usresourcesresourcesdownload1314, S. 40.

Körper – Google im Fokus des Kartellrechts

Zeitungsverleger und von Foundem bei der EU-Kommission laut geworden.¹²⁸⁾ Transparenz an sich ist wie Suchneutralität etwas Gutes. Allerdings sind drei Besonderheiten zu beachten:

- Zum einen müssen geistige Eigentumsrechte und Geschäftsgeheimnisse aller Suchmaschinenbetreiber, einschließlich Google, grundsätzlich respektiert werden. Dass insoweit auch Suchmaschinenbetreiber Privatunternehmen und insoweit Grundrechtsträger sind, wird häufig übersehen.
- Google weist zweitens darauf hin, dass eine Offenlegung des Algorithmus auch deshalb nicht in Betracht komme, weil eine solche Verpflichtung es anderen Unternehmen erlauben würde, ihre Webseiten so zu manipulieren, dass sie den neutralen Algorithmus „austricksen“ könnten. Auf Dauer würde die Qualität der Suchergebnisse durch solche externen Manipulationen tendenziell stark absinken. Am Ende wären ehrliche Anbieter, die ihre Seiten nicht manipulierten sowie vor allem die Suchmaschinennutzer, die in die Irre geführt würden, „die Dummen“. Diese Befürchtung hat sicherlich ihre Berechtigung.
- Drittens aber führt Googles alleinige Kontrolle über den Suchalgorithmus natürlich dazu, dass heute allein Google in der Lage ist, seine anderen Webseiten so zu „optimieren“, dass die eigenen Dienste gute Platzierungen erreichen. Google betont zwar, dass man das nicht tue. Doch kann man den Wettbewerbern nicht verdenken, dass sie dieser Aussage nicht vertrauen. *Honi soit qui mal y pense* – ein Schelm, wer Böses dabei denkt.

Ob sich aus dem Kartellrecht eine Pflicht zur Offenlegung wird ableiten lassen, ist offen. Wettbewerbspolitisch erscheint die Forderung nach mehr Transparenz aber durchaus valide. Mehr Transparenz muss nicht die Offenlegung des Algorithmus als solchen bedeuten. So hat Foundem in der Beschwerde bei der EU lediglich gefordert, dass Google seine eigenen Dienste – ähnlich wie die Werbeanzeigen – in der Suchergebnisliste kennzeichnen solle, dass die Grundsätze, die hinter dem Algorithmus stünden, noch transparenter gemacht werden sollten und dass Webseiten, die plötzlich herabgestuft würden, Zugang zu einem zeitnahen und transparenten Überprüfungsverfahren haben sollten.¹²⁹⁾ Das lässt sich hören, zumal eine Einschaltung neutraler Mittler denkbar erscheint, wenn es doch einmal notwendig werden sollte, zu diesen Zwecken einen genaueren Blick auf den Algorithmus selbst zu werfen. Hinzu tritt die nach Angaben von Google bereits implementierte Möglichkeit, durch sog. Chinese Walls den unternehmens- bzw. konzerninternen Informationsfluss zwischen Google Search und den anderen Google-Diensten zu unterbinden.

Ein praktisches Beispiel für eine Implementierung von Transparenz-Regelungen bietet ein Vergleich, den Google im Verfahren *Navx*¹³⁰⁾ am 04.10.2010 mit der französischen Wettbewerbsbehörde geschlossen hat. Google war vorgeworfen worden, *Navx*, das in Frankreich Dienste mit Informationen für Navigationssysteme anbietet, unberechtigterweise von der AdWords-Werbeplattform ausgeschlossen zu haben. Hintergrund war, dass *Navx* nicht nur über Benzinpreise, sondern auch über Radarfallen

informierte, was der AdWords-Richtlinie widersprach, aber in Frankreich legal war. Google verpflichtete sich in dem Vergleich (zunächst befristet bis zum Dezember 2013), genauere Einzelheiten bezüglich seiner AdWords-Richtlinie zur Verfügung zu stellen, grundsätzlich jegliche Änderungen der Richtlinie drei Monate im Voraus anzukündigen, Gründe darzulegen, die zur Sperrung eines AdWords-Kontos führen können und ein System mit Vorwarnung und Abmahnung vor einer Sperrung zu etablieren.¹³¹⁾

Ein solches Vorgehen, das auf Förderung marktgemäßer Selbstkontrolle durch verbesserte Transparenz setzt, entspricht dem Ansatz, den EU-Gesetzgeber, deutscher Gesetzgeber, EU-Kommission und BNetzA auch in Bezug auf die an Netzbetreiber und Internet Service Provider gerichtete Forderung nach Netzneutralität verfolgen.¹³²⁾ Zwar dürfen Suchneutralität und Netzneutralität nicht vermengt werden. Doch machen die vorausgehenden Ausführungen deutlich, dass die Forderung nach einer Zurückhaltung (man könnte auch sagen: Neutralität) *des Staates* in Bezug auf die Forderung nach Suchneutralität erst recht ihre Berechtigung hat. In dieselbe Richtung geht der Ansatz eines freiwilligen Verhaltenssubkodexes für Suchmaschinenanbieter.¹³³⁾

IV. Fazit

Unbeschadet der Frage, ob und inwieweit Google rechtlich zu einer Kooperation gezwungen werden kann, tut das Unternehmen sicher gut daran, freiwillig an einer Verbesserung der Transparenz mitzuarbeiten. Internet-Suche ist ein „Vertrauensprodukt“. Das Vertrauen, das die Nutzer insoweit traditionell in Google gesetzt haben, ist durch die Debatte über mutmaßliche Urheberrechts-, Datenschutz- und Kartellverstöße der letzten Zeit erschüttert worden. Anstrengungen mit dem Ziel, dieses Vertrauen zurück zu gewinnen, sind daher nicht nur für Wettbewerb und Wettbewerber, sondern auch für Google selbst von höchstem Interesse.

Dies gilt umso mehr, als es Indizien dafür gibt, dass der Stern Googles als Zugangsportale zur Nachrichtenfülle des Internet, aber auch als Werbevermittler, im Lichte des Erfolgs sozialer Netzwerke wie Facebook möglicherweise schon wieder im Sinken begriffen ist.¹³⁴⁾ Aufstieg und Fall von Unternehmen werden in der New Economy in erster Linie durch ihre Innovationsfähigkeit bestimmt. Den Ausschlag dafür, wer in zwei, fünf oder zehn Jahren der Platzhirsch unter den Internet-Unternehmen sein wird, werden nicht die derzeitigen Marktanteile oder die Intensität der Marktregulierung, sondern Erfolg oder Misserfolg der Unternehmen im Innovationswettbewerb geben.

128) Vgl. auch schon *Schulz/Held/Laudien*, Suchmaschinen als Gatekeeper in der öffentlichen Diskussion, 2005, S. 111 ff.; *Kühling/Gauß*, ZUM 2007, 881, 889.

129) S. <http://www.searchneutrality.org/>. Zu diesen Regelungsoptionen auch bereits *Schulz/Held/Laudien*, Suchmaschinen als Gatekeeper in der öffentlichen Diskussion, 2005, S. 111 ff.

130) Vgl. <http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/10mc01.pdf>.

131) ICOMP, www.i-comp.orgen_usresourcesresourcesdownload1314, S. 14 f. sowie ICOMP-Kritik (insbesondere an der Befristung der Regelung) auf S. 37.

132) Vgl. dazu *Körper*, MMR 2011, 215, 219 f.; ausführlich *ders.*, Netzneutralität als neues Regulierungsprinzip des Telekommunikationsrechts, in: *Hoffmann/Leible* (Fn. 115).

133) Vgl. § 2 des Verhaltenssubkodex für Suchmaschinenanbieter der FSM (VK-S) vom 21.12.2004, http://www.fsm.de/de/Subkodex_Suchmaschinenanbieter.

134) Vgl. Zeit Online, „Facebook überholt Google als meistgenutzte US-Website“, <http://www.zeit.de/digital/internet2010-12/facebook-google-usa>; s. auch <http://tobesocial.de/blog/online-nutzungszeit-von-usern-in-facebook-und-google>: 12,3 % der Internet-Nutzungszeit entfielen im September 2011 lt. comScore in Deutschland auf Google-Dienste, aber bereits 16,2 % auf Facebook. Ähnlich im UK: Facebook 16,2 %, Google-Dienste 11,8 %, vgl. <http://www.comscoredata.com2011/07/more-time-is-spent-on-facebook-than-any-other-uk-site>.