



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT  
HEIDELBERG  
ZUKUNFT  
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

## **„Internetsuchmaschinen in der unionsrechtlichen Missbrauchskontrolle“**

Dissertation vorgelegt von Sarah Zinndorf

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff

Zweitgutachter: Prof. Dr. Friedemann Kainer

Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

## **I. Einführung - Teil 1**

Ausgangspunkt für die vorliegende Untersuchung ist eine der zentralen Fragen im Umgang mit Märkten der Internetökonomie: Inwieweit lässt sich die abstrakte unionsrechtliche Verbotsnorm des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäß Art. 102 AEUV im wirtschaftlichen Referenzgebiet der Internetsuchmaschinen in seinen Kriterien sachverhaltsstimmig konkretisieren? Dies ist nicht ohne die Untersuchung der ökonomischen Gesetzmäßigkeiten des Wettbewerbs im Suchmaschinenmarkt und des im Bereich dynamischer Innovationsmärkte auftretenden Spannungsverhältnisses zwischen dem Schutz eines wettbewerblichen Systems und den Erfordernissen innovativer Entwicklung möglich. Vor diesem Hintergrund sieht sich die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle nach Art. 102 AEUV auf dem Referenzgebiet des Internetsuchmaschinenmarktes neuen, bislang kaum beleuchteten Anforderungen gegenüber. Die vorliegende Untersuchung will diese Lücke schließen und die Tatbestandsanforderungen des Art. 102 AEUV auf diesem Referenzgebiet schärfer konturieren.

Aktuellen Anlass für eine Beleuchtung der Kriterien der unionsrechtlichen Marktmissbrauchskontrolle gibt das nun am 27. Juni 2017 beendete siebenjährige Verfahren der Europäischen Kommission gegen den aktuell dominierenden Suchdienst-Standard *Google* wegen Missbrauchs seiner marktbeherrschenden Stellung als Suchmaschine durch unzulässige Vorzugsbehandlung des eigenen Preisvergleichsdienstes. Das Verfahren endete nach zwei gescheiterten Vergleichsversuchen mit der Verhängung einer Geldbuße i.H.v. EUR 2,42 Mrd. Zufolge der Kommission verschaffe *Google* dem eigenen Preisvergleichsdienst einen wettbewerbswidrigen Vorteil. Die Abgeordneten des EU-Parlaments in Brüssel forderten im November 2014 sogar die Kommission dazu auf, die Möglichkeit einer Entflechtung des Suchmaschinen geschäfts von anderen kommerziellen Diensten des Unternehmens in Betracht zu ziehen.

In vergleichbarer Weise wie der *Microsoft*-Fall als Präzedenzfall kostenloser Produktintegration (*Internet Explorer und Media Player*) wesentliche Bedeutung für die Anwendung von Art. 102 AEUV in innovativen Märkten hatte, kann eine differenzierte Untersuchungen der *causa Google* zum Testfall für die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle des Suchmaschinenmarktes werden. Der Fall *Google* wirft einige interessante Fragen auf, deren nähere Beleuchtung Aufschluss darüber geben könnte, wie zukünftig Internetsuchmaschinen und anderen neuen Erscheinungen der Internetökonomie aus kartellrechtlicher Perspektive zu begegnen ist.

## **II. Teil 2**

In Teil 2 der Arbeit werden zunächst technische und wirtschaftliche Grundlagen von Internetsuchdiensten skizziert. Dieser Teil der Arbeit verschafft einen Überblick über die Funktionsweise von Suchmaschinen und deren Geschäftsmodell. Die folgende rechtliche Untersuchung baut auf dieses Grundverständnis von Suchdienstplattformen auf.

## **III. Teil 3**

Teil 3 enthält eine vertiefte Untersuchung zur Abgrenzung des relevanten Marktes im Suchmaschinenmarkt als eine erste maßgebliche Frage im Tatbestand des Art. 102 AEUV.

Der erste Abschnitt widmet sich der Mehrseitigkeit des Suchmaschinenmarktes. Der Suchmaschinenanbieter betreibt eine Online-Handelsplattform, in der er als Intermediär verschiedenen Nachfragergruppen (Nutzer, Inhalteanbieter und Werbende) unterschiedliche, sich gegenseitig bedingende Leistungen (Suchdienstleistung, Aufgefundenwerden von Webseiten und Werbekapazität) anbietet. Darin ist ein dreiseitiger Markt zu erkennen, dessen Besonderheiten es bei der Marktabgrenzung und der weiteren tatbestandlichen Prüfung des Missbrauchsverbots zu berücksichtigen gilt. Hieraus ist das Verständnis der Marktaktivität zu entwickeln, dass der weiteren Untersuchung zugrunde liegt.

Daran anschließend wird in einem zweiten Abschnitt die methodische Herangehensweise an die komplexe Marktabgrenzung auf mehrseitigen und gleichzeitig innovativen Märkten erörtert. Die Untersuchung zeigt die Schwächen des klassischen Bedarfsmarktkonzepts bei der Anwendung auf den Internetsuchmaschinenmarkt auf (z.B. aufgrund von Informationsasymmetrien durch Innovationswettbewerb, Einfluss des Vertrauens in den Standard, Interdependenzen der Marktseiten). Die Untersuchung kommt zu dem Ergebnis, dass bei der Abgrenzung des Suchmaschinenmarktes und seiner verschiedenen Marktseiten Überkomplexität besteht. Die Grenzen zwischen den Plattformmärkten der Internetökonomie und insbesondere die Grenzen der verschiedenen Suchdienste verlaufen fließend und verschieben sich ständig neu.

Der Schwerpunkt der Marktabgrenzung liegt auch hier in der Abgrenzung des jeweils sachlich relevanten Marktes nach dem Bedarfsmarktkonzept. Die hiernach abzugrenzenden Marktseiten sind in ihren Auswirkungen aufeinander zu berücksichtigen.

Der dritte Abschnitt enthält die vertiefte Untersuchung der Abgrenzung der jeweiligen Marktseite. Die Grundfrage, ob ein unentgeltlicher Online-Dienst als ökonomischer Markt i.S.d. Kartellrechts zu qualifizieren ist, muss für den Markt für Suchdienstleistungen und Indexierungsleistungen (sog. „organische Ergebnisse“) bejaht werden. Dass auch unentgeltliche Märkte relevante Märkte i.S.d. Kartellrechts sind, ist nun für das deutsche Recht in § 18 Abs. 2a GWB kodifiziert. Für die Qualifizierung als Markt ist die Austauschleistung von Nutzern in der zur Verfügung gestellten Aufmerksamkeit und den mit jeder Suchanfrage offenbarten Daten zu sehen und im Verhältnis zu Inhalteanbietern in der Gewährung eines einfachen Nutzungsrechts nach § 31 Abs. 2 UrhG durch den Webseitenbetreiber.

#### **IV. Teil 4**

Sodann erfolgt in einem vierten Teil die Untersuchung des Tatbestandsmerkmals einer marktbeherrschenden Stellung i.S.v. Art. 102 AEUV auf dem Referenzmarkt der Internetsuchmaschinen.

In einem ersten Abschnitt wird zunächst die indizielle Aussagekraft für Marktmacht vor dem Hintergrund der Dynamik schnell wachsender Märkte relativiert. Es wird gezeigt, dass dies bereits Anklang in der Rechtsprechung des Gerichts erster Instanz (EuG) und der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission gefunden hat.

Im zweiten Abschnitt steht die Analyse der Marktstrukturkriterien des Suchmaschinenmarktes im Fokus. Dieser Abschnitt beinhaltet eine Einführung in die ökonomischen Charakteristika des Suchmaschinenmarktes. Diese gilt es herauszuarbeiten und deren Auswirkungen auf den Wettbewerb zu bestimmen. Im Wesentlichen folgt aus der Beleuchtung der ökonomischen Charakteristika, dass bereits etablierte Suchdienststandards von Größenvorteilen durch Skaleneffekt und insbesondere von starken positiven Netzwerkeffekten innerhalb der Plattform profitieren. Diese werden verstärkt durch positive Rückkoppelungsschleifen („*positive feedback loops*“), die auf der Grundlage sog. „*lerner effect*“ bei jeder Suchanfrage eine sich selbst potenzierende Wachstumsspirale anstoßen. Ausgehend von einer attraktiven Plattform für Nutzer kann diese mehr Nutzer und somit auch mehr Werbetreibende auf sich vereinen, was zu mehr Einnahmen und daran anknüpfend zu einer Verbesserung der Suchdienstangebote führt. Die verbesserten Suchdienstangebote locken wieder mehr Nutzer an und auf diese Weise setzt sich die Spirale zugunsten des bereits etablierten Suchdienstes fort. Diese konzentrationsfördernden Marktstrukturkriterien wirken sich dahingehend auf den Wettbewerb aus, dass der Markt zugunsten der Plattform „kippt“, die zuerst die erforderliche Nutzerzahl erreicht (sog. „*tipping*“). Andererseits bestehen derzeit weder monetäre noch nicht-monetäre Wechselhemmnisse (z.B. durch die Eigenschaft des Suchdienstes als Vertrauensgut, Informationsasymmetrien oder der zunehmenden Personalisierung des Suchdienstes), die eine sog. „*lock in*“-Situation schaffen könnten, in der es dem Nutzer schwer fällt die gewählte Plattform wieder zu verlassen. Insgesamt bringt der Markt aufgrund dieser konzentrationsfördernden Eigenschaften typischerweise marktdominierende Unternehmen in Richtung einer Anbieterkonzentration und (relativen) Marktzutrittsschranken hervor.

Für die Markt- und wettbewerbsrechtliche Untersuchung gilt es jedoch auch zu beachten, dass Konkurrenten auf dem Suchmaschinenmarkt nicht über den Preisfaktor konkurrieren, sondern sie konkurrieren um die Einführung eines innovativen und überlegenen Produkts, mit dem sie den Markt „übernehmen“ und sich zu einem neuen Standard etablieren können (Wettbewerb „um“ den Markt). Mittels eines Rückgriffs auf den Innovationswettbewerb im Verständnis der *Schumpeter'schen* Theorie der „schöpferischer Zerstörung“ kann modelltheoretisch verdeutlicht werden, auf welche Weise (Quasi-)Monopole als temporäres Phänomen von einem neuen Standard abgelöst werden können. Eng damit verbunden kommt in einem innovativen und dynamischen Markt, wie dem Suchmaschinenmarkt, potenziellem Wettbewerb eine besondere Bedeutung zu. Findet Wettbewerb in erster Linie „um“ den Markt statt, sind für die Bewertung von Wettbewerbsdruck vor allem auch finanzstarke Internetunternehmen zu berücksichtigen, die bereits jetzt angrenzende Dienste anbieten und erfolgreiche Internet-Plattformen etabliert haben und durch Forschung und Entwicklung zukünftig auch in direkten Wettbewerb zu einem Suchdienstanbieter treten können. Ausgestattet mit diesen juristisch-ökonomischen Marktgrundlagen kann eine vertiefte Untersuchung der Begründung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Suchmaschinenmarkt erfolgen. Insbesondere unter Berücksichtigung des potentiellen Wettbewerbs kann von einer hohen Marktanteilsinhaberschaft nicht unweigerlich auf eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des Art. 102 AEUV geschlossen werden.

## V. Teil 5

In einem fünften Teil wird der Frage der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für Internetsuchmaschinen durch die hier unter-

suchte Priorisierung eigener Dienste und Inhalte im Wege vertikaler Integration als Anknüpfungspunkt für einen möglichen Behinderungsmissbrauch nachgegangen.

Der erste Abschnitt enthält eine Einführung in das Konzept des aktuellen ökonomisierten Ansatzes der Europäischen Kommission (sog. „*more economic approach*“), der sich der Zielrichtung des US-amerikanischen Kartellrechts (*Antitrust Law*) annähert. Insbesondere wird die Bedeutung der Konsumentenwohlfaht skizziert und bewertet. Der auswirkungsorientierte Ansatz der Europäischen Kommission wird vor dem Hintergrund eines konzeptionellen Vergleichs zu der US-amerikanischen Wettbewerbsschule der Chicago School dargestellt.

Sodann werden in einem zweiten und dritten Abschnitt die beiden Spezialformen des Behinderungsmissbrauchs, der Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung („*Essential Facilities*“-Doktrin) und die Behinderung durch ein Kopplungsgeschäft, untersucht bevor in einem vierten Abschnitte eine Behinderung nach der Generalklausel analysiert wird.

Im zweiten Abschnitt wird untersucht, wie sich der aus dem US-amerikanischen Recht stammende Ansatz der „*Essential Facilities*“-Doktrin, der auch im europäischen Kartellrecht Akzeptanz gefunden hat, auf einen etablierten Suchdienststandard übertragen lässt. Hierzu wird die Rechtsprechung und die behördliche Praxis auf EU-Ebene systematisch aufgearbeitet und ausgewertet. Kern dieser Untersuchung ist die Frage, ob ein vorherrschender Suchdienststandard wie *Google* eine wesentliche Einrichtung (*Essential Facility*) darstellt, die Konkurrenten ein Zugangsrecht zur Suchdienstplattform gewähren muss, da sie für den Eintritt in einen nachgelagerten Markt unerlässlich und nicht duplizierbar ist. Hierfür gilt es zunächst das Zugangssubjekt (wer) und das Zugangsobjekt (was) zu differenzieren. Konkrete Anknüpfungspunkte sind der Zugang zu einer Top-Platzierung in der Ergebnisliste zwecks besserer Erreichbarkeit und der Zugang zum Datenvolumen der Suchmaschine zwecks Etablierung eines eigenen Online-Suchdienstes. Dabei gilt es zu beachten, dass es für einen Zugangsanspruch eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses zwischen dem auf Zugang in Anspruch genommenen Unternehmen und dem Anspruchsteller bedarf. Die konkrete Anwendung der „*Essential Facilities*“-Doktrin auf die derzeit vorherrschende Suchmaschine *Google* ergibt, dass ihr Suchdienst oder ihr Datenvolumen mangels Unentbehrlichkeit für den Marktzutritt nicht als wesentliche Einrichtung zu qualifizieren ist. Dies ist nicht zuletzt in Anbetracht einer konsistenten Fortführung der historischen Rechtsentwicklung und der restriktiven Auslegung dieser Lehre folgerichtig.

Sodann werden in einem dritten Abschnitt die Voraussetzungen einer wettbewerbswidrigen Koppelung i.S.d. Art. 102 S. 2 lit. d AEUV im Hinblick auf Integration und prominente Platzierung eigener spezialisierter Dienste einer Suchdienstplattform beleuchtet. Vor dem Hintergrund des Präzedenzfalles kostenloser Produktintegration im *Microsoft-Fall (Internet Explorer und Media Player)*, werden die abstrakten Voraussetzungen eines missbräuchlichen Kopplungsgeschäfts auf die Integration eigener spezialisierter Suchdienste übertragen. Die Untersuchung mündet in das Ergebnis, dass die vertikale Integration eigener Dienste insbesondere mangels kopplungstypischer Zwangswirkung für die Nutzer nicht als wettbewerbswidrige Koppelung zu qualifizieren ist.

Der folgende vierte Abschnitt befasst sich mit der Untersuchung eines Behinderungsmissbrauchs durch die Priorisierung eigener Dienste und Inhalte anhand der Generalklausel des Art. 102 S. 2 AEUV. In einer Gesamtabwägung werden schließlich mög-

che Argumentationsansätze für und gegen einen Behinderungsmissbrauch, wie sie sich dies- und jenseits des Atlantiks finden, aufgezeigt und kritisch analysiert.

Insbesondere wird dabei untersucht, ob eine Rechtfertigung aus Effizienzargumenten innerhalb des Art. 102 AEUV zulässig ist und wie diese dogmatisch einzuordnen ist. Es wird der Frage nachgegangen, ob die Integration vertikaler Dienste und Inhalte unter einen solchen Einwand aus Effizienzgründen subsumiert werden kann und wie sich dies auf einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV auswirkt. Im Spannungsfeld von Innovationsförderung, Wettbewerbsschutz und Konsumentenwohlfahrt zeigt die Untersuchung dabei die Komplexität und Problematik der vertikalen Integration eigener Inhalte und Dienste durch Suchmaschinen auf. Die Analyse kommt zu dem Ergebnis, dass Effizienzvorteile in Gestalt von innovativen Produktverbesserungen die wettbewerbsschädigende Wirkung der Priorisierung eigener Dienste im Wege vertikaler Integration aufwiegen können, wenn noch in ausreichendem Maße Restwettbewerb besteht – diese Frage bleibt der empirischen Untersuchung vorbehalten.

## **VI. Schluss**

Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse und einem Ausblick auf mögliche Lösungen des Zielkonflikts unter den Gesichtspunkten der Innovationsförderung und der Praxistauglichkeit.