



**University of
Zurich** ^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
Main Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2009

Kartellrechtliche Anforderungen an Suchmaschinen

Babey, Fabio

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-33160>
Dissertation
Published Version

Originally published at:
Babey, Fabio. Kartellrechtliche Anforderungen an Suchmaschinen. 2009, University of Zurich, Faculty of Law.

Kartellrechtliche Anforderungen an Suchmaschinen

DISSERTATION
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Fabio Babey

von Grandfontaine JU und Herrliberg ZH

genehmigt auf Antrag von

Prof. Dr. iur. Andreas Heinemann

Die Rechtswissenschaftlich Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Dank

Zu grossem Dank bin ich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Andreas Heinemann, verpflichtet; die sehr schöne und ebenso Lehrreiche Assistentenzeit an seinem Lehrstuhl schuf die Voraussetzungen für die vorliegende Arbeit. Danken möchte ich ihn zudem für die grosse Freiheit, die er mir beim Verfassen der Dissertation gewährte, und für das zügige Erstellen des Gutachtens.

Besonders herzlicher Dank gebührt meinen Eltern. Ihre uneingeschränkte Förderung meiner Ausbildung und ihre liebevolle Unterstützung haben die Anfertigung der vorliegenden Arbeit erst ermöglicht.

Zürich, 13. Januar 2010

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-------|
| Danksagung..... | III |
| Inhaltsverzeichnis..... | IVI |
| Literaturverzeichnis..... | VIII |
| Verzeichnis der Rechtsakte und offiziellen Texte | XVI |
| Abkürzungsverzeichnis..... | XVIII |
| | |
| Einleitung | 1 |
| | |
| <i>Erster Teil: Grundlagen</i> | 3 |
| A. Suchmaschinen | 3 |
| I. Definition und Bedeutung | 3 |
| II. Arten von Suchmaschinen | 4 |
| 1. Suchmaschinen im eigentlichen Sinn | 5 |
| 2. Webkataloge..... | 6 |
| 3. Metasuchmaschinen | 7 |
| 4. Andere Navigations- und Suchhilfen..... | 8 |
| III. Zusammenfassende Bemerkungen | 9 |
| B. Der Suchmaschinenmarkt | 10 |
| I. Vorbemerkungen | 10 |
| II. Entwicklung des Suchmaschinenmarktes | 10 |
| III. Entwicklung und Gründungsgeschichte von Google, Yahoo! und MSN | 14 |
| 1. Google Inc..... | 14 |
| 2. Yahoo! Inc..... | 15 |
| 3. MSN..... | 17 |
| IV. Verteilung der Marktanteile auf dem Suchmaschinenmarkt | 19 |
| 1. Marktanteile weltweit | 20 |
| 2. Marktanteile USA | 21 |
| 3. Marktanteile Europa..... | 21 |
| 4. Marktanteile Schweiz..... | 22 |
| V. Zusammenfassende Bemerkungen | 22 |
| C. Geschäftsmodell von Suchmaschinen | 23 |
| I. Vorbemerkungen | 23 |
| II. Werbemodelle | 25 |
| 1. Werbung auf Ergebnisseiten | 26 |
| 2. Werbung auf Websites Dritter | 28 |
| 3. Spezialfall MSN: Display-Werbung | 29 |

| | |
|--|-----------|
| III. Weitere Einnahmequellen | 30 |
| 1. Google | 30 |
| 2. Yahoo! | 30 |
| 3. MSN | 31 |
| IV. Rechtsfragen rund um die Geschäftstätigkeit | 31 |
| 1. Markenschutz und „Keyword Advertising“ | 32 |
| 2. Lauterkeitsrecht und „Sponsored Links“ | 33 |
| 3. Urheberrecht | 33 |
| 4. Datenschutz, Transparenz und Inhaltskontrolle | 35 |
| a) Datenschutz | 35 |
| b) Transparenz | 37 |
| c) Inhaltskontrolle | 37 |
| 5. Zusammenfassende Bemerkungen | 39 |

Zweiter Teil: Die Abgrenzung der relevanten Märkte..... 41

| | |
|---|-----------|
| I. Gang der kartellrechtlichen Untersuchung | 41 |
| II. Marktabgrenzung und Marktbeherrschung | 43 |
| 1. Marktabgrenzung | 43 |
| a) Allgemeines | 43 |
| b) Multi-Sided Platform | 44 |
| c) Der sachlich relevante Markt | 46 |
| aa) Definition | 46 |
| bb) Werbemarkt | 47 |
| aaa) Markt für Online-Werbung | 47 |
| bbb) Markt für kontextbezogene und nicht kontextbezogene Online-Werbung | 50 |
| ccc) Markt Online-Werbung bei Suchmaschinen | 51 |
| ddd) Fazit | 52 |
| cc) Nutzermarkt | 52 |
| aaa) Nutzermarkt für Internet-Dienstleistungen | 52 |
| bbb) Nutzermarkt für Suchmaschinen-Dienstleistungen | 53 |
| ccc) Nutzermarkt und Gegenleistung | 54 |
| ddd) Fazit | 57 |
| dd) Markt für indexierte Websites | 57 |
| d) Der räumlich relevante Markt | 60 |
| aa) Definition | 60 |
| bb) Werbemarkt | 62 |
| cc) Nutzermarkt | 63 |
| dd) Markt für indexierte Websites | 63 |
| e) Der zeitlich relevante Markt | 64 |
| 2. Marktbeherrschung | 64 |
| a) Allgemeines | 64 |
| b) Werbemarkt | 66 |
| aa) Marktstrukturbezogene Kriterien | 66 |
| aaa) Marktanteile | 66 |
| bbb) Marktzutrittsschranken und potenzieller Wettbewerb | 68 |
| ccc) Anbieter- und Nachfragemacht | 70 |
| bb) Unternehmensbezogene Kriterien | 71 |
| aaa) Finanzkraft | 71 |

| | |
|---|----|
| bbb) Weitere unternehmensbezogene Kriterien..... | 71 |
| cc) Fazit | 72 |
| c) Nutzermarkt..... | 73 |
| aa) Marktstrukturbezogene Kriterien | 73 |
| aaa) Marktanteile | 73 |
| bbb) Marktzutrittsschranken und potentieller Wettbewerb | 73 |
| ccc) Anbieter- und Nachfragemacht | 74 |
| ddd) Umstiegskosten..... | 74 |
| bb) Unternehmensbezogene Kriterien | 75 |
| cc) Fazit | 75 |
| d) Markt für indexierte Websitebetreiber..... | 76 |
| aa) Marktstrukturbezogene Kriterien | 76 |
| bb) Unternehmensbezogene Kriterien | 76 |
| cc) Fazit | 76 |

Dritter Teil: Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung..... 78

| | |
|---|-----------|
| I. Ausgangslage..... | 78 |
| II. Allgemeines | 80 |
| III. Zugang zur Suchmaschine | 81 |
| 1. Websitebetreiber | 81 |
| 2. Werbende Unternehmen und Private | 82 |
| 3. „Essential Facilities“ Doktrin..... | 82 |
| IV. Diskriminierung | 82 |
| 1. Nichtberücksichtigung von Websitebetreibern..... | 82 |
| 2. Ranking von Websites | 85 |
| a) Auskunftspflicht..... | 86 |
| b) Offenlegung des Such-Algorithmus | 87 |
| c) Fazit..... | 89 |
| 3. Werbende Unternehmen | 89 |
| 4. „Essential Facilities“ Doktrin..... | 91 |
| V. Rechtfertigung | 92 |
| 1. Allgemeines | 92 |
| 2. Verstoss gegen geltendes Recht..... | 93 |
| 3. Verstoss gegen Suchmaschinen-Richtlinien | 95 |
| 4. Gründe in der Person bzw. dem Unternehmen selbst | 96 |
| VI. Fazit | 97 |

Vierter Teil: Fusionskontrolle und Suchmaschinen 98

| | |
|----------------------------------|------------|
| A. Internes Wachstum..... | 98 |
| I. Allgemeines | 98 |
| II. Kundenbindung..... | 99 |
| 1. Lock-In..... | 99 |
| 2. Koppelung..... | 101 |
| 3. Netzwerkeffekte | 103 |
| III. Expansionen..... | 104 |

| | |
|---|------------|
| 1. Vorbemerkungen..... | 104 |
| 2. Wachstum aus eigenen Ressourcen | 105 |
| a) Google Chrome | 105 |
| b) Google Scholar und Google News..... | 106 |
| B. Externes Wachstum..... | 107 |
| I. Zusammenschlüsse unter Suchmaschinenbetreibern | 107 |
| 1. Vorbemerkungen..... | 107 |
| 2. Google als involvierte Partei..... | 108 |
| 3. Google als nicht involvierte Partei | 111 |
| II. Drei ausgewählte Akquisitionen von Google | 112 |
| 1. Android | 112 |
| 2. YouTube..... | 114 |
| 3. DoubleClick | 116 |
| a) Beteiligte Unternehmen | 117 |
| b) Beschreibung des Markts | 117 |
| c) Marktabgrenzung | 119 |
| d) Kartellrechtliche Erwägungen | 119 |
| aa) Horizontale Effekte - bestehender Wettbewerb..... | 122 |
| bb) Horizontale Effekte – potenzieller Wettbewerb..... | 124 |
| cc) Nicht-horizontale Effekte – Abschottungsstrategien von DoubleClick | 127 |
| dd) Nicht-horizontale Effekte – Abschottungsstrategien von Google..... | 128 |
| ee) Nicht-horizontale Effekte – Abschottungsstrategien auf Basis der Zusammenlegung der Vermögenswerte | 129 |
| ff) Fazit..... | 129 |
| 4. Kritik an der herrschenden Praxis..... | 130 |
| a) YouTube..... | 130 |
| b) DoubleClick | 132 |
| III. Konglomerate Zusammenschlüsse und Kooperationen | 137 |
| 1. Konglomerate..... | 137 |
| 2. Kooperationen..... | 141 |
| a) Vorbemerkungen..... | 141 |
| b). Die Zusammenarbeit zwischen Google und Yahoo! | 141 |
| IV. Fazit | 147 |
| Fazit und Ausblick | 149 |

Literaturverzeichnis

(Hinweis: Alle in der vorliegenden Arbeit erwähnten Internetquellen wurden am 31. Oktober 2009 das letzte Mal besucht und überprüft.)

ABLASSER ASTRID, Medienmarkt und Fusionskontrolle, Kölner Schriften zu Europarecht, Band 42, Diss., Köln 1998.

ANDERL AXEL, Aktuelles zum Keyword Advertising, RdW 2006, Heft 3, S. 143-144.

ARNOLD BASTIAN, Marktmachtmissbrauch und Monopolisierung durch das Verbergen von Innovationen, Eine Studie zum europäischen und US-amerikanischen Recht, Schriften zum Wirtschaftsrecht, Band 208, Berlin 2007.

BAGER JO, Google und der Datenschutz, c`t 2006, Heft 10, Google: Datensammler, S. 168-171.

BAHR MARTIN, Rechtsanspruch auf Aufnahme in den Suchmaschinen-Index (am Beispiel von Google)?, Aufsatz nur in elektronischer Form vorhanden, abrufbar unter „www.suchmaschinen-und-recht.de“.

BAKER & MCKENZIE, Kartellgesetz, Bern 2007.

BAND JONATHAN, The Google Library Project: Both Sides of the Story, Plagiarism: Cross Disciplinary Studies in Plagiarism, Fabrication and Falsification, Volume 1, Number 2, S. 1-17, 2006.

BECHTOLD RAINER, Kartellgesetz, 4. neu bearbeitete Auflage, München 2006.

BERBERICH MATTHIAS, Die urheberrechtliche Zulässigkeit von Thumbnails bei der Suche nach Bildern im Internet, MMR 2005, S. 145-151.

BÖNI FRANZ/REGENTHAL SAMANTHA, Die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung unter besonderer Berücksichtigung des „more economic approach“, WuW 2006, S. 1230-1237.

BORER JÜRIG, Kartellgesetz, Zürich 2005 (zit. BORER, Kartellgesetz).

BORER JÜRIG, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998 (zit. BORER, Kommentar).

BUCCIROSSI PAOLO, Handbook of Antitrust Economics, Massachusetts Institute of Technology, Cambridge 2008.

CSILLAG SANDRA, Der Google-Urheberrechtsvergleich: Wer hat Rechte am digitalen Content? Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht, Heft 1, 2009, S. 23-26.

DAUSES MANFRED, Handbuch des EU Wirtschaftsrecht, München 2008.

DRUMMOND DAVID, Senior Vice President of Corporate Development and Chief Legal Officer, Google Inc., Before the Senate Committee on the Judiciary Subcommittee on Antitrust, Competition Policy and Consumer Rights Hearing on "The Google-Yahoo Agreement and the Future of Internet Advertising" 15.07.2008.

EMMERICH VOLKER, Kartellrecht, 10. Auflage, München 2006.

ERNST STEFAN, Suchmaschinenmarketing in der aktuellen deutschen Rechtsprechung, MR-Int. 2007, S. 195-200 (zit. ERNST, Suchmaschinenmarketing in der aktuellen deutschen Rechtsprechung).

ERNST STEFAN, Urheberrechtliche Probleme bei Suchmaschinen in der deutschen Rechtsprechung, MR-Int. 2009, S. 1-6 (zit. ERNST, Urheberrechtliche Probleme bei Suchmaschinen in der deutschen Rechtsprechung).

EVANS DAVID, Some Empirical Aspects of Multi-sided Platform Industries, Review of Network Economics, Vol. 2, Issue 3, September 2003, S. 191-209.

FALLOWS DEBORAH, Search Engine Users, Internet searchers are confident, satisfied and trusting – but they are also unaware and naïve, Pew Internet & American Life Project 2005.

FRANCK GEORG, Ökonomie der Aufmerksamkeit, München 1998.

GASSER URS/THURMAN JAMES, Themen und Herausforderungen der Regulierung von Suchmaschinen, in: Machill Marcel/Beiler Markus (Hrsg.), Die Macht der Suchmaschinen – The Power of Search Engines, Köln 2007.

GEPPERT MARTIN/PIEPENBROCK HERMANN-JOSEF/SCHÜTZ RAIMUND/SCHUSTER FABIAN (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, München 2006 (zit. BEARBEITER, in Beck'scher TKG-Kommentar).

GLÖGGLER MICHAEL, Suchmaschinen im Internet, Berlin Heidelberg 2003.

GRUBER PETER JOHANNES, Konglomerate Zusammenschlüsse, RdW 2006, S. 552-554.

HAGIU ANDREI, Multi-Sided Platforms: From Microfoundations to Design and Expansion Strategies, Harvard Business School, February 2008.

HARBOUR PAMELA JONES, Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour, In the matter of Google/DoubleClick, FTC File No. 071-0170, December 20, 2007.

HÄRTING NIKO, Internetrecht, 2. Auflage, Köln 2005.

HEINEMANN ANDREAS, Reduktion von Komplexität durch Suchmaschinen: Ökonomische Grundlagen und kartellrechtliche Vorgaben, in: Brandi-Dohrn Anselm/Lejeune Mathias (Hrsg.), Recht 2.0 – Informationsrecht zwischen virtueller und realer Welt, Band 17, Köln 2008.

HEIZMANN RETO, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, EIZ Band 62, Diss., Zürich 2005.

HOEREN THOMAS, Informationsrecht, Skriptum am Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, 2005 (zit. HOEREN, Informationsrecht).

HOEREN THOMAS, Suchmaschinen, Navigationssysteme und das Wettbewerbsrecht, MMR 1999, S. 649-652 (zit. HOEREN, Suchmaschinen).

HOEREN THOMAS/SIEBER ULRICH, Handbuch Multimedia-Recht, Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, München 2008.

HOLTKOTTE CAROLIN, Marken- und wettbewerbsrechtliche Probleme bei Suchmaschinen, Diss., Berlin 2003.

HÜSCH MORITZ, Keyword Advertising – Rechtmässigkeit suchwortabhängiger Werbebanner in der aktuellen Rechtsprechung, MMR 2006, S. 375-361.

IAB, Internet Advertising Revenue Report, An Industry Survey Conducted by PricewaterhouseCoopers and Sponsored by the Interactive Advertising Bureau (IAB), 2008 Full-Year Results, March 2009.

IBSCH MARTIN, Die Übernahme der Essential-Facilities-Doktrin aus dem US-amerikanischen Kartellrecht in das europäische Wettbewerbsrecht, Diss., Frankfurt am Main 2006.

IMMENGA ULRICH/MESTMÄCKER JOACHIM, EG- Wettbewerbsrecht, Kommentar, Band 1 mit Ergänzungen, München 1997-2001 (zit. BEARBEITER, in IMMENGA/MESTMÄCKER, EG-Wettbewerbsrecht I).

IMMENGA ULRICH/MESTMÄCKER JOACHIM, EG- Wettbewerbsrecht, Kommentar, Band 2 mit Ergänzungen, München 1997-2001 (zit. BEARBEITER, in IMMENGA/MESTMÄCKER, EG-Wettbewerbsrecht II).

IMMENGA ULRICH/MESTMÄCKER JOACHIM, Wettbewerbsrecht, Band 2 GWB, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 4. Auflage, München 2007 (zit. BEARBEITER, in IMMENGA/MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht GWB).

IMMENGA ULRICH/MESTMÄCKER JOACHIM, Wettbewerbsrecht, EG/Teil 1, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 4. Auflage, München 2007 (zit. BEARBEITER, in IMMENGA/MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1).

IMMENGA ULRICH/MESTMÄCKER JOACHIM, Wettbewerbsrecht, EG/Teil 2, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 4. Auflage, München 2007 (zit. BEARBEITER, in IMMENGA/MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht EG/Teil 2).

INTRONA L. D./NISSENBAUM H, Shaping the Web: Why the Politics of Search Engines Matters, The Information Society, Volume 16, Number 3, 7/2000, S. 169-185.

JANSEN BERNHARD/POOCH UDO, Web user studies: A review and framework for future work, Journal of the American Society of Information Science and Technology, Volume 52, 2005, S. 235-246.

JOPPICH BRIGITTE, Das Internet als Informationsnetz?, CR 2003, S. 504-509.

KANTZENBACH ERHARD/KRÜGER REINALD, Zur Frage der richtigen Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes bei der wettbewerbspolitischen Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen, WuW 1990, S. 472-481.

KARZAUNINKAT STEFAN, Die Suchfibel, 1. Auflage, Leipzig 1999.

KELLER MAX-LION, Rechtsrisiken beim Einsatz von Google Analytics & Co. – Achtung, Datenschutz, Aufsatz nur in elektronischer Form vorhanden, abrufbar unter „www.akademie.de“.

KINK NATALIE/HESS THOMAS, Suchmaschinen als Substitut traditioneller Medien? Erste Ergebnisse einer Studie zum Wandel der Informationsbeschaffung durch Suchmaschinen, in: MACHILL MARCEL/BEILER MARKUS (Hrsg.), Die Macht der Suchmaschinen – The Power of Search Engines, Köln 2007.

KLAUE SIEGFRIED/SCHWINKOWSKI HANS-PETER, Marktabgrenzung und Marktbeherrschung im Telekommunikationssektor, 1. Auflage, Baden-Baden 2001.

KOCH ALEXANDER, Zur Einordnung von Internet-Suchmaschinen nach dem EGG, K&R 2002, S. 120-126 (zit. KOCH A.).

KOCH FRANK, Internet-Recht, 2. Auflage, München 2005 (zit. KOCH F.).

KOPSCH ANKE, Marktabgrenzung, 1. Auflage, Wiesbaden 2001.

KÜHLING JÜRGEN/GAUSS NICOLAS, Expansionslust von Google als Herausforderung für das Kartellrecht, MMR 2007, S. 751-762 (zit. KÜHLING/GAUSS, Expansionslust von Google als Herausforderung für das Kartellrecht).

KÜHLING JÜRGEN/GAUSS NICOLAS, Suchmaschinen – eine Gefahr für den Informationszugang und die Informationsvielfalt?, ZUM 2007, S. 881-889 (zit. KÜHLING/GAUSS, Suchmaschinen – eine Gefahr für den Informationszugang und die Informationsvielfalt?).

LANGEN HERMANN-JOSEF, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, Deutsches Kartellrecht, 10. Auflage, München 2006.

LEIBOWITZ JON, Concurring Statement of Commissioner Jon Leibowitz, Google/DoubleClick, FTC File No. 071-0170, December 20, 2007.

LEWANDOWSKI DIRK, Mit welchen Kennzahlen lässt sich die Qualität von Suchmaschinen messen?, in: MACHILL MARCEL/BEILER MARKUS (Hrsg.), Die Macht der Suchmaschinen – The Power of Search Engines, Köln 2007 (zit. LEWANDOWSKI, Mit welchen Kennzahlen lässt sich die Qualität von Suchmaschinen messen?).

LEWANDOWSKI DIRK, Web Information Retrieval, Technologien zur Informationssuche um Internet, DGI-Schrift Informationswissenschaft 7, Frankfurt am Main 2005 (zit. LEWANDOWSKI, Web Information Retrieval).

LEWANDOWSKI DIRK, Zur Bewertung der Qualität von Suchmaschinen, Tagungsband zur Fachkonferenz „Suchen und Finden im Internet“ des Münchner Kreis, München 2006 (zit. LEWANDOWSKI, Zur Bewertung der Qualität von Suchmaschinen).

LOEWENHEIM ULRICH/MEESSEN KARL/RIESENKAMPFF ALEXANDER, Kartellrecht, Band 1 Europäisches Recht, München 2005.

MACHILL/BEILER/ZENKER, Suchmaschinenforschung. Überblick und Systematisierung eines interdisziplinären Forschungsfeldes, in: MACHILL MARCEL/BEILER MARKUS (Hrsg.), Die Macht der Suchmaschinen – The Power of Search Engines, Köln 2007.

MACHILL MARCEL/NEUBERGER CHRISTOPH/SCHINDLER FRIEDMANN, Transparenz im Netz, Gütersloh 2002.

MACHILL MARCEL/SCHNEIDER NORBERT (Hrsg.), Suchmaschinen: Neue Herausforderungen für die Medienpolitik, Band 50, Düsseldorf 2005.

MAURER HERMANN, Report on dangers and opportunities posed by large search engines, particularly Google, Institute for Information Systems and Computer Media, University of Technology, Graz 2007.

MEITINGER INGO, Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen im globalen und regionalen Wirtschaftsrecht, Stand und mögliche Entwicklungen der Rechtsharmonisierung, Studien zu globalen Wirtschaftsrecht, Volume 4, Bern 2001.

MESTMÄCKER JOACHIM ERNST/SCHWEITZER HEIKE, Europäisches Wettbewerbsrecht, München 2004.

MERCIER PIERRE/MACH OLIVIER/GILLIERON HUBERT/AFFOLTER SIMON, Grands principes du droit de la concurrence, Droit communautaire, droit suisse, Dossier de droit européen Numéro 7, Bruxelles 1999.

MEYER SEBASTIAN, Google & Co. – Aktuelle Rechtsentwicklungen bei Suchmaschinen, K&R 2007, S. 177-183.

MEYERDIERKS PER, Sind IP-Adressen personenbezogene Daten?, MMR 2009, S. 8-13.

MILLER JOCHEN, Die rechtliche Beurteilung der Irreführung von Internet-Suchmaschinen, Baden-Baden 2002.

MÖLLER SIMON, Google im Visier von Datenschützern, MMR 2007, Heft 7, S. XVI.

OTT STEPHAN, Bildersuchmaschinen und Urheberrecht – Sind Thumbnails unerlässlich, sozial nützlich, aber rechtswidrig?, ZUM 2009, S. 345-353 (zit. OTT, Bildersuchmaschinen und Urheberrecht).

OTT STEPHAN, Das Internet vergisst nicht – Rechtsschutz für Suchobjekte, MMR 2009, S. 158-163 (zit. OTT, Das Internet vergisst nicht).

OTT STEPHAN, Die Google Buchsuche – Eine massive Urheberrechtsverletzung? GRUR Int. 2007, S. 562-569 (zit. OTT, Die Google Buchsuche).

OTT STEPHAN, Die Haftung von YouTube für urheberrechtsverletzende Uploads seiner Nutzer nach US-amerikanischem Recht, GRUR Int. 2008, S. 563-569 (zit. OTT, Die Haftung von

YouTube für urheberrechtsverletzende Uploads seiner Nutzer nach US-amerikanischem Recht).

OTT STEPHAN, Haftung für verlinkte urheberrechtswidrige Inhalte in Deutschland, Österreich und den USA, GRUR Int. 2007, S. 14-31 (zit. OTT, Haftung für verlinkte urheberrechtswidrige Inhalte in Deutschland, Österreich und den USA).

OTT STEPHAN, Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, S. 195-202 (zit. OTT, Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht).

OTT STEPHAN, Marktbeherrschende und öffentlichrechtliche Suchmaschinen, K&R 2007, S. 375-380 (zit. OTT, Marktbeherrschende und öffentlichrechtliche Suchmaschinen).

OTT STEPHAN, Suchmaschinenmanipulation im Zusammenhang mit fremden Marken - Technische Grundlagen und rechtliche Konsequenzen, MMR 2008, S. 222-226 (zit. OTT, Suchmaschinenmanipulation im Zusammenhang mit fremden Marken).

PARLASCA SUSANNE, Medienkonzentration und Medienverflechtung – zur Reichweite des kartellrechtlichen Instrumentariums, WuW 1994, S. 210-231.

POHLMIEIER JULIA, Netzwerkeffekte und Kartellrecht, Band 189, Diss., Baden-Baden 2004.

PHILIPPI ROBERT, Internet Suchmaschinen: Suchmethodik-Erlösmodelle Preisstrategien. Ein analytischer Vergleich, Saarbrücken 2006.

RÖSLER HANNES, “The Future of Books” – Symposium zur urheberrechtlichen Zulässigkeit der Google Buchsuche, GRUR Int. 2008, S. 489-494.

RÖSSEL MARKUS, Der Wettlauf um Suchmaschinen, CR 2003, S. 349-353.

RUESS PETER, “Just google it?” – Neuigkeiten und Gedanken zur Haftung der Suchmaschinenbetreiber für Markenverletzungen in Deutschland und den USA, GRUR 2007, S. 198-207.

SCHEUFFELE FRIEDRICH, Die Essential Facilities-Doktrin, Eine ökonomische und rechtliche Analyse, Diss., Baden-Baden 2002.

SCHULZ WOLFGANG/HELD THORSTEN/LAUDIEN ARNE, Suchmaschinen als Gatekeeper des öffentlichen Rechts, Band 49, Berlin 2005.

SCHWALBE ULRICH/ZIMMER DANIEL, Kartellrecht und Ökonomie, Moderne ökonomische Ansätze in der europäischen und deutschen Zusammenschlusskontrolle, Frankfurt am Main 2006.

SIEBER ULRICH, Die rechtliche Verantwortung im Internet – Grundlagen, Ziele und Auslegung von § 5 TDG und § 5 MDSStV, MMR-Beilage 2/1999, S. 1-31.

SIEBER ULRICH/LIESCHING MARC, Die Verantwortlichkeit der Suchmaschinenbetreiber nach dem Telemediengesetz, MMR-Beilage 8/2007, S. 1-30.

SITTEK DIETMAR, Das Internet Lexikon, München 1997.

SIXTUS MARIO, Jenseits von gut und böse, c`t – Magazin für Computertechnik, 10/2006, S. 162-168.

STOFFEL WALTER/DEISS JOSEPH, La décartellisation en Suisse: influences européennes, Editions Universitaires Fribourg Suisse 1999.

TERCIER PIERRE/BOVET CHRISTIAN, Droit de la concurrence, Commentaire Romand, Genève 2002 (zit: BEARBEITER, in TERCIER/BOVET, Commentaire Romand).

THIELE CLEMENS, Keyword Advertising – lauterkeitsrechtliche Grenzen der Online-Werbung, RdW 2001, S. 454-456.

TRAFKOWSKI ARMIN, Die sachliche Abgrenzung der Märkte im Internet, MMR 1999, S. 631-636.

TRÄNKLE CLAUDIA, Die „essential facilities“-Doktrin im europäischen Wettbewerbsrecht, Diss., Tübingen 2001.

TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Zürich 2002.

ULRICH THOMAS, Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung in der schweizerischen Fusionskontrolle, Diss., Freiburg, Schweiz, 2004.

VAN COUVERING ELIZABETH, The Economy of Navigation: Search Engines, Search Optimisation and Search Results, in: MACHILL MARCEL/BEILER MARKUS (Hrsg.), Die Macht der Suchmaschinen – The Power of Search Engines, Köln 2007.

VAN EIJK NICO, Suchmaschinen: Wer sucht, der findet? Die rechtliche Stellung der Suchmaschinen, IRIS Plus 2006, S. 1-6.

VARIAN HAL R., The Google Library Project, Berkeley 2006.

VON LACKUM JENS, Verantwortlichkeit der Betreiber von Suchmaschinen, MMR 1999, S. 697-704.

WEBER GUNNAR, Techniken für Suchmaschinen zum Auffinden relevanter Informationseinheiten in Web-Datenbanken, Berlin 2006 (zit. WEBER G.).

WEBER ROLF H, Rechtsfragen rund um Suchmaschinen, Zürich 2003 (zit. WEBER R.).

WEICHERT THILO, Datenschutz bei Suchmaschinen, MR-Int. 2007, S. 188-194.

WIDMAIER GUNTHER, Münchner Anwalts Handbuch Strafverteidigung, München 2006 (zit. BEARBEITER, in WIDMAIER).

WIEBE ANDREAS, Suchmaschinenmonopole und Kartellrecht, MR-Int. 2007, S. 179-187.

WIEDEMANN GERHARD, Handbuch des Kartellrechts, 2. Auflage, München 2008.

WOLSCHANN ALEX, Chrome ist fertig, Computerwelt, Nr. 25, 2008.

WOZ Spezial, Die Wochenzeitung, Nr. 1+2, Ausgabe vom 10. Januar 2008, Zürich (zit. WOZ)

ZÄCH ROGER, Grundzüge des Europäischen Wirtschaftsrechts, 2. Auflage, Zürich 2005 (zit. ZÄCH, Europäisches Wirtschaftsrecht).

ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Bern 2005 (zit. ZÄCH, Kartellrecht).

ZUNKE KARSTEN, Angriff auf den Platzhirsch, Acquista Vol. 55, Heft 1, 2007, S. 24-25.

ZURKINDEN PHILIPP/TRÜEB RUDOLF, Das neue Kartellgesetz, Handkommentar, Zürich 2004.

ZWIENER JULIA, Die Auswirkungen der Verordnung Nr. 1/2003 auf das europäische und deutsche Kartellverfahren, Schriftenreihe zum deutschen und europäischen Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Diss., Frankfurt am Main 2004.

Verzeichnis der Rechtsakte und offiziellen Texte

BV

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101 (Stand am 11. Mai 2004)

DSG

Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG), SR 235.1 (Stand am 1. Januar 2008)

EGV

Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, konsolidierte Fassung mit den Änderungen durch den Vertrag von Nizza vom 26. Februar 2001, abrufbar unter „<http://eur-lex.europa.eu/de/treaties/dat/12002E/htm/12002E.html>“

EMRK

Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK), SR 0.101 (Stand am 22. August 2006)

EU-Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes

Bekanntmachung der Europäischen Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABL 1997 C 372/5

FKVO Nr. 139/2004

Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABI 2004 L 24/1

GWB

Deutsches Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BGBI I 1998, 2521 (Stand: Neufassung durch Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 I 2114 (Nr. 44))

KG

Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6. Oktober 1995, SR 251 (Stand am 23. März 2004)

MDSStV

Staatvertrag über Mediendienste (Medienstaatsvertrag, MDSStV), vom 20. Januar bis 12. Februar 1997, in der Fassung des 6. Rundfunkänderungsstaatsvertrages vom 19.6.2002 (Nds.GVB1. Nr.16/2002 S.175), Ausser Kraft getreten und ersetzt durch TMG am 1. März 2007

StGB

Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB), SR 311.0 (Stand am 1. April 2009)

TDG

Deutsches Gesetz über die Nutzung von Telediensten (Teledienstgesetz, TDK), BGBI. I S. 1870 (Stand am 22. Juli 1997), ausser Kraft getreten und ersetzt durch TMG am 1. März 2007

TMG

Deutsches Telemediengesetz (TMG), BGBl. I S. 179 (Stand: Änderung Artikel 2 des Gesetzes vom 25. Dezember 2008 (BGBl. I S. 3083))

VKU

Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996, SR 251.4 (Stand am 23. März 2004)

VO (EG) Nr. 1/2003

Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2003 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln (Text von Bedeutung für den EWR) ABL 2003 L 1/1

ZGB

Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210 (Stand am 21. Dezember 2004)

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|---------|---|
| ABL | Amtsblatt der Europäischen Union |
| Abs. | Absatz |
| AG | Aktiengesellschaft |
| AOL | America Online (US-amerikanischer Onlinedienst) |
| ARD | Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland |
| Art. | Artikel |
| AT | Austria |
| AT&T | American Telephone & Telegraph Corporation |
| Az. | Aktenzeichen |
| BBC | British Broadcasting Corporation |
| BE | Belgien |
| BGBI. | Bundesgesetzblatt (Deutschland) |
| BGE | Entscheidungen des Bundesgerichtes |
| BGH | Bundesgerichtshof (Deutschland) |
| BMW | Bayerische Motoren Werke AG |
| BPjM | Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien |
| bzgl. | bezüglich |
| bzw. | beziehungsweise |
| ca. | circa |
| CH | Confederatio Helvetica |
| CIC | China IntelliConsulting Corporation |
| Co. | Company |
| Corp. | Corporation |
| CPC | Cost-Per-Click |
| CR | Zeitschrift für Computer und Recht (Köln) |
| c't | Magazin für Computer und Technik |
| DE | Bundesrepublik Deutschland |
| DG | Directorate General (of the European Commission) |
| d.h. | das heisst |
| Diss. | Dissertation |
| DK | Dänemark |
| EG | Europäische Gemeinschaft |
| EIZ | Europa Institut an der Universität Zürich |
| Entsch. | Entscheidung |
| Erw. | Erwägung |
| ES | Spanien |
| EU | Europäische Union |
| EuGH | Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften |
| EUR | Euro (€) |
| EWR | Europäischer Wirtschaftsraum |
| FAC | first amended complaint |
| F.A.Z. | Frankfurter Allgemeine Zeitung |
| f. | folgende (Seite) |
| ff. | folgende (Seiten) |
| Fn. | Fussnote |
| FN | Finnland |
| FSM | Freiwillige Selbstkontrolle Multimedia-Diensteanbieter |

| | |
|-----------|---|
| FR | Frankreich |
| FTC | Federal Trade Commission |
| GFA | Google for Advertisers |
| GFP | Google for Publishers |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung |
| GRUR | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Weinheim) |
| Hrsg. | Herausgeber |
| IAB | Interactive Advertising Bureau |
| i.c. | in casu |
| IE | Irland |
| Inc. | Incorporated |
| Int. | International |
| IP | Internet Protocol |
| IT- | Information Technology |
| IT | Italien |
| K&R | Zeitschrift für Kommunikation und Recht (Frankfurt am Main) |
| lit. | littera |
| LLC | Limited Liability Company |
| Mio. | Millionen |
| MIR | Medien Internet und Recht (Onlinepublikation zum Medien und Internetrecht) |
| MIT | Massachusetts Institute of Technology |
| MMR | Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (München) |
| MP3 | MPEG-1 Audio Layer 3 |
| MR-Int. | Europäische Rundschau zum Medienrecht, IP- & IT-Recht |
| MSN | The Microsoft Network |
| N.D.Cal. | Northern District of California (United States District Court) |
| Nds. GVB1 | Niedersächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt |
| NJW | Neue Juristische Wochenzeitschrift (Frankfurt am Main) |
| NO | Norwegen |
| No. | Number |
| NL | Niederlande |
| NZZ | Neue Zürcher Zeitung |
| OJ | Official Journal of the European Union |
| P2P | Peer-to-Peer |
| PC | Personal Computer |
| PT | Portugal |
| PwC | Price Waterhouse Coopers |
| RdW | Recht der Wirtschaft (Wien) |
| Reko/Wef | Rekurskommission für Wettbewerbsfragen |
| RPW | Recht und Politik des Wettbewerbs (Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden) |
| Rs. | Rechtssache |
| Rn. | Randnote |
| S. | Seite |
| SA | Société anonyme (fr.); società per azioni (it.) |
| SE | Schweden |
| SEO | Search Engine Optimization |
| sog. | sogenannte |
| TV | Television |
| u.a. | unter anderem; und andere |

| | |
|--------|---|
| UK | United Kingdom |
| US | United States (of America) |
| USA | United States of America |
| u.U. | unter Umständen |
| v. | von |
| vs. | versus |
| VDM | Verlag Dr. Müller |
| vgl. | vergleiche |
| VO | Verordnung |
| WbR | Wettbewerbsrecht |
| Weko | Wettbewerbskommission |
| WOZ | Die Wochenzeitung (Zürich) |
| WuW | Wirtschaft und Wettbewerb (Düsseldorf) |
| WWW | World Wide Web |
| z.B. | zum Beispiel |
| ZDF | Zweites Deutsches Fernsehen |
| Ziff. | Ziffer |
| zit. | Zitiert |
| ZUM | Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (München) |
| ZUM-RD | Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, Rechtsprechungsdienst (München) |

Einleitung

Wenn Wissen selbst Macht ist, dann bedeutet die Speicherung von Wissen bis zu einem gewissen Grad Macht¹. Um aber Wissen zu erlangen, benötigt man Information, und die Speicherung von Information führt demnach unweigerlich zu Macht.

In der heutigen Multimediagesellschaft findet der Austausch von Wissen vorwiegend über das Internet statt. Dabei spielen die Suchmaschinen eine zentrale Rolle. Die Funktionsweise des Internets macht Suchmaschinen nötig und hat deren glanzvollen Aufstieg massgeblich bewirkt. Die Unmenge an Information, die im Internet tagtäglich verbreitet wird, verlangt nach einem Ordnungs- und Selektionsinstrument. Suchmaschinen erfüllen diese Aufgabe. Sie sind darum aus dem Internet nicht mehr wegzudenken. Suchmaschinen sind es, die uns helfen, Informationen aufzuspüren, das Wichtige vom Unwichtigen zu trennen und uns in der Datenflut des Internets zurechtzufinden. Diese Entwicklung hat dazu geführt, dass neben der E-Mail-Funktion die Suchmaschinen mit ihren Suchdienstleistungen zum beliebtesten Internet-Tool geworden sind. Sie sammeln und speichern sämtliche Informationen des Internets und damit auch menschliches Wissen. Suchmaschinen sind die neuen Torwächter des Internets, die einzigen Führer im Labyrinth der Daten.

Der heutige Suchmaschinenmarkt zeichnet sich durch ein Triumvirat der drei grossen Suchmaschinenanbieter aus. An der Spitze liegt unangefochten Google mit einem überlegenen Marktanteil vor den Hauptkonkurrenten Yahoo! und MSN. Die seit Jahren bestehende Dominanz und die Expansionslust der führenden Suchmaschinenbetreiber in sämtliche Richtungen haben zu ernsthaften rechtlichen Bedenken geführt. Dabei geben unterschiedliche Bereiche Anlass zur Sorge. Zu nennen sind etwa der Datenschutz, der Schutz des Urheberrechts und nicht zuletzt kartellrechtliche Fragen. Damit sind jedoch nur einige Bereiche angesprochen, in denen die Suchmaschinenbetreiber mit juristischen Auseinandersetzungen zu rechnen haben und sich kritischen Diskussionen stellen müssen. Es gilt allgemein festzustellen, dass die Forderungen der Internetnutzer an die Suchmaschinenanbieter ebenso unterschiedlich sind wie deren Meinungen über dieselben. Die Beurteilung von Suchmaschinen wirkt nach wie vor polarisierend und verlangt den Einbezug verschiedener Perspektiven.

¹ „Wissen ist Macht“ (aus dem Englischen: Knowledge is Power) ist im Deutschen ein geflügeltes Wort, das auf den englischen Philosophen Francis Bacon zurückgeht.

Diese Arbeit befasst sich mit kartellrechtlichen Fragen rund um Suchmaschinen. Unabhängig von ethischen und moralischen Werturteilen soll der Frage nachgegangen werden, inwiefern die Entwicklungen auf dem Suchmaschinenmarkt das Kartellrecht tangieren und welche Folgen sich daraus für die Suchmaschinenbetreiber und andere Beteiligte ergeben.

Zu Beginn der Arbeit wird eine allgemeine Übersicht über die Funktionsweise von Suchmaschinen, die Verhältnisse auf dem Suchmaschinenmarkt und das Geschäftsmodell von Suchmaschinen gegeben. Abgerundet wird der erste Teil mit einem kurzen Überblick über die rechtlichen Problemfelder, die sich derzeit im Zusammenhang mit Suchmaschinen ergeben. Im zweiten Teil wird die eigentliche kartellrechtliche Untersuchung eingeleitet. Dabei geht es um die Abgrenzung der relevanten Märkte und die Untersuchung betreffend das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung von Google. Der dritte Teil befasst sich sodann mit den kartellrechtlichen Vorgaben an Suchmaschinen und geht ausführlich auf die Frage nach dem Zugang zur Suchmaschine ein. Im vierten und letzten Teil werden die Auswirkungen auf die anderen Märkte untersucht. Im Zentrum stehen dabei die internen und externen Expansionen der Suchmaschinenbetreiber. Die Untersuchung bezieht sich dabei auf das schweizerische Recht, wobei auch die Rechtslage im europäischen Umfeld berücksichtigt wird.

Erster Teil: Grundlagen

A. Suchmaschinen

I. Definition und Bedeutung

Das Internet kann eine Erfolgsgeschichte verzeichnen, die seinesgleichen sucht. Was als kleines Experiment begann, ist heute ein wichtiger Bestandteil des alltäglichen Lebens geworden, und fast jedermann ist bekannt, was sich hinter den Begriffen Internet und World Wide Web verbirgt². Es erstaunt darum auch nicht, dass die Anzahl von Websites jedes Jahr ansteigt und sich die Datenfülle des Internets stetig vergrössert³. Da das Internet aber nicht über einen zentralen Steuerungsrechner verfügt, werden die Informationen unkontrolliert und unsortiert ins Netz gestellt, ohne dass ein Verzeichnis oder eine Selektion derselben stattfindet⁴. Die Vorteile dieses dezentralen Systems liegen zweifellos darin, dass das Internet von einem einzelnen Rechner unabhängig ist, der bei einem Zusammenbruch das ganze Netz lahm legen würde⁵. Die Nachteile hingegen liegen in der unermesslich grossen Flut von Informationen, die ungeordnet und unübersichtlich im Internet vorhanden sind, ohne dass man von ihrer Existenz weiss oder ihren Standort finden kann.

Bereits Anfang der neunziger Jahre wurde man sich dieses Problems bewusst. An der McGill-Universität in Montreal wurde zuerst eine Lösung dafür gefunden⁶. Mit einer Pionierleistung wurde der Baustein für eine Entwicklung gelegt, die es allen Internetnutzern ermöglichen sollte, das Wissen und die Informationen im Internet aufzufinden. Es war dies die Geburtsstunde der ersten Internet-Suchmaschine der Welt⁷. Und obwohl sich seither der Suchmaschinenmarkt stark verändert, sich die Technologie verbessert und sich die Datenfülle vergrössert haben, sind die heutigen Suchmaschinen ihrer ursprünglichen Funktion treu geblieben; die Suchmaschine bietet Suchdienste im Internet an⁸. Eine für den Internetnutzer so einfache wie

² JOPPICH, S. 504.

³ NZZ, Verdoppelung beim Datendurchsatz, Artikel vom 23.01.2009, S. 59.

⁴ VON LACKUM, S. 697.

⁵ SITTEK, S. 76 f.

⁶ WOZ, S. 14.

⁷ WOZ, S. 14.

⁸ GEISELER-BONSE, S. 8; HOLTKOTTE, S. 5; VAN EIJK, S. 2 f.

hilfreiche Dienstleistung im unübersichtlichen Datenstrom des Internets, die fast immer kostenlos und unkompliziert genutzt werden kann.

Durch die Eingabe eines Suchbegriffs in die Suchmaske werden relevante Ergebnisse mit dem entsprechenden Hyperlink in einer Trefferliste angezeigt⁹. Der Internetnutzer wird durch das Anklicken des Hyperlinks auf der Trefferliste direkt auf die gewünschte Website geführt und findet so sehr schnell und einfach die nachgefragten Informationen. Der Erfolg von Suchmaschinen ist umso verständlicher, wenn man sich die Alternativen vor Augen hält, die bei der Internetsuche vorhanden sind. Sollte man versucht sein, ohne die Hilfe einer Suchmaschine eine spezifische Information oder Website im Internet zu finden, blieben einem zwei Varianten zur Auswahl¹⁰. Die erste Möglichkeit bestünde darin, den Namen der gesuchten Homepage direkt in den Browser einzugeben. Vorausgesetzt wird bei dieser Variante, dass man den Namen der gesuchten Homepage kennt, da ansonsten keine relevanten Ergebnisse erzielt werden. Die zweite Möglichkeit bestünde darin, sich durch verschiedene Homepages durchzuklicken, bis man zur gewünschten Information bzw. Website gelangt¹¹.

Beide Alternativen sind zwar durchaus taugliche Mittel zur Informationssuche, sie können aber nicht annähernd mit der Effizienz und Schnelligkeit einer Suchmaschine verglichen werden. Es verwundert daher kaum, dass sich die Suchmaschinen einer grossen Beliebtheit erfreuen und geradezu prädestiniert sind, durch das Labyrinth des Internets zu führen¹². Für eine grosse Anzahl von Internetnutzern ist daher die erste aufgerufene Website jeder Internetsession jene einer Suchmaschine¹³.

II. Arten von Suchmaschinen

Auch wenn Suchmaschinen nach allgemeiner Regel Suchdienste im Internet anbieten, gibt es doch Unterschiede in den verschiedenen Funktionsweisen¹⁴. Entgegen der naheliegenden Vorstellung, dass Suchmaschinen bei einer Suchanfrage jeweils das ganze Internet nach relevanten Informationen durchkämmen, wird üblicherweise lediglich ein von der Suchmaschine angelegter Datenbestand durchforstet¹⁵. Aufgrund der immensen Menge an Informationen im

⁹ GEISELER-BONSE, S. 9.

¹⁰ MILLER, S. 44.

¹¹ MILLER, S. 44 f.

¹² PHILIPPI, S. 15; siehe auch LEWANDOWSKI, Web Information Retrieval, S. 42 ff., der ausführlich auf die Größe des WWW und die Abdeckung durch Suchmaschinen eingeht.

¹³ PHILIPPI, S. 15.

¹⁴ MILLER, S. 45; KOCH A., S. 120 f.

¹⁵ MILLER, S. 45.

Internet ist es unmöglich, alle Websites des Internets vollständig zu erfassen und aufzulisten, es bleibt nur der Rückgriff auf den angelegten Datenbestand als tauglichstes Mittel zur Informationsbeschaffung übrig¹⁶. Anhand der Merkmale, wie dieser Datenbestand angelegt, verwaltet und aktualisiert wird, und wie die Relevanzbewertung bei der Auswahl der Informationen erfolgt, können die verschiedenen Suchmaschinentypen sinnvoll unterschieden werden.¹⁷ Die Unterteilung und Typenzahl von Suchmaschinen hängt massgeblich von der Anzahl der Unterscheidungskriterien und den Einteilungskategorien ab, sie reicht von zwei bis vier verschiedenen Suchmaschinentypen¹⁸. Im Folgenden werden die Funktionsweisen der wichtigsten drei Grundtypen von Suchhilfen genauer erläutert. Es sind dies die Suchmaschinen im eigentlichen Sinn, die Webkataloge und die Metasuchmaschinen. Über die restlichen Navigations- und Suchhilfen wird lediglich ein kurzer Überblick gegeben.

1. Suchmaschinen im eigentlichen Sinn

Suchmaschinen im eigentlichen Sinn zeichnen sich dadurch aus, dass sie mithilfe eines vollautomatischen Prozesses Websites im Internet suchen und in einer eigens dafür angelegten Datenbank ablegen und bewerten. Bei einer individuellen Suchanfrage wird jeweils auf diese Datenbank zurückgegriffen, um dem Suchenden relevante Resultate zu liefern. Der ganze Prozess findet grundsätzlich ohne menschliches Eingreifen statt und benötigt in der Regel drei Schritte, wobei verschiedene Computerprogramme die anfallende Arbeit übernehmen¹⁹.

In einem ersten Schritt durchsuchen spezielle Suchprogramme, die Spider, Crawler oder Robots genannt werden, aktiv das Internet nach neuen Websites²⁰. Dabei springen sie über die Hyperlinkstruktur der Sites fortwährend von einer Website zur anderen und speichern diese zur Weiterverarbeitung ab²¹. Diese vollautomatisch arbeitenden Suchprogramme legen das Fundament für die später erzeugte Datenbank.

Die von den Spidern gefundenen Websites werden in einem nächsten Schritt analysiert, bewertet und indexiert. So entsteht eine Datenbank, in der die gesammelten Websites klar ge-

¹⁶ WEBER R, S. 29.

¹⁷ GLÖGGLER, S. 1.

¹⁸ SCHULZ/HELD/LAUDIEN, S. 13; KARZAUNINKAT, S. 22; GLÖGGLER, S. 1.

¹⁹ HOLTLOTTE, S. 6.

²⁰ HOLTLOTTE, S. 6.

²¹ RATH, S. 46.

ordnet und nach Relevanz bewertet abgelegt und gespeichert werden²². Auch dieser Vorgang wird durch Softwareprogramme vollautomatisch ausgeführt. Ausnahmsweise ist in zwei Fällen ein manuelles Eingreifen notwendig; erstens, wenn eine Website gegen die Nutzerordnung der Suchmaschine oder das Gesetz verstösst und darum aus der Datenbank gelöscht werden muss²³, zweitens, wenn ein Websitebetreiber ausdrücklich die Löschung oder die Aufnahme seiner Homepage in den Index wünscht und das entsprechende Begehren dem Suchmaschinenbetreiber mitteilt²⁴.

Der letzte Schritt betrifft die eigentliche Suche des Internetnutzers, der zu einem bestimmten Suchbegriff relevante Informationen geliefert bekommen will. Mithilfe eines von den jeweiligen Suchmaschinenbetreibern streng geheim gehaltenen Algorithmus werden dem Internetnutzer in einer Trefferliste die Suchergebnisse präsentiert²⁵. Der Such-Algorithmus bewertet bei seiner Suche die in der Datenbank gespeicherten Websites und listet diese nach Relevanz geordnet auf²⁶. Die grosse Herausforderung der Suchmaschinenbetreiber besteht nun darin, den Such-Algorithmus so zu perfektionieren, dass dem Internetnutzer möglichst gute Suchresultate geliefert werden. Die Qualität der Suchresultate entscheidet schliesslich massgebend über Erfolg oder Misserfolg einer Suchmaschine.

Die wohl bekanntesten Vertreter von Suchmaschinen im eigentlichen Sinn sind Google (www.google.com), MSN (www.msn.com) und Altavista (www.altavista.com). Daneben gibt es andere Anbieter auf dem Markt wie z. B. Fireball (www.fireball.de), Lycos (www.lycos.com) oder Alltheweb (www.alltheweb.com)²⁷.

2. Webkataloge

Im Gegensatz zu den Suchmaschinen im eigentlichen Sinn wird bei den Webkatalogen, auch redaktionelle Suchmaschinen oder manuelle Kataloge genannt, die Datenbank durch Menschenhand erstellt²⁸. Das Internet wird zwar auch mithilfe von Suchprogrammen auf die Existenz von neuen Websites durchsucht (teilweise wird sogar auch dieser Prozess durch Mitar-

²² GLÖGGLER, S. 5.

²³ GLÖGGLER, S. 5.

²⁴ MILLER, S. 46.

²⁵ HOLTLOTTE, S. 7 f.

²⁶ RÖSSLER, S. 349.

²⁷ HOLTLOTTE, S. 6.

²⁸ GLÖGGLER, S. 2.

beiter ausgeführt, die gezielt neue Websites aufsuchen), die Entscheidung, ob eine Website in die Datenbank aufgenommen wird oder nicht, treffen aber die Redakteure²⁹. Sie bewerten und prüfen die jeweiligen Sites auf ihren Inhalt und treffen so eine Vorauswahl der in den Katalog aufzunehmenden Websites.

Auf diese Weise entscheiden die Redakteure sowohl über die Aufnahme einer Website in den Katalog als auch über die Relevanz der entsprechenden Site³⁰. Anders als bei den Suchmaschinen im eigentlichen Sinn befinden sich bei den Webkatalogen also nur ausgewählte Websites in der Datenbank und nicht sämtliche, von den Spidern aufgespürte und eingesammelte Websites.

Durch die Vorauswahl der Redakteure verliert der Such-Algorithmus, der dem Internetnutzer bei den Webkatalogen die gewünschten Suchresultate liefert, im Gegensatz zu den Suchmaschinen im eigentlichen Sinn, ein wenig an Bedeutung³¹. Trotzdem ist er aber immer noch der entscheidende Faktor, der für das Auffinden von relevanten Informationen, innerhalb einer festgelegten Datenbank, verantwortlich ist.

Der prominenteste Anbieter eines Webkataloges ist sicherlich Yahoo! (www.yahoo.com). Daneben existieren aber auch noch andere Kataloge wie z. B. das Open Directory Project (www.dmoz.org) oder Web.de (www.web.de).

3. Metasuchmaschinen

Der grundlegende Unterschied zwischen den vorher genannten Suchmaschinentypen und den Metasuchmaschinen besteht darin, dass die Metasuchmaschinen über keinen eigenen Datenbestand verfügen³². Bei einer Suchanfrage leitet die Metasuchmaschine sogleich eine Suche über die verschiedenen Suchmaschinen im eigentlichen Sinn und die Webkataloge ein und nutzt dabei parallel die Datenbestände dieser Navigationshilfen³³. Auf diese Weise macht sich die Metasuchmaschine die Resultate der anderen Suchdienste zunutze, um dem Suchenden relevante Ergebnisse zu liefern³⁴. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass in der Trefferliste der Me-

²⁹ RATH, S. 46 f.

³⁰ HOLT KOTTE, S. 9.

³¹ HOLT KOTTE, S. 10.

³² GLÖGGLER, S. 8.

³³ GLÖGGLER, S. 8.

³⁴ RATH, S. 48.

tasuchmaschine die Quelle der einzelnen Hyperlinks jeweils angezeigt wird und der Internetnutzer erkennen kann, bei welcher Suchmaschine im eigentlichen Sinn oder welchem Webkatalog die Website gefunden wurde. Der Arbeitsprozess läuft auch hier ohne menschliche Beteiligung, d.h. vollautomatisch ab³⁵.

Gemeinsam ist den Metasuchmaschinen und den anderen Navigationshilfen, dass auch sie auf einen gut funktionierenden Such-Algorithmus angewiesen sind. Zwar wird die eigentliche Suche von den Such-Algorithmen der anderen Navigationshilfen ausgeführt, aber der Such-Algorithmus einer Metasuchmaschine muss, neben dem Einsammeln der verschiedenen Ergebnisse, andere wichtige Funktionen übernehmen. Zum einen ist es seine Aufgabe, die Doppelnennung von Hyperlinks in der Trefferliste zu verhindern, und zum anderen soll er eine Relevanzwertung der verschiedenen gelieferten Ergebnisse vornehmen³⁶.

Bekanntere Beispiele für Metasuchmaschinen sind MetaGer (www.metager.de), Metacrawler (www.metacrawler.com) oder Vivismo (www.vivismo.com)³⁷.

4. Andere Navigations- und Suchhilfen

Der Vollständigkeit halber werden hier noch drei weitere Typen von Internetsuchhilfen erwähnt, die aber nur oberflächlich erläutert werden, ohne ausführlich auf ihre Funktionsweisen und Eigenschaften einzugehen.

Als erstes seien die Bezahlsuchmaschinen erwähnt. Diese suchen nicht selbständig nach Websites im Internet, sondern erstellen ausschliesslich aus bezahlten Einträgen eine Datenbank. Je mehr ein Websitebetreiber für einen Suchbegriff bezahlt, unter dem er bzw. seine Homepage gefunden werden will, desto besser ist seine Hyperlinkpositionierung in der Trefferliste der Suchmaschine³⁸.

Eine weitere Form von Suchhilfen bilden die Mischsuchmaschinen, auch Suchmaschinen-Kooperationen genannt. Wie es der Name bereits andeutet, handelt es sich hierbei um Koope-

³⁵ HOLT KOTTE, S. 10.

³⁶ HOLT KOTTE, S. 11.

³⁷ Eine Liste mit allen anderen Metasuchmaschinen findet sich unter „www.metasuchmaschinen.net“.

³⁸ HOLT KOTTE, S. 11.

rationen zwischen verschiedenen Suchmaschinenanbietern³⁹. Findet eine Suchmaschine keine relevanten Treffer in der eigenen Datenbank, so setzt sie die Suche automatisch in der Datenbank der Kooperations-Suchmaschine fort. Solche Kooperationen werden häufig zwischen zwei unterschiedlichen Suchmaschinentypen geschlossen. So ist eine redaktionelle Suchmaschine viel eher an einer Kooperation mit einer Suchmaschine im eigentlichen Sinn interessiert als an einer Kooperation mit einer anderen redaktionellen Suchmaschine⁴⁰.

Als letztes seien noch die Peer-to-Peer (P2P) Systeme erwähnt. Dabei handelt es sich allerdings um eine gänzlich andere Technologie und Funktionsweise als bei den bisher erwähnten Suchhilfen. Die Merkmale dieser Systeme liegen in einem beschränkten Benutzerkreis und einer direkten Verbindung zwischen den einzelnen Computern der Internetnutzer⁴¹. Die Informationen befinden sich daher auch nicht auf einem externen Server, sondern auf den jeweiligen Computern der registrierten bzw. beteiligten Internetnutzer⁴².

III. Zusammenfassende Bemerkungen

Suchmaschinen sind aus dem Internet nicht mehr wegzudenken. In Deutschland benutzen 76% aller Internetnutzer mindestens einmal wöchentlich eine Suchmaschine und haben sich längst an deren Dienstleistungen gewöhnt⁴³. Um der Informationsflut im Internet zu begegnen, sind wir seit geraumer Zeit auf die Hilfe von Suchmaschinen angewiesen. Eine zunehmende Abhängigkeit des Internetnutzers von den Suchhilfen kann nicht bestritten werden. Dennoch muss darauf hingewiesen werden, dass noch keine der existierenden Suchmaschinen imstande ist, das ganze Internet zu durchsuchen und alle vorhandenen Informationen aufzusammeln. Diese Unzulänglichkeit kommt daher, dass das Internet einerseits zu schnell wächst und die Suchmaschinen andererseits nicht auf alle Daten im Internet zugreifen können⁴⁴. Auch wenn dem Anschein nach eine Vielzahl von Suchmaschinentypen auf dem Markt existieren, die sich um die Selektierung und Ordnung der Datenflut kümmern, muss das Bild relativiert werden. Zum einen haben Metasuchmaschinen stark an Bedeutung verloren, da mittlerweile viele Suchmaschinen im eigentlichen Sinn den Zugriff auf die eigene Datenbank

³⁹ KARZAUNINKAT, S. 25.

⁴⁰ RATH, S. 47 f.

⁴¹ RATH, S. 50.

⁴² RATH, S. 48.

⁴³ „ARD/ZDF-Online Studie 2007“, abrufbar unter „www.daserste.de/service/ardonl0107.pdf“, S. 369.

⁴⁴ WEBER G., S. 1.

verweigern⁴⁵. Zum anderen bieten fast alle Suchmaschinen im eigentlichen Sinn auch eine Katalogsuche an (und umgekehrt), um die Vorteile beider Systeme zu nutzen und mehr Internetnutzer anzuziehen⁴⁶.

Im folgenden Kapitel wird nun ein Blick auf den Suchmaschinenmarkt geworfen. Es wird aufgezeigt, welche Entwicklungen in den vergangenen Jahren auf dem Suchmaschinenmarkt stattgefunden haben, und wie sich die Kräfteverhältnisse der verschiedenen Anbieter untereinander gestalten.

B. Der Suchmaschinenmarkt

I. Vorbemerkungen

Die anschliessenden Ausführungen sollen die Entwicklung und die aktuelle Situation auf dem Suchmaschinenmarkt verdeutlichen. Sie beziehen sich ausschliesslich auf die Marktanteile der weltweit grössten Suchmaschinenanbieter. Es findet noch keine Abgrenzung der relevanten Märkte in kartellrechtlicher Hinsicht statt.

II. Entwicklung des Suchmaschinenmarktes

Der Suchmaschinenmarkt hat in seiner noch jungen Geschichte bereits eine sehr dynamische Entwicklung hinter sich. Viele Unternehmen haben schon versucht, sich in dieser Branche durchzusetzen. Die letzten Jahre waren durch Zusammenschlüsse und Akquisitionen geprägt und die heutige Situation auf dem Suchmaschinenmarkt weist eine starke Konzentration auf⁴⁷. In der nun folgenden Rückblende werden daher auch nur die bedeutendsten und wichtigsten Ereignisse auf dem Suchmaschinenmarkt erwähnt, damit der Überblick nicht aufgrund von zu vielen Detailinformationen verloren geht.

Die erste Suchmaschine der Welt wurde im Jahr 1990 an der McGill-Universität in Montreal entwickelt⁴⁸. Ein Student namens Alan Emtage kam auf die Idee, ein Suchsystem zu entwickeln, das in erster Linie an der Universität das Auffinden von Dokumenten auf verschiede-

⁴⁵ BREYER, S. 127.

⁴⁶ HOLTKOTTE, S. 13.

⁴⁷ KÜHLING/GAUSS, Suchmaschinen – eine Gefahr für den Informationszugang und die Informationsvielfalt?, S. 881.

⁴⁸ MACHILL/BEILER/ZENKER, Suchmaschinenforschung. Überblick und Systematisierung eines interdisziplinären Forschungsfeldes, S. 7 ff.

nen Servern ermöglichen sollte. Sehr schnell wurde die neue Technik auf das dazumal äusserst kleine Internet ausgeweitet und die Suchmaschine war zwei Jahre später einer der am häufigsten gebrauchten Internetdienste. Alan Emtage taufte seine Suchmaschine auf den Namen „Archie“, aber trotz des enormen Anfangserfolgs war „Archie“ nach wenigen Jahren veraltet und bedeutungslos geworden⁴⁹. Anfangs des Jahres 1993 begann der Durchbruch des World Wide Web. Das WWW als einer von vielen Diensten des Internets ist ein System, mit dem man mithilfe eines Browsers Websites abrufen und auf dem eigenen Computerbildschirm anschauen kann⁵⁰. Kurz nach Entstehung des WWW begann dessen kommerzielle Nutzung. Im gleichen Jahr kam auch schon der erste Suchdienst für das WWW auf den Markt. „The Wanderer“ hiess die neue Suchmaschine, die halbjährlich einen Robot durch das Netz wandern liess und alle vorhandenen Websites katalogisierte⁵¹. Entwickelt wurde „The Wanderer“ von Matthew Gray, einem Studenten des Massachusetts Institute of Technology (MIT). Es muss hier angemerkt werden, dass 1993 gerade einmal 130 Websites von „The Wanderer“ indexiert worden waren und das WWW demnach sehr übersichtlich und klein war⁵². 16 Jahre später, im April 2009, sind bereits über 200 Millionen Websites im WWW gezählt worden⁵³.

Vier Jahre nach Entstehung der ersten Suchmaschine, einer Zeitspanne in der sich auf dem Markt wenig verändert hatte und sich das Internet gerade erst kommerziell zu entwickeln begann, kam es auf dem Suchmaschinenmarkt innerhalb von wenigen Jahren zu bedeutenden Veränderungen. 1994 war die Zeit von David Filo und Jerry Lang. Die beiden Studenten der Stanford University katalogisierten ihre Lieblings-Websites und erstellten damit eine Datenbank⁵⁴. Mit der von ihnen entwickelten Suchmaschine Yahoo! konnte jeder Internetnutzer diesen Datenbestand nach Informationen bzw. Websites durchsuchen⁵⁵. Durch diese neue Art der Datenbeschaffung wurde Yahoo! zum ersten Webkatalog auf dem Suchmaschinenmarkt

⁴⁹ MACHILL/BEILER/ZENKER, Suchmaschinenforschung. Überblick und Systematisierung eines interdisziplinären Forschungsfeldes, S. 7 ff.

⁵⁰ RITTERHOFF/NEUBERT, in: WIDMAIER, Rn. 94 f.

⁵¹ MACHILL/BEILER/ZENKER, Suchmaschinenforschung. Überblick und Systematisierung eines interdisziplinären Forschungsfeldes, S. 7 ff.

⁵² WOZ, S. 14.

⁵³ Unter „www.news.netcraft.com/archives/web_server_survey.htm“ kann die statistische Entwicklung der Zunahme der Websites genauesten verfolgt werden.

⁵⁴ WOZ, S. 14.

⁵⁵ MACHILL/BEILER/ZENKER, Suchmaschinenforschung. Überblick und Systematisierung eines interdisziplinären Forschungsfeldes, S. 7 ff.

und zu einer äusserst beliebten Suchmaschine. Gleichzeitig wurde der Markt von kommerziellen Grossunternehmen entdeckt und es schien, als wären die Tage gezählt, als Studenten in ihrer Freizeit eine erfolgreiche Suchmaschine entwickeln konnten. Ein Jahr später, im Jahr 1995, entstanden gleichzeitig mehrere neue Suchdienste. Unter anderem kam mit AltaVista die erste Volltextsuchmaschine auf den Markt, die jedes Wort von jeder Website indexierte⁵⁶. AltaVista avancierte in der Folge für mehrere Jahre zur führenden Suchmaschine auf dem Suchmaschinenmarkt. Daneben entstanden Suchmaschinen wie Inktomi, Infoseek und HotBot. Ein Jahr später, 1996, tauchten die ersten Metasuchmaschinen auf dem Markt auf. „MetaCrawler“ wurde in den USA und „MetaGer“ in Deutschland lanciert⁵⁷. Die neue Art zu suchen versprach einen Durchbruch auf dem Suchmaschinenmarkt. Er blieb nach mässigem Anfangserfolg aber aus. Wenig später, im Jahr 1997, stieg eine Suchmaschine namens Ask Jeeves⁵⁸ in den Markt ein und hatte bedeutend mehr Erfolg⁵⁹. Diese Suchmaschine konnte nicht nur nach Stichworten suchen, sondern vermochte auch klare Fragen zu beantworten⁶⁰. Leider waren die Redakteure mit den vielen Anfragen der Suchmaschinennutzer überfordert und Ask Jeeves ging mehr und mehr dazu über, maschinelle Sortierungen vorzunehmen und dadurch zu einer konventionellen Suchmaschine zu werden. Schliesslich wurde 1998 die bis heute erfolgreichste Suchmaschine der Welt gegründet; „Google“ nannten die Erfinder Larry Page und Sergey Brin die neu lancierte Suchmaschine⁶¹. Die beiden Studenten der Stanford University entwickelten eine Suchmaschine die aufgrund der Hyperlinkstruktur, die auf eine Website verweist, deren Relevanz berechnet und bewertet (sog. Page-Rank Verfahren⁶²)⁶³. Das neue Page-Rank Verfahren führte dazu, dass das junge Start-Up Unternehmen Google innerhalb von weniger als 10 Jahren zum Branchenführer auf dem heutigen Suchmaschinenmarkt wurde⁶⁴.

⁵⁶ WOZ, S. 14.

⁵⁷ Siehe dazu: www.metacrawler.com und www.meta.rrzn.uni-hannover.de. Es bleibt anzumerken, dass die deutsche Suchmaschine MetaGer von der Uni Hannover entwickelt worden ist und nach wie vor von ihr betrieben wird.

⁵⁸ Jeeves ist im Englischen ein typischer Butlername.

⁵⁹ Siehe dazu: www.ask.com.

⁶⁰ WOZ, S. 14.

⁶¹ NZZ, Der Glanz der „Google Guys“. Unternehmensgeschichte eines kometenhaften Aufstiegs, Artikel vom 23.10.2006, S. 16. Siehe dazu auch die Informationen auf www.google.com.

⁶² Siehe dazu: www.google.com/corporate/tech.html.

⁶³ WOZ, S. 14.

⁶⁴ Le Monde, Google distance toujours plus Yahoo!, Artikel vom 21.07.2007, S. 9.

Zu Beginn des 21. Jahrhunderts fanden die grossen Übernahmen und Fusionen auf dem Suchmaschinenmarkt statt, die den Ausschlag für die heutige Marktsituation bilden. Overture, ein Internetwerbeanbieter, kaufte 2002 AltaVista und Inktomi⁶⁵. Ein Jahr später wurde Overture wiederum von Yahoo! übernommen. Google, dessen Marktanteile stetig zugenommen hatten, sah nun plötzlich in Yahoo! seinen stärksten Konkurrenten. Microsoft stieg im Jahre 2004 in den Suchmaschinenmarkt ein und lancierte die eigene Suchmaschine MSN⁶⁶. Der heutige Suchmaschinenmarkt präsentiert sich daher äusserst konzentriert, wobei Google, Yahoo! und MSN in der genannten Reihenfolge fast die gesamten Marktanteile des Suchmaschinenmarktes untereinander aufteilen⁶⁷.

Die nächste bedeutende Übernahme auf dem Suchmaschinenmarkt zeichnete sich zwischen Yahoo! und Microsoft ab. Microsoft hatte im Februar 2008 bereits zum zweiten Mal innert Jahresfrist seinem angeschlagenen Konkurrenten Yahoo! ein Übernahmeangebot gemacht, dass aber von Yahoo! ein weiteres Mal zurückgewiesen wurde⁶⁸.

Nach Abweisung des zweiten Übernahmeangebotes mischte sich auch Google in den Übernahmekampf ein und bot Yahoo! seine Hilfe an. Die beiden Unternehmen einigten sich im Juni 2008 auf eine Kooperation im Werbebereich, die dem geschwächten Unternehmen Yahoo! aus der Krise helfen sollte⁶⁹. Um etwaige kartellrechtliche Bedenken bereits im Vorfeld zu eruieren, sollte das Abkommen erst nach dreieinhalb Monaten in Kraft treten. Während dieser Zeit konnten die Wettbewerbsbehörden das Abkommen überprüfen und den betroffenen Unternehmen mitteilen, ob über die Kooperation ein Verfahren eingeleitet würde oder nicht. Nach Verstreichen der Frist gab das Department of Justice den beteiligten Suchmaschinen Google und Yahoo! bekannt, dass im Falle einer Zusammenarbeit eine Untersuchung eingeleitet würde⁷⁰. Daraufhin verzichteten die beiden Unternehmen auf eine Kooperation und arbeiteten weiterhin vollkommen selbständig und unabhängig voneinander.

⁶⁵ WOZ, S. 14.

⁶⁶ NZZ, Googles Erfolg hat Microsofts Hunger geweckt, MSN-Search als Testversion lanciert, Artikel vom 19.11.2004, S. 61; NZZ, Microsoft mit Google-Konkurrent am Start, Artikel vom 04.02.2005, S. 12.

⁶⁷ MACHILL/BEILER/ZENKER, Suchmaschinenforschung. Überblick und Systematisierung eines interdisziplinären Forschungsfeldes, S. 7 ff.

⁶⁸ NZZ, Microsoft greift nach Yahoo, Artikel vom 2./3.02.2008, S. 23; NZZ, Yahoo erteilt Microsoft eine Absage, Artikel vom 11.02.2008, S. 1.

⁶⁹ NZZ, USA-Yahoo ärgert Microsoft, Artikel vom 11.04.2008, S. 27.

⁷⁰ Department of Justice, Yahoo! Inc. and Google Inc. Abandon Their Advertising Agreement, Release vom 05.11.2008.

Nur wenige Monate später, im Frühjahr 2009, gaben Microsoft und Yahoo! bekannt, eine gemeinsame Vereinbarung getroffen zu haben und in Zukunft zusammen zu arbeiten. Die beiden Unternehmen kündigten an, dass Yahoo! anstelle der eigenen Suchmaschine in Zukunft die Technologie der neu entwickelten Microsoft-Suchmaschine Bing nutzen und gleichzeitig die Vermarktung der Online-Werbung der Premium-Kunden auf dem eigenen Suchportal und auf Bing übernehmen wird⁷¹.

III. Entwicklung und Gründungsgeschichte von Google, Yahoo! und MSN

1. Google Inc.

Am 7. September 1998 wurde die Google Inc. von Sergey Brin und Larry Page, zwei Studenten der Stanford University, gegründet⁷². Nachdem die Testphase beendet worden war, wurde Google im Sommer 2000 zur führenden Suchmaschine auf dem Markt⁷³. In den folgenden Jahren konnte Google ein stetiges Wachstum verzeichnen, das bis heute anhält. Vor allem durch Übernahmen von verschiedenen Unternehmen wie dMarc Broadcasting⁷⁴, Writley⁷⁵, Endoxon⁷⁶ und SketchUp⁷⁷ hat Google seine Angebotspalette erweitert und sich zusätzliche Plattformen für Werbemöglichkeiten geschaffen. Dazu kommen noch die beiden grössten und bedeutendsten Akquisitionen der letzten beiden Jahre; am 9. Oktober 2006 übernahm Google das Internet Videoportal YouTube⁷⁸, und am 13. April 2007 kaufte sich Google bei dem Onli-

⁷¹ NZZ, Microsoft und Yahoo gemeinsam gegen Google, Art. vom 30.07.2009, S. 17.

⁷² WOZ, S. 14.

⁷³ NZZ, Der Triumph der großen Zahl, Artikel vom 25.04.2008, S. 65.

⁷⁴ Die Software von dMarc Broadcasting ermöglicht Direktwerbung bei Radiosendern und wurde am 17.01.2006 von Google gekauft; NZZ, Google übernimmt dMarc, Artikel vom 18.01.2006, S. 27; New York Times, Google to buy Radio Advertising Sales Unit, Artikel vom 18.01.2006.

⁷⁵ Writely war ein kostenloses Textverarbeitungsprogramm, das am 09.03.2006 von Google gekauft wurde; www.golem.de, Google kauft Online-Textverarbeitung Writely, Artikel vom 09.03.2006; Heise Online, Google kauft Web-basierte Textverarbeitung, Artikel vom 10.03.2006.

⁷⁶ Endoxon war eine Schweizer Kartenfirma und wurde am 18.12.2006 von Google gekauft, um die Technologie für das Programm Google Earth zu verwenden; NZZ, Google setzt auf Schweizer Know-how, Artikel vom 22.12.2006, S. 67.

⁷⁷ SketchUp erstellte 3D Grafiken aus zweidimensionalen Skizzen. Google hat SketchUp am 14.03.2006 gekauft, um das eigene Programm Google Earth zu verbessern; www.golem.de, Google übernimmt Skizzen Zeichensoftware SketchUp, Artikel vom 14.03.2006.

⁷⁸ YouTube war die bis dahin teuerste Akquisition von Google und kostete rund 1.65 Milliarden Dollar; NZZ, Google übernimmt Internet-Videoportal YouTube, Artikel vom 10.10.2006, S. 25.

ne-Werbenetzwerk DoubleClick⁷⁹ ein. Gerade die letzte Akquisition wurde von der amerikanischen und europäischen Kartellbehörde genauer untersucht⁸⁰. Die Federal Trade Commission erachtete die Übernahme im Dezember 2007 als unbedenklich⁸¹, und die EU-Kommission hiess im März 2008 die Übernahme gegenüber Google ohne Auflagen gut⁸².

Heutzutage bietet Google neben der klassischen Suchdienstleistung noch viele andere Produkte an. Der Internetnutzer kann mit Google unter anderem Bilder und Bücher herunterladen, ein E-Mail Konto eröffnen, mit Google Earth die Welt anschauen oder die aktuellsten Nachrichten elektronisch abrufen und lesen⁸³. Die anhaltende Expansionslust von Google führte zum Einstieg in den Markt für Handybetriebssysteme und Internetbrowser⁸⁴. Zur Verdeutlichung der starken Position von Google sei erwähnt, dass das Unternehmen im April 2007 zur wertvollsten Marke der Welt erklärt worden ist und das Unternehmen einen Börsenwert von über 200 Milliarden US Dollar erreicht hat⁸⁵.

2. Yahoo! Inc.

Die Yahoo! Inc. wurde im Jahr 1995 von Jerry Lang und David Filo, zwei Doktoranden der Fakultät für Elektronik an der Stanford University in den USA, gegründet⁸⁶. Yahoo war der erste Webkatalog der Welt und damit eine völlig neue Suchmaschine auf dem Markt⁸⁷.

⁷⁹ Die Akquisition von DoubleClick kostete Google 3.1 Milliarden Dollar und stellte damit alle anderen Übernahmen in den Schatten; NZZ, Google schnappt sich DoubleClick, Artikel vom 16.04.2007, S. 17.

⁸⁰ NZZ, Google darf DoubleClick übernehmen, Artikel vom 21.12.2007, S. 26; die Amerikanische Kartellbehörde (FTC) hatte eine Voruntersuchung eingeleitet; NZZ, Google: Kartellbehörde prüft Google-DoubleClick-Deal, Artikel vom 31.05.2007, S. 25.

⁸¹ Auf der Homepage der Federal Trade Commission (www.ftc.gov/opa/2007/12/googledc.shtml) wird mitgeteilt, dass die Voruntersuchung abgeschlossen wurde und die Übernahme zulässig ist.

⁸² Am 11.03.2008 erfolgte die Pressemitteilung der EU-Kommission (www.europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/426).

⁸³ Unter „www.google.ch/options/“ finden sich alle aktuellen Produkte von Google.

⁸⁴ NZZ, Google-Handy im Oktober, Artikel vom 13.07.2008, S. 63; NZZ, Kampf um die Vorherrschaft beim Handy, Artikel vom 14.11.2007, S. 33; NZZ, Google bedrängt Microsoft, Artikel vom 03.09.2008, S. 27.

⁸⁵ NZZ, Google ist wertvollste Marke der Welt, Artikel vom 23.04.2007, S. 23; NZZ, Google ist mehr wert als Coca-Cola, Artikel vom 11.10.2007, S. 31. Allerdings ist der damalige Aktienkurs von über 700 Dollar je Aktie mittlerweile gesunken und liegt im September 2009 noch bei knapp 500 Dollar je Aktie. Siehe dazu die historische Kursentwicklung der Aktien von Google (GOOG), u.a. bei „www.swissquote.ch“.

⁸⁶ NZZ, Der Glanz der "Google-Guys". Unternehmensgeschichte eines kometenhaften Aufstiegs, Artikel vom 23.10.2006, S. 16.

Yahoo! hatte in den neunziger Jahren enorm vom Internetboom profitiert und war stark gewachsen. Nach dem Platzen der Dotcom Blase in den Jahren 2000/2001 gingen auch bei Yahoo! die Umsätze zurück und das Unternehmen versuchte durch Expansionen zusätzliche Marktanteile zu gewinnen⁸⁸. Im Jahr 2003 übernahm Yahoo! gleich zwei Suchmaschinen-dienste; Overture⁸⁹ und Inktomi⁹⁰ wurden von Yahoo! aufgekauft. Im darauf folgenden Jahr kündigte Yahoo! seine Verträge mit Google, dank derer das Unternehmen lange Zeit die Datenbestände und die Suchtechnik von Google für die eigene Suche hatte verwenden können⁹¹. Die grösste ausländische Akquisition tätigte Yahoo! 2005, als Anteile des chinesischen Suchmaschinenbetreibers Alibaba⁹² gekauft wurden. Zuletzt übernahm Yahoo! im Jahr 2007 den

⁸⁷ WOZ, S. 14.

⁸⁸ Durch das schnelle Wachstum des Internets in den neunziger Jahren wurden viele IT-Unternehmen überbewertet. Als im März 2000 die Gewinnerwartungen nicht erfüllt wurden, begannen die Anleger ihre Aktien zu verkaufen und die Spekulationsblase platzte. Viele IT-Unternehmen mussten daraufhin Insolvenz anmelden. Auch Yahoo! hatte dramatische Kursverluste hinzunehmen: Am 27.03.2000 schloss die Yahoo! Aktie bei 200.75 Dollar, am 27.03.2001, genau ein Jahr später, wurde die Aktie noch zu 15.56 Dollar gehandelt.

⁸⁹ Overture war einer der grössten und bekanntesten Anbieter von Suchmaschinenwerbung. Yahoo! erhoffte sich von der Übernahme die Vorrangstellung auf dem Online Werbemarkt und bezahlte für Overture 1.63 Milliarden Dollar; NZZ, Yahoo kauft Overture Services, Marktführer in der Internet-Werbung, Artikel vom 15.07.03, S. 19.

⁹⁰ MACHILL/BEILER/ZENKER, Suchmaschinenforschung. Überblick und Systematisierung eines interdisziplinären Forschungsfeldes, S. 7 ff.; Inktomi war ein Suchmaschinen-Hersteller, dessen Index viele Suchmaschinen für ihre Suchdienste genutzt haben. Auch Yahoo! suchte bis zum Jahr 2000 mit der Technik von Inktomi, bevor die Suchtechnik von Google übernommen wurde. Die Übernahme von Inktomi kostete Yahoo! 240 Millionen Dollar; Heise online, Yahoo kauft Suchmaschinen-Hersteller Inktomi, Artikel vom 23.12.2002.

⁹¹ Yahoo! hatte seit 1998 mit der Technik von Inktomi gearbeitet. Im Juni 2000 wechselte Yahoo! aber zur Suchtechnik von Google; Heise online, Google wird neue Suchmaschine bei Yahoo, Artikel vom 27.06.2000. Vier Jahre später wurden auch die Verträge mit Google gekündigt und Yahoo! sucht seither selbständig (d.h. mit der Technik von Inktomi, die sich Yahoo! 2003 gekauft hat); MACHILL/BEILER/ZENKER, Suchmaschinenforschung. Überblick und Systematisierung eines interdisziplinären Forschungsfeldes, S. 7 ff.

⁹² Alibaba ist ein chinesisches Internet-Unternehmen mit einem Online Auktionshaus. Yahoo! bezahlte für eine 40% Beteiligung 1 Milliarde Dollar; NZZ, Yahoo spannt mit Alibaba zusammen, Artikel vom 12.08.2005, S. 19.

Werbespezialisten Right Media, um auch im Bereich der Online-Werbung weiter zu wachsen⁹³.

Yahoo! versuchte in den letzten Jahren vermehrt, Kunden durch kostenpflichtige Internetdienste an sich zu binden. In diesem Zusammenhang wurde die Jobbörse Hotjobs⁹⁴ und das Fotoshare Unternehmen Flickr⁹⁵ aufgekauft. Trotzdem verzeichnete Yahoo! in den vergangenen Jahren einen schlechten Geschäftsgang. Das Unternehmen musste grössere Umsatzeinbussen hinnehmen und mehrere Tausend Mitarbeiter entlassen⁹⁶. Die aktuelle Zusammenarbeit mit Microsoft soll in den kommenden Jahren zu einer Erholung und Verbesserung der Geschäftsentwicklung führen.

3. MSN

MSN steht für „The Microsoft Network“ und ist ein Unternehmenszweig der Microsoft Corporation. MSN ist damit kein selbständiges Unternehmen, sondern ein Internetportal von Microsoft, das Chat-, Kommunikations- und Suchdienstleistungen anbietet⁹⁷. Hinter der Suchmaschine steht mit Microsoft eines der grössten und bedeutendsten Softwareunternehmen der Welt, dessen Kerngeschäfte die Herstellung von Betriebssystemen und Office-Applikationen sind⁹⁸.

Bill Gates und Paul Allen gründeten 1975 das Unternehmen Microsoft, und am 6. Januar 1976 wurde „Microsoft“ eine eingetragene Handelsmarke⁹⁹. In den folgenden Jahren wuchs Microsoft sehr schnell und wurde zu einem der grössten Unternehmen der Welt. Heutzutage

⁹³ Right Media betrieb einen Marktplatz für Online-Werbung und wurde von Yahoo! für 680 Millionen Dollar gekauft; NZZ, Yahoo kauft Right Media, Artikel vom 02.05.2007, S. 27.

⁹⁴ Hotjobs war ein Online Stellenvermittlungsbüro und wurde von Yahoo! für 436 Millionen Dollar gekauft; NZZ, Yahoo übernimmt Hotjobs.com, Artikel vom 28.12.2001, S. 22.

⁹⁵ Flickr war eine Foto Community Plattform und wurde von Yahoo! für weniger als 50 Millionen Dollar gekauft; F.A.Z, Duell der Titanen, Artikel vom 29.08.2005, S. 15.

⁹⁶ NZZ, Gewinneinbruch bei Yahoo, Artikel von 18.10.2006, S. 24; NZZ, Yahoo baut Stellen ab, Artikel vom 22.10.2008, S. 25; NZZ, Yahoo friert Löhne ein, Artikel vom 24.01.2009, S. 25.

⁹⁷ Siehe die verschiedenen Dienste und Angebot unter „www.msn.com“.

⁹⁸ NZZ, Konzerne aus den USA bleiben die grössten, Artikel vom 08.01.2009, S. 25.

⁹⁹ NZZ, Welche Microsoft? Ein Rückblick auf das PC-Zeitalter, Artikel vom 16.06.2000, S. 81; NZZ, In der Teergrube der Komplexität. Microsoft feiert ihr 30-jähriges Bestehen, Artikel vom 30.09.2005, S. 63.

laufen über 90% aller Computer mit einem Microsoft Betriebssystem und das Unternehmen verzeichnet immer noch ein stetiges Wachstum¹⁰⁰.

Microsoft bietet nahezu alle Computer- und Internetdienste an, die man sich vorstellen kann. Auch in angrenzenden Märkten versucht sich Microsoft zu etablieren und bietet Produkte im Spielkonsolenbereich, in der Handysparte und bei MP3-Playern an¹⁰¹. Das Unternehmen, welches seit längerer Zeit eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Betriebssysteme innehat, musste in den letzten Jahren wegen Wettbewerbsverstössen immer wieder hohe Bussgelder bezahlen¹⁰². Die amerikanischen und europäischen Kartellbehörden konnten dem Unternehmen bereits mehrere Male wettbewerbswidriges Verhalten nachweisen, und die Bussgelder und Zahlungen zur Beilegung von Rechtsstreitigkeiten belaufen sich bereits auf mehrere Milliarden Dollar¹⁰³.

Die Suchmaschine von Microsoft, MSN, wurde erst im Jahr 2005 aus der Testphase entlassen und als Vollversion im Internet zur Verfügung gestellt¹⁰⁴. Bis dahin hatte Microsoft den Suchmaschinenmarkt unterschätzt und der Konkurrenz einen Vorsprung ermöglicht, der mittler-

¹⁰⁰ MESTMÄCKER/SCHWEIZER, Rn. 56; Der Jahresbericht 2008 von Microsoft kann unter „www.microsoft.com/msft/reports/ar08/10k_fr_dis.html“ eingesehen werden und gibt Aufschluss über das Wachstum der letzten Jahre.

¹⁰¹ Auf der Homepage von Microsoft könne alle Produkte unter „www.microsoft.com/en/us/default.aspx“ abgerufen werden.

¹⁰² NZZ, EU verhängt Rekordbusse gegen Microsoft, Artikel vom 28.02.2008, S. 1.

¹⁰³ Innerhalb der letzten Jahre bezahlte Microsoft mehrmals Beträge in Millionenhöhe zur Beilegung von Rechtsstreitigkeiten oder nach Urteilen von Kartell- und Patentbehörden: 2003 bezahlte Microsoft 750 Millionen Dollar an AOL Time Warner, 26 Millionen Dollar an Force-Feedback, 521 Millionen Dollar an Eolas Technologies und 23.3 Millionen Dollar an Be Inc.; 2004 wurden 700 Millionen Dollar an Sun bezahlt; 2005 bezahlte Microsoft 60 Millionen Dollar an Burst.com, 150 Millionen Dollar an Gateway, 775 Millionen Dollar an IBM und 761 Millionen Dollar an RealNetworks.

Im März 2004 verhängte die EU-Kommission eine Bussgeldzahlung in Höhe von 497 Millionen Euro wegen wettbewerbswidrigem Verhalten auf dem Markt für Betriebssysteme und der Bündelung von Betriebs- mit anderer Anwendungssoftware. Da die im Urteil festgelegten Auflagen von Microsoft nicht eingehalten wurden, hat die Kommission im Juli 2006 wegen Nichterfüllung der Auflagen eine Busse von 280.5 Millionen Euro verhängt. Im Februar 2008 hatte Microsoft die Auflagen gemäss dem Urteil aus dem Jahr 2004 immer noch nicht erfüllt und wurde nun mit einer neuen Rekordbusse in Höhe von 899 Millionen Euro bestraft.

¹⁰⁴ NZZ, Microsoft mit Google-Konkurrent am Start, Artikel vom 04.02.2005, S. 12; BBC News. Microsoft launches its own search, Artikel vom 01.02.2005.

weile nahezu unaufholbar gross geworden ist. Um dieses Versäumnis wieder gut zu machen, hat Microsoft in den letzten Jahren viel Geld in die Suchmaschinenentwicklung investiert. Das Unternehmen hofft, damit dem Marktführer Google Marktanteile abzugewinnen¹⁰⁵. Die neuesten Entwicklungen gehen dahin, dass Microsoft im Jahr 2006 mit Windows Live eine reine Suchmaschine lanciert hat, die auch mit MSN benutzt werden kann und sich ausschliesslich auf die eigentliche Suche konzentriert (da MSN auch für viele andere Dienste steht)¹⁰⁶. Eine weitere Entwicklung ist sehr aktuell und betrifft die Zusammenarbeit mit Yahoo!. Anscheinend ist Microsoft davon überzeugt, dass dem Branchenführer Google nur durch eine weitreichende Vereinbarung der Nummer zwei und drei auf dem Suchmaschinenmarkt entgegengetreten werden kann¹⁰⁷.

IV. Verteilung der Marktanteile auf dem Suchmaschinenmarkt

Das Internet hat eine dezentrale Struktur und es ist unmöglich, die Tätigkeit eines jeden Computers und eines jeden Internetnutzers zu erfassen. Zusätzlich erlauben es Bestimmungen über den Datenschutz auch nicht, dass Privatpersonen bezüglich Internetnutzung ohne einen begründeten Verdacht überwacht werden. Wahrscheinlich liegen hier auch die Gründe für die Verschwiegenheit der Suchmaschinenbetreiber. Diese sind sehr zurückhaltend, wenn es darum geht, Angaben über das Nutzerverhalten zu machen. Zusätzlich hat die aktuelle Diskussion über den Datenschutz und die Privatsphäre im Internet die Suchmaschinenbetreiber vorsichtig werden lassen¹⁰⁸.

Es gibt nur wenige Unternehmen, die repräsentative Umfragen durchführen und entsprechende Statistiken veröffentlichen. In den USA gehören Nielsen//NetRatings und Comscore Inc. dazu. Beide Unternehmen sind seit Jahren erfolgreich, anerkannt und spezialisiert auf Dienstleistungen im Internetbereich. Der Erfolg basiert jeweils auf unterschiedlichen Methoden und Strategien. Comscore Inc. kann einen Kundenstamm von über zwei Millionen Internetnutzern

¹⁰⁵ NZZ, Googles Erfolg hat Microsofts Hunger geweckt. MSN-Search als Testversion lanciert, Artikel vom 19.11.2004, S. 61; The New York Times, Microsoft to put more money into MSN, Artikel vom 5.5.2006.

¹⁰⁶ Heise Online, Microsoft stellt Beta von Windows Live Search Online, Artikel vom 08.03.2006.

¹⁰⁷ NZZ, Vereint gegen Google, Art. vom 30.07.2009, S. 22; NZZ, Microsoft will Yahoo schlucken, Artikel vom 02.02.2008, S. 1.

¹⁰⁸ NZZ, Datenschutz bei Google, Artikel vom 18.03.2007, S. 80; NZZ, EU untersucht Datenschutz bei Google und Co., Artikel vom 12.02.2008, S. 62; NZZ, Google im Clinch mit Datenschützern, Artikel vom 05.07.2007, S. 69.

vorweisen, die an Umfragen teilnehmen und Erhebungsdaten liefern¹⁰⁹. Nielsen//NetRatings hingegen hat Zugriff auf Marktforschungs-, Nutzungs- und Werbeinformationen, die repräsentative Ergebnisse liefern¹¹⁰.

In Europa und der Schweiz gestaltet sich die Suche nach realistischen Umfragewerten schwieriger, da in Europa keine vergleichbar namhaften Unternehmen wie Nielsen//NetRatings und Comscore existieren, die gezielt Erhebungen betreffend die Marktanteile von Suchmaschinen durchführen. Aus diesem Grund muss auf die Statistiken von verschiedenen IT-Unternehmen verwiesen werden, die mit sogenannten Zählern (Webcounter) die Besucherzahlen auf bestimmten Websites messen¹¹¹.

1. Marktanteile weltweit

Im Folgenden sind die Marktanteile der drei führenden Suchmaschinenanbieter der Welt in Prozenten aufgelistet¹¹². Es gilt festzuhalten, dass in den vergangenen fünf Jahren Google seinen Marktanteil stetig vergrössern konnte, währenddessen sich die Marktanteile von Yahoo! und MSN verkleinerten. Die aktuelle Situation zeigt klar die dominante Stellung von Google auf dem weltweiten Suchmaschinenmarkt. Microsoft und Yahoo! erhoffen sich durch die Zusammenarbeit nicht nur zusätzliche Marktanteile, sondern auch eine stärkere Position gegenüber dem Marktführer Google¹¹³.

| | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 |
|--------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| Google | 29.5% | 39.4% | 47.1% | 48.2% | 53.6% | 53.7% |
| Yahoo! | 28.9% | 30.4% | 21.2% | 22.1% | 22.7% | 19% |
| MSN | 27.6% | 18.5% | 12.8% | 11% | 8.9% | 12.1% |

Die letzten Jahre zeigten keine starken Veränderungen auf dem Suchmaschinenmarkt. Ob dieser Trend auch in den kommenden Jahren anhalten wird, lässt sich nur schwer abschätzen. In dieser Hinsicht wird entscheidend sein, wie sich die Zusammenarbeit zwischen Microsoft und

¹⁰⁹ Siehe dazu die Informationen von Comscore unter „www.comscore.com/about/mission.asp“.

¹¹⁰ Unter „www.nielsenmedia.com“ kann man bei der Rubrik „Company & People“ Informationen über die Art und den Umfang der Datensammlung abrufen.

¹¹¹ Siehe dazu Anbieter wie Webhits, eTracker und Primawebtools.

¹¹² Quelle: Nielsen//Netratings.

¹¹³ NZZ, Microsoft will mit Yahoo Google angreifen, Artikel vom 03.02.2008, S. 35; NZZ, Flucht nach vorne, Artikel vom 02.02.2008, S. 25.

Yahoo! weiterentwickelt und wie sich diese Kooperation auf den Suchmaschinenmarkt auswirkt.

2. Marktanteile USA

In den Vereinigten Staaten von Amerika präsentiert sich die Situation auf dem Suchmaschinenmarkt ähnlich wie auf der ganzen Welt¹¹⁴. Branchenführer Google konnte seine Marktanteile innerhalb der letzten Jahre stetig vergrößern, während Yahoo! und MSN einen massiven Rückgang von Suchanfragen verbuchen mussten.

| | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 |
|--------|-------|-------|-------|-------|-------|
| Google | 34.6% | 39.8% | 46.9% | 58.6% | 62.8% |
| Yahoo! | 32% | 29.5% | 28.2% | 22.4% | 11.9% |
| MSN | 16% | 14% | 11% | 9.8% | 3.1% |

Es ist bemerkenswert zu sehen, dass es Google auch auf dem am härtesten umkämpften, amerikanischen Suchmaschinenmarkt gelingt, seine Spitzenposition zu verteidigen und kontinuierlich zu verbessern, ohne dass die Konkurrenten Microsoft und Yahoo! Marktanteile dazu gewinnen können.

3. Marktanteile Europa¹¹⁵

Auf dem europäischen Kontinent ist es schwieriger, repräsentative Statistiken zu den Marktanteilen von Suchmaschinen zu finden. Lediglich Comscore hat mehrmals statistische Umfragergebnisse zu den Marktanteilen von Suchmaschinen in Europa veröffentlicht. Daneben kann nur auf die Statistiken verschiedener IT-Unternehmen verwiesen werden, die mit Zählern die Besucherzahlen auf bestimmten Websites messen¹¹⁶. Aus der Kombination dieser Messwerte lässt sich aber durchaus die Entwicklung der letzten Jahre aufzeigen und die Veränderung der Kräfteverhältnisse veranschaulichen¹¹⁷. Allerdings sind die angegebenen Werte mit einer gewissen Vorsicht zu bewerten und sie stellen eher Annäherungswerte als exakte Richtwerte dar.

¹¹⁴ Quelle: Comscore.

¹¹⁵ Zu Europa werden in den gezeigten Statistiken folgende Länder gezählt: FR, DE, IT, ES, NL, UK, AT, CH, DK, NO, SE, BE, FN, IE, PT.

¹¹⁶ Siehe dazu Fn. 111.

¹¹⁷ Quelle: Comscore.

| | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 |
|--------|------|------|------|------|
| Google | 83% | 84% | 82% | 81% |
| Yahoo! | 2% | 2.1% | 2% | 2% |
| MSN | 2% | 2.3% | 2.1% | 1.9% |

Aufgrund der Marktanteilswerte ist klar zu erkennen, dass der europäische Markt von Google dominiert wird. Mit einem Marktanteil von über 80% beherrscht Google den Markt. Die Vormachtstellung hat eine Dimension erreicht, die der Konkurrenz nur noch Bruchstücke des Marktes übrig lässt.

Besonders in Deutschland, Frankreich und Grossbritannien hat Google die Marktanteilsgrenze von 90% erreicht und teilweise sogar überschritten¹¹⁸. Yahoo! liegt mit einem Marktanteil um die 3% an zweiter, MSN mit meist weniger als 3% an dritter Stelle. Innerhalb von Europa bilden lediglich Schweden und Norwegen eine Ausnahme, wo sich Google mit einem Marktanteil von weniger als 70% abfinden muss. Dies aber nicht wegen der starken Position von Yahoo! und MSN, sondern wegen nationalen Suchmaschinen, die Marktanteilswerte um die 10% aufweisen können.

4. Marktanteile Schweiz

In der Schweiz präsentiert sich die Situation ähnlich wie in Europa, mit einer bemerkenswerten Ausnahme. Zunächst ist festzustellen, dass auch hierzulande Google mit einem Marktanteil von über 85% den Suchmaschinenmarkt dominiert. Daneben können Yahoo! und MSN je Marktanteilswerte um die 3% für sich behaupten. Im Gegensatz zu den meisten anderen europäischen Ländern kann aber die schweizerische Suchmaschine Search.ch (www.search.ch) mit einem Marktanteil von 8% den zweiten Platz für sich behaupten und zumindest Yahoo! und MSN ernsthaft konkurrenzieren¹¹⁹.

V. Zusammenfassende Bemerkungen

Die Analyse der Marktanteile zeigt ein klares Bild und einen deutlichen Trend, auch wenn die angegebenen Werte mit einer gewissen Zurückhaltung diskutiert werden sollten. Google ist

¹¹⁸ Dazu kann auf die Statistiken von verschiedenen IT-Anbietern verwiesen werden. Siehe etwa unter „www.webhits.de“, „www.atinternet-institute.com“ oder „www.hitwise.com“.

¹¹⁹ Quelle: Comscore.

der dominante Marktführer und konnte in den letzten Jahren seine Position verstärken und Marktanteile dazu gewinnen. Die beiden schärfsten Konkurrenten von Google, Yahoo! und MSN, haben es in den vergangenen Jahren nicht geschafft, dem Branchenführer Marktanteile abzugewinnen. Sie mussten sich im Gegenteil damit zufrieden geben, ihre bisherigen Marktanteile zu verteidigen und beizubehalten. Aufgrund des grossen Erfolgs und der hohen Marktanteile auf dem Suchmaschinenmarkt ist Google innerhalb von wenigen Jahren zu einer der berühmtesten und wertvollsten Marken der Welt avanciert.

In einer letzten Bemerkung zum Suchmaschinenmarkt ist noch darauf hinzuweisen, dass sich auch Google (noch) nicht auf allen nationalen Märkten durchsetzen konnte und andere Suchmaschinenanbieter teilweise höhere Marktanteilswerte vorweisen können. So dominiert beispielsweise in China die nationale Suchmaschine Baidu¹²⁰ den Markt mit einem Marktanteil von 70%. Google kommt als Nummer zwei lediglich auf 23% und Yahoo! besitzt einen Marktanteil von 2%¹²¹. Ein ähnliches Bild präsentiert sich in Russland, wo die einheimische Suchmaschine Yandex¹²² mit einem Marktanteil von 56% an der Spitze liegt. Dahinter kommt die ebenfalls einheimische Suchmaschine Rambler¹²³ mit 16%, und erst an dritter Stelle liegt Google mit einem Marktanteil von 14%¹²⁴.

C. Geschäftsmodell von Suchmaschinen

I. Vorbemerkungen

Als die ersten Suchmaschinen des Internets gegründet wurden, hatten nur wenige der beteiligten Gründer eine Vorstellung davon, wie und in welchem Ausmass man mit dem neuen Geschäftsmodell Geld verdienen könnte. Erst nach einiger Zeit stellte sich heraus, dass Suchmaschinen geradezu prädestiniert sind, sich über Werbung zu finanzieren. Der Grund für die anfänglichen wirtschaftlichen Schwierigkeiten und die zögernde Entwicklung der Einnahmequellen bestand im noch wenig kommerzialisierten Internet. Zu Beginn war das Internet noch keine attraktive Plattform für Werbetreibende, da zu wenige Internetnutzer existierten, die das

¹²⁰ Siehe dazu: www.baidu.com.

¹²¹ Die China IntelliConsulting Corporation (CIC) veröffentlicht regelmässig Statistiken zu den Marktanteilen der Suchmaschinen in China, abrufbar unter „www.iaskchina.cn“.

¹²² Siehe dazu: www.yandex.ru.

¹²³ Siehe dazu: www.rambler.ru.

¹²⁴ Statistiken über Marktanteile von Suchmaschinen auf dem russischen Markt findet man unter „www.liveinternet.ru“.

Internet regelmässig gebrauchten, und folglich noch keine oder zu wenige potenzielle Kunden erreichbar waren. Erst der Durchbruch des Internets führte zur Wende und ermöglichte einen neuen Markt für die Werbung, welche ihre Chance sogleich wahrnahm.

Die Entwicklung der letzten Jahre zeigt deutlich, dass jedes Jahr mehr Werbegelder für Internet-Medien ausgegeben werden, während andere Medien kaum noch zulegen können und die Werbeeinnahmen in anderen Bereichen zunehmend stagnieren¹²⁵. Am meisten Geld wird immer noch für die Werbung im TV ausgegeben, gefolgt von Ausgaben für Werbung in Zeitungen. An dritter Stelle liegen die Ausgaben für Zeitschriften und Magazine. Laut den Schätzungen von ZenithOptimedia, einer der führenden Full-Service-Medienagenturen, könnten aber die Internet-Medien bereits in den nächsten Jahren deren Stelle einnehmen und auf den dritten Platz vorrücken¹²⁶.

Im Jahr 2008 wurden fast 37 Milliarden US Dollar für Werbung im Internet ausgegeben¹²⁷. Trotz Weltwirtschaftskrise steigen die Ausgaben für Werbung im Internet (und damit bei Suchmaschinen) weiter an, obwohl andere Medien mit Marktanteilseinbussen zu kämpfen haben. Der Grossteil dieser Ausgaben wird für Werbung bei Suchmaschinenbetreibern verwendet¹²⁸. Die Suchmaschinenanbieter haben daher ihr Augenmerk in den vergangenen Jahren vermehrt auf den lukrativen Online-Werbemarkt gerichtet und sich dabei konkurrenziert. Aus diesem Grund wurde auch die Übernahme von DoubleClick durch Google kritisch betrachtet. Die Kräfteverhältnisse auf dem Online-Werbemarkt präsentieren sich nach Genehmigung der

¹²⁵ ZenithOptimedia, Press Release vom 31.03.2008: Advertising boom in developing ad markets compensates for credit-crunch gloom in the West, abrufbar unter "www.zenithoptimedia.com/gff/pdf/Adspend_forecasts_March_2008.pdf".

¹²⁶ ZenithOptimedia, Press Release vom 31.03.2008: Advertising boom in developing ad markets compensates for credit-crunch gloom in the West. Insbesondere die Statistik: Share of total adspend by medium 2006-2010 (%), abrufbar unter "www.zenithoptimedia.com/gff/pdf/Adspend_forecasts_March_2008.pdf".

¹²⁷ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Entscheid der Kommission von 11.03.2008 zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen, Sache COMP/M.4731, Google/DoubleClick, S. 7; ZenithOptimedia, Press Release vom 31.03.2008: Advertising boom in developing ad markets compensates for credit-crunch gloom in the West. Insbesondere die Statistik: Global expenditure by medium in US\$ Million, abrufbar unter „www.zenithoptimedia.com/gff/pdf/Adspend_forecasts_March_2008.pdf“.

¹²⁸ IAB Internet Advertising Revenue Report, S. 3 ff.; Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Entscheid der Kommission von 11.03.2008 zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen, Sache COMP/M.4731, Google/DoubleClick, S. 10 f., insbesondere Fn. 19 f.

Übernahme durch die amerikanische und europäische Kartellrechtsbehörde wesentlich anders als vor der Akquisition. Google konnte seine Marktanteile in gewissen Bereichen der Online-Werbung stark vergrößern, da DoubleClick einer der führenden Anbieter für Online-Werbung war, ohne dass das Unternehmen gleichzeitig auf dem Suchmaschinenmarkt tätig war¹²⁹.

Auf dem US Online-Werbemarkt besitzt Google nach der Übernahme von DoubleClick nun einen Marktanteil von ungefähr 50%. Yahoo! erreicht einen Marktanteilswert von 11.4% und MSN einen Wert von 5.8%¹³⁰. Auch auf dem EWR Markt für Online-Werbung sieht die Situation ähnlich aus. Google dominiert mit knapp 70% Marktanteil den Online-Werbemarkt, Yahoo! und MSN erreichen auch hier eher marginale Marktanteilswerte¹³¹.

Nach einer Analyse dieser Werte wird auch verständlich, warum die Akquisition von DoubleClick durch Google für Kritik gesorgt hat. Dessen ungeachtet wurde die Übernahme genehmigt und der Wettbewerb auf dem Online-Werbemarkt als ausreichend und nicht beschränkt erachtet¹³².

Die kartellrechtlichen Fragen rund um die Akquisition von DoubleClick durch Google werden in der vorliegenden Arbeit zu einem späteren Zeitpunkt detailliert erörtert¹³³.

II. Werbemodelle

Suchmaschinen verdienen ihr Geld mit Werbung. Je nachdem, welche Dienstleistungen die Suchmaschinenbetreiber neben der klassischen Suchfunktion anbieten, unterscheidet sich der Anteil der Werbeeinnahmen am gesamten Einkommen. Google und Yahoo! sind im Gegensatz zu MSN reine Suchmaschinen, sie sind darum auch in einem stärkeren Masse von Wer-

¹²⁹ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Entscheid der Kommission von 11.3.2008 zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen, Sache COMP/M.4731, Google/DoubleClick, S. 31 ff., Tabellen 4-7.

¹³⁰ IDC, Press Release vom 11.2.2008, U.S. Internet Advertising grew by 27% to \$25.5 billion in 2007, According to IDC - Google Loses Market Share for First Time in Two Years; Emarketer, Press Release vom 17.10.2006, Google expected to pocket 25% of online ad revenue 2006. Die Werte veranschaulichen gut die Situation vor der DoubleClick Übernahme.

¹³¹ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Entscheid der Kommission von 11.03.2008 zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen, Sache COMP/M.4731, Google/DoubleClick, S. 31 ff., Tabellen 2-5.

¹³² Press Release FTC vom 20.12.2007: Federal Trade Commission Closes Google/DoubleClick Investigation; Press Release der Europäischen Kommission vom 11.03.2008: Fusionskontrolle: Kommission genehmigt Übernahme von DoubleClick durch Google.

¹³³ Siehe dazu: Vierter Teil, Punkt B.II.3.

beeinnahmen abhängig als MSN (zudem besitzt MSN, als Teilunternehmen von Microsoft, zusätzliche Absicherungen was die Finanzierung anbelangt). Ein Blick in die jeweiligen Jahresberichte gibt Aufschluss über die entsprechenden Einkünfte und zeigt, wie hoch der Anteil der Werbeeinnahmen am Gesamteinkommen ist.

Marktführer Google erwirtschaftet 99% seiner Einkünfte mit Werbung¹³⁴. Lediglich 1% der Gesamteinnahmen stammt aus anderen Quellen. Google hängt damit wesentlich von Werbeeinnahmen ab. Unter diesem Blickwinkel wird auch verständlich, warum die Akquisition von DoubleClick für Google wichtig war.

Für Yahoo! ergibt sich ein ähnliches Bild, wenn auch nicht ein derart extremes wie bei Google. Die Werbeeinnahmen machen 87% des Gesamteinkommens aus, immerhin 13% der Einnahmen stammen bei Yahoo! aus anderen Quellen¹³⁵.

Bei MSN zeigt sich nochmals ein anderes Bild und zwar deswegen, weil MSN keine reine Suchmaschine ist und noch weitere Produkte und Dienstleistungen neben der klassischen Suchfunktion anbietet. MSN generiert 60% der Gesamteinnahmen durch Werbung und 40% durch andere Einnahmequellen¹³⁶.

Im Folgenden soll ein Blick auf die beiden Werbemodelle geworfen werden, die von den Suchmaschinenbetreibern verwendet und angeboten werden. Im Wesentlichen kann man zwei Typen von Werbung bzw. Platzierungen derselben unterscheiden. Einerseits kann das werbe-willige Unternehmen oder der werbende Private die eigene Werbung direkt auf der Website des Suchmaschinenanbieters platzieren, andererseits besteht die Möglichkeit, die Werbung auf Websites Dritter aufzuschalten. Zurzeit generieren hauptsächlich diese beiden Werbemo-delle die Einnahmen der Suchmaschinenbetreiber.

1. Werbung auf Ergebnisseiten

Die direkte Werbung auf den Ergebnisseiten der Suchmaschinenanbieter war das erste Werbemodell auf dem Suchmaschinenmarkt und ist heute immer noch die grösste Werbeeinnahmequelle der Suchmaschinenbetreiber. Sowohl Google als auch Yahoo! und MSN benützen

¹³⁴ Die Jahresberichte der letzten Jahre und andere Informationen über die Finanzen von Google können unter „www.investor.google.com/releases.html“ nachgeschlagen werden.

¹³⁵ Die Jahresberichte von Yahoo! Inc. können unter „www.orderannualreports.com/?cp_code=YAH1“ unentgeltlich abgerufen werden.

¹³⁶ Der Jahresbericht 2008 von Microsoft kann unter „www.microsoft.com/msft/reports/ar08/10k_fh_ger.html“ abgerufen werden.

dieses Werbemodell und verwenden dabei die gleiche Technik¹³⁷. Begriffe wie „Paid-Performance“, „Keyword Advertising“ und „Sponsored Links“ kennzeichnen diese Art der Werbung¹³⁸. Im Wesentlichen geht es bei diesem Werbemodell darum, dass ein werbewilliges Unternehmen oder ein werbender Privater durch den Kauf von Schlüsselwörtern (sog. „Keywords“) eine höhere Platzierung im Werbebereich der Trefferliste erreichen kann, wenn von den Internetnutzern nach den entsprechenden Schlüsselwörtern gesucht wird¹³⁹. Die Kosten entstehen dem Unternehmen oder den Privaten aber nicht etwa durch den Kauf der Schlüsselwörter, sondern durch das Anklicken ihrer Werbung auf der Ergebnisseite der Suchmaschine.

Die Attraktivität dieses Werbemodells ist offensichtlich. Durch die Bestimmung der Schlüsselwörter kann eine zielgruppenorientierte Werbung betrieben werden¹⁴⁰. Schliesslich suchen die Internetnutzer durch die Eingabe von Schlagwörtern nach entsprechenden Informationen. Für den Werbetreibenden ergibt sich daraus eine hohe Effizienz. Denn ihre Werbung passt jeweils genau zu den Suchbegriffen des Internetnutzers, weil die von ihm bestimmten Schlüsselwörter mit den Suchbegriffen des Internetnutzers übereinstimmen. Als Folge davon erscheint die Werbung des werbewilligen Unternehmens oder deswerbenden Privaten gekennzeichnet auf der Ergebnisseite der Suchmaschine. Einen weiteren Vorteil offenbart die Handhabung der Kosten. Werbewillige Unternehmen und werbende Private bezahlen erst dann, wenn ein Internetnutzer auch tatsächlich ihre Werbung anklickt¹⁴¹. Dieses, konsequenterweise „Preis-Pro-Klick“ (Cost-Per-Click; CPC) genannte Preismodell, generiert dem Werbenden also nur „berechtigte“ Kosten¹⁴². Des Weiteren zeigen sich die Suchmaschinenanbieter bei den verschiedenen Ausgestaltungsmöglichkeiten dieses Werbemodells flexibel. So kann das werbende Unternehmen beispielsweise ein nicht zu überschreitendes Monatsbudget für seine Werbekosten festlegen oder es kann die Werbung auf geographische Gebiete beschränken, so

¹³⁷ Google verwendet für dieses Werbemodell den Namen Google „AdWords“. Auf der Homepage von Google können unter „www.adwords.google.com“ alle relevanten Informationen zu diesem Thema abgerufen werden. Bei Yahoo! und MSN werden die gleichen Werbemodelle angeboten und die entsprechenden Informationen finden sich jeweils unter „www.searchmarketing.yahoo.com“ und „www.advertising.microsoft.com“. Auch wenn Google als einziges Unternehmen einen eigenen Namen für dieses Werbemodell entwickelt hat, handelt es sich bei allen Anbietern um dieselbe Art von Werbung.

¹³⁸ VAN COUVERING, *The Economy of Navigation: Search Engines, Search Optimisation and Search Results*, S. 105 ff.

¹³⁹ VAN EIJK, S. 4; THIELE, S. 454 f.

¹⁴⁰ THIELE, S. 456; HÜSCH, S. 357.

¹⁴¹ HÜSCH, S. 357.

¹⁴² VAN EIJK, S. 4.

dass die Werbung z.B. nur auf Computern im Raum London aufgeschaltet wird und nur für die entsprechenden Internetnutzer sichtbar ist¹⁴³.

Die Vorteile dieses Werbemodells liegen zweifellos in der Effizienz einer gezielten Werbung und in der verhältnismässig einfachen Kostenkontrolle. Zusätzlich ist sicherlich auch die Einfachheit des ganzen Modells zu würdigen, da jedes werbewillige Unternehmen und jeder werbende Private innerhalb von wenigen Minuten ohne grossen Aufwand seine eigene Werbung erstellen und aktivieren kann.

2. Werbung auf Websites Dritter

Die professionelle Werbung auf Websites Dritter wird nur von Google in grossem Stil angeboten und unter dem Namen „AdSense“ vermarktet¹⁴⁴. Bei Yahoo! befindet sich das sogenannte „Yahoo! Publisher Network“ immer noch in der Testphase (Beta Version), und Microsoft bietet lediglich auf wenigen Partnerwebsites die Möglichkeit zur eigenen Werbevermarktung an¹⁴⁵. Im Wesentlichen geht es bei diesem Werbemodell darum, dass Websitebetreiber auf ihrer eigenen Website Werbung von Dritten zulassen und damit Geld verdienen können. Die Auswahl und Aufschaltung der Werbung wird dabei vom Suchmaschinenbetreiber gesteuert, der darauf achtet, dass zwischen Werbung und Website ein inhaltlicher Zusammenhang besteht. Bei Google stehen zwei Varianten dieses Modells zur Verfügung. Mit „AdSense for Search“ wird Werbung in Abhängigkeit von Suchanfragen auf Websites Dritter ermöglicht, und mit „AdSense for Content“ richtet sich die Auswahl der Werbung nach dem Inhalt auf den Websites Dritter¹⁴⁶. Der Websitebetreiber, der die Werbung von Dritten auf seiner Homepage zulässt, ist zusammen mit Google an den Werbeeinnahmen beteiligt¹⁴⁷. Die Kosten trägt allein das werbende Unternehmen, das auch bei diesem Modell erst dann bezahlen muss, wenn die Werbung auch tatsächlich angeklickt wird (Preis-Pro-Klick Verfahren).

¹⁴³ Siehe dazu die Informationen unter „www.adwords.google.com“.

¹⁴⁴ Das Werbeprogramm und alle relevanten Informationen dazu findet man unter „www.google/adsense.com“.

¹⁴⁵ Unter „www.publisher.yahoo.com“ wird das Werbeprogramm von Yahoo! genauer vorgestellt. Microsoft bietet unter „www.advertising.microsoft.com/ad-opportunities“ seine Werbemodelle an. Dabei zeigt sich, dass kein Programm zur Erstellung von Werbung auf Websites Dritter zur Verfügung steht (ausser auf den erwähnten Partnerwebseiten).

¹⁴⁶ VAN EIJK, S. 4.

¹⁴⁷ Siehe dazu die Informationen unter „www.google/adsense.com“.

Die Attraktivität dieses Modells liegt darin, dass praktisch alle Beteiligten davon profitieren. Für das werbende Unternehmen ist die Möglichkeit der Platzierung der Werbung auf Websites Dritter grundsätzlich attraktiv, da die Werbung über einen zusätzlichen Kanal aufgeschaltet werden kann. Zusätzlich übernimmt der Suchmaschinenbetreiber die ganze Arbeit für das werbende Unternehmen, da die Suchmaschine mit fremden Websitebetreibern die Verhandlungen führt und die Platzierung der Werbung auf den entsprechenden Sites übernimmt. Für die Websitebetreiber ergibt sich, trotz konkurrierender Werbung auf der eigenen Site, eine kostenlose zusätzliche Einnahmequelle, für die sie nichts weiter zu tun brauchen, als ein wenig Platz auf der eigenen Website zur Verfügung zu stellen. Letztendlich kann auch der Suchmaschinenanbieter profitieren, indem er sowohl Werbeeinnahmen generiert, als auch auf Websites Dritter, zumindest in Kleinformat, vertreten ist und sich stetig neue Geschäftsbeziehungen erarbeitet.

Auch bei diesem Werbemodell ergeben sich die Vorteile der gezielten Werbung, der einfachen und schnellen Handhabung des Werbeprogramms, der garantierten Kostenkontrolle und des Einbeziehens von fremden Websitebetreibern. Dank dieser Eigenschaften ist die Werbung auf Websites Dritter ein erfolgreiches Werbemodell.

3. Spezialfall MSN: Display-Werbung

MSN ist keine reine Suchmaschine und unterscheidet sich darin von Google und Yahoo!. Der Unterschied zeigt sich deutlich bei einem Besuch der verschiedenen Startseiten. Bei Google erscheint die Startseite in einfachem, klarem Design, die gänzlich ohne Werbung auskommt. Die Startseite von Yahoo! ist hingegen mit mehreren Anzeigenfenstern ausgestaltet, da sie neben der klassischen Suchfunktion noch für weitere Dienstleistungen von Yahoo! wirbt. Die Gemeinsamkeit von Google und Yahoo! liegt aber darin, dass beide Suchmaschinenanbieter keine Anzeigen von fremden Werbeanbietern auf ihrer Startseite aufschalten und Werbedienstleistungen für Dritte nur in Zusammenhang mit der eigentlichen Suche anbieten.

Im Gegensatz dazu finden sich auf der Startseite von MSN gleich mehrere Werbeanzeigen in Bildschirm-Kleinformat. MSN ermöglicht werbenden Unternehmen die Aufschaltung ihrer Anzeigen in Form von Display-Werbung und unterscheidet sich darin von den reinen Suchmaschinen, die diese Art der Werbung nicht bzw. nur in Zusammenhang mit der eigentlichen Suche anbieten¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Siehe dazu die Informationen unter „www.advertinsing.microsoft.com“.

Es bleibt anzumerken, dass bei der von Microsoft lancierten Suchmaschine „Live Search“, die als reine Suchmaschine ausschliesslich die Suchfunktion anbietet, keine Werbung irgendwelcher Art auf der Startseite zu finden ist¹⁴⁹.

III. Weitere Einnahmequellen

Wie bereits erwähnt wurde, haben die Werbeeinnahmen je nach Suchmaschinenbetreiber einen unterschiedlich grossen Anteil an den Gesamteinnahmen¹⁵⁰. Die weiteren Einnahmequellen von Google, Yahoo! und MSN unterscheiden sich in Umfang und Art deutlich voneinander.

1. Google

Google erwirtschaftet die zusätzlichen Einnahmen vorwiegend durch den Verkauf seiner Suchlizenz an andere Websitebetreiber, die Google auf ihren Sites platzieren und als Suchmaschine den Internetnutzern zur Verfügung stellen¹⁵¹. Dies können Websitebetreiber sein, die nichts mit der eigentlichen Suche im Internet zu tun haben (wie z. B. das deutsche Telekommunikationsunternehmen T-Online), oder aber Suchmaschinen, die mit der Google-Technologie suchen wollen (wie z. B. der Suchmaschinenanbieter AOL¹⁵²).

Eine weitere, aber eher unbedeutende Einnahmequelle stellt der Verkauf von Nutzungsrechten an der Index-Datenbank dar. Diese Einnahmen sind für Google eher marginal und stellen zusammen mit den Einkünften aus Grundstücksverkäufen oder Zins- und Börsengewinnen unwesentliche Einnahmequellen dar¹⁵³.

2. Yahoo!

Yahoo! generiert ebenfalls weitere Einnahmen durch den Verkauf der Nutzungsrechte an seiner Index-Datenbank¹⁵⁴. Zusätzlich bietet Yahoo! in einer Partnerschaft mit AT&T¹⁵⁵ den Zu-

¹⁴⁹ Siehe dazu: www.live.com.

¹⁵⁰ Siehe dazu: Erster Teil, Punkt C. III.

¹⁵¹ Siehe dazu die Seite von T-Online unter „www.t-online.de“.

¹⁵² Siehe dazu die Seite von AOL unter „www.aol.de“.

¹⁵³ Jahresbericht 2007 von Google Inc., veröffentlicht am 31.01.2008 unter „www.investor.google.com/order.html“.

¹⁵⁴ Siehe dazu den Jahresbericht 2007 von Yahoo! Inc.

¹⁵⁵ AT&T ist das grösste Telekommunikationsunternehmen der Welt (gemessen an den Einnahmen). Das amerikanische Unternehmen gehört zu den fünfzig beliebtesten Unternehmen der Welt (Fortune: 50 World's Most Admired Companies).

gang zum Internet an¹⁵⁶. Obwohl Yahoo! in der Telekommunikationsbranche nur eine unbedeutende Rolle spielt, stellt die Partnerschaft mit dem Branchenleader AT&T eine wichtige Zusammenarbeit dar. Sie ermöglicht Yahoo! eine weitere Einnahmequelle im Bereich des Internetzugangs, der durch den Verkauf von Broadband- oder Dial-Up-Verbindungen ermöglicht wird¹⁵⁷.

3. MSN

MSN unterscheidet sich wesentlich von Google und Yahoo!, sowohl bei den Einnahmequellen als auch beim Angebot der Dienstleistungen. Da MSN neben der eigentlichen Suche eine grosse Palette an zusätzlichen Dienstleistungen anbietet, erstaunt es kaum, dass sich auch bei den Einnahmen ein mannigfaltiges Bild zeigt. Neben der Werbung erwirtschaftet MSN fast 40% der Gesamteinnahmen durch kostenpflichtige Angebote¹⁵⁸. Zu diesen Dienstleistungen gehören z.B. der Musik-Download, die Partnersuche oder der Internetzugang¹⁵⁹. MSN kann sich daher auf verschiedene Einnahmequellen stützen und sich zusätzlich der Unterstützung durch die Microsoft Corporation gewiss sein.

Hier bleibt lediglich anzumerken, dass die Einnahmen von MSN ca. 5% der Gesamteinnahmen von Microsoft ausmachen. Die neu lancierte Suchmaschine Live Search von Microsoft erwirtschaftet ihre Einnahmen derzeit fast ausschliesslich über die Werbung¹⁶⁰.

IV. Rechtsfragen rund um die Geschäftstätigkeit

In der Vergangenheit haben gewisse Methoden rund um die Geschäftstätigkeit der Suchmaschinen für Kritik gesorgt. Sowohl Internetnutzer als auch Websitebetreiber haben sich immer wieder mittels Klagen und Beschwerden bemerkbar gemacht und versucht, verschiedenen Geschäftspraktiken der Suchmaschinenbetreiber Grenzen zu setzen¹⁶¹. In diesem Zusammenhang sollen nun die Problembereiche kurz erläutert werden. Es bleibt darauf hinzuweisen,

¹⁵⁶ VAN COUVERING, *The Economy of Navigation: Search Engines, Search Optimisation and Search Results*, S. 105 ff.

¹⁵⁷ Siehe dazu: www.sbc.yahoo.com.

¹⁵⁸ Der Jahresbericht 2008 von Microsoft kann unter „www.microsoft.com/msft/reports/ar08/10k_fh_ger.html“ abgerufen werden.

¹⁵⁹ Siehe dazu die Angebote unter „www.msn.com“.

¹⁶⁰ Der Jahresbericht 2008 von Microsoft kann unter: „www.microsoft.com/msft/reports/ar08/10k_fh_ger.html“ abgerufen werden.

¹⁶¹ Unter „www.suchmaschinen-und-recht.de“ finden sich diverse Urteile zum Themenbereich Suchmaschinen und Recht.

dass sich die hier gestellten Fragen vor allem auf das Marken-, Lauterkeits-, Urheber- und Datenschutzrecht beziehen, und eine enge Verbindung zu der Geschäftstätigkeit der Suchmaschinenbetreiber, insbesondere den Werbemodellen, besteht.

1. Markenschutz und „Keyword Advertising“

Ein Grossteil der Einnahmen erzielen die Suchmaschinenbetreiber durch das sogenannte „Keyword Advertising“¹⁶². Wie bereits vorstehend erwähnt wurde, funktioniert dieses Werbemodell durch den Kauf von Schlüsselwörtern, die eine Einblendung der Werbung bei Eingabe gleicher oder ähnlicher Suchbegriffe in die Suchmaske ermöglichen¹⁶³. In den vergangenen Jahren mussten sich die Gerichte vor allem mit der Problematik des Markenschutzes und der Haftung im Zusammenhang mit diesem Werbemodell befassen. Die zentralen Fragen dabei bilden die Zulässigkeit der Verwendung eines Markennamens von einem Dritten als Schlüsselwort und die damit verbundene Haftung bei einem rechtswidrigen Gebrauch der Marke¹⁶⁴.

Nicht nur bezüglich der Verwendung fremder Kennzeichen bzw. Marken als Schlüsselwörter, sondern auch im Bereich der Haftung der Suchmaschinen für Rechtsverletzungen ihrer Kunden gibt es unterschiedliche Standpunkte¹⁶⁵. Ohne näher auf die verschiedenen Urteile einzugehen, kann dennoch festgehalten werden, dass sich noch keine einheitliche Praxis durchsetzen konnte. Der Bundesgerichtshof hat die Frage nach der Rechtsverletzung bei Verwendung einer fremden Markenbezeichnung als „Keyword“ zu dem Zweck, dass die eigene Werbung bei einer Suche nach der fremden Marke in der von den Suchergebnissen abgetrennten Anzeigenspalte erscheint, dem Europäischen Gerichtshof zur Entscheidung vorgelegt¹⁶⁶.

Die aktuellsten Urteile lassen die Vermutung zu, dass eine Haftung des Suchmaschinenbetreibers, wenn überhaupt, erst ab Kenntnis der Rechtsverletzung in Frage kommt und der Suchmaschinenbetreiber für die Entfernung der markenrechtlich geschützten Begriffe innerhalb

¹⁶² HÜSCH, S. 357.

¹⁶³ Siehe dazu oben: Punkt C. II.

¹⁶⁴ HÜSCH, S. 357.

¹⁶⁵ Vgl. die Urteile vom Oberlandesgericht Jena, Urteil v. 27.02.2008 - Az.: 2 U 319/07, in MMR 06/2008, S. 408 ff.; Oberlandesgericht Hamburg, Urteil v. 22.05.2007 - Az.: 7 U 137/06, in MMR 09/2007, S. 601 ff.; Landgericht Erfurt, Urteil v. 15.03.2007 - Az.: 3 O 1108/05, in MMR 06/2007, S. 393 ff.

¹⁶⁶ Bundesgerichtshof, Beschluss v. 22.01.2009 - Az.: I ZR 125/07, in GRUR 5/2009, S. 498 ff.

von Werbeanzeigen Sorge zu tragen hat, wenn der Markenrechtinhaber auf die unrechtmässige Verwendung hinweist¹⁶⁷.

2. Lauterkeitsrecht und „Sponsored Links“

Die rechtliche Diskussion über die „Sponsored Links“ bei Suchmaschinen hatte im Jahr 2002 ihren Höhepunkt erreicht und ist heute weitgehend geklärt¹⁶⁸. Die amerikanische Kartellbehörde veröffentlichte am 27. Juni 2002 eine Empfehlung an alle Suchmaschinenbetreiber bezüglich der Handhabung von Werbung in den Trefferlisten. Die Suchmaschinenbetreiber wurden darin aufgefordert, Werbung, insbesondere „Sponsored Links“ und „Paid Inclusions“, klar zu kennzeichnen und als solche in der Trefferliste hervorzuheben¹⁶⁹. Dies, nachdem Konsumentenschützer richtigerweise auf die Gefahr einer Irreführung hingewiesen hatten, da es für den Internetnutzer nicht möglich ist zu erkennen, welche Sites gesponserte Werbung darstellen und welche nicht.

Gegenwärtig sind in den Trefferlisten aller Suchmaschinen die gesponserten Anzeigen, d.h. die Werbeanzeigen, klar als solche gekennzeichnet und durch einen leicht schattierten Hintergrund hervorgehoben. Für den Internetnutzer ist daher ohne weiteres erkennbar, welche Sites gesponserte Werbung darstellen und welche Sites keine bezahlten Hyperlinks sind. Lauterkeitsrechtliche Bedenken sind in dieser Hinsicht weitgehend geklärt und geregelt worden, so dass dieser Bereich stark an Bedeutung verloren hat¹⁷⁰.

3. Urheberrecht

Was Rechtsfragen rund um das Internet anbelangt, so stellt zweifellos das Urheberrecht die grösste Herausforderung für die Legislative und die Judikative dar. Kein anderes Medium ermöglicht es mit vergleichbarer Leichtigkeit, geschützte Inhalte zu kopieren und zu vervielfältigen¹⁷¹. Inhalte jeglicher Art werden von Internetnutzern legal und illegal aus dem Internet

¹⁶⁷ Bundesgerichtshof, Urteil v. 22.01.2009 - Az.: I ZR 30/07, in GRUR 5/2009, S. 500 ff.; Landgericht Braunschweig, Urteil v. 23.04.2008 - Az.: 9 O 371/08 (44), in CR 2008, S. 734 ff.; Landgericht Braunschweig, Urteil v. 01.04.2008 - Az.: 9 O 368/08 (41), in MIR 5/2008.

¹⁶⁸ HOEREN/SIEBER, Rn. 132 ff.; NZZ, Google & Co. entdecken das Dorf. Internet-Suchmaschinen fokussieren auf lokale Inhalte, Artikel vom 07.05.2004, S. 61.

¹⁶⁹ FTC, Guide to Paid Placement Search Engine Ads, 27.06.2002.

¹⁷⁰ GASSER/THURMAN, Themen und Herausforderungen der Regulierung von Suchmaschinen, S. 44 ff.

¹⁷¹ Vielfach ist in diesem Zusammenhang vom „Copy & Paste“ Syndrom die Rede. Der Ausdruck symbolisiert die Einfachheit einer Kopieerstellung durch den Computer (und gleichnamigen Befehl per Knopfdruck auf der Tastatur).

kopiert und verwendet¹⁷². In diesem Zusammenhang spielen auch die Suchmaschinen eine zentrale Rolle. Meistens werden erst durch ihre Suchdienste die urheberrechtlich geschützten Informationen geliefert, die dann vom Internetnutzer zu Unrecht kopiert, weiterverwendet oder vervielfältigt werden¹⁷³. Da die Suchmaschinen im Normalfall lediglich den Hyperlink zu den entsprechenden Websites liefern, ohne deren Inhalt in irgendeiner Form selbst zu verwenden oder zu kopieren, stellt dieses Verhalten seitens der Suchmaschinenbetreiber normalerweise noch keinen Verstoß gegen das Urheberrecht dar¹⁷⁴.

Heutzutage gehen die Angebote einer Suchmaschine aber weit über das einfache Anzeigen der Hyperlinks in der Trefferliste hinaus. So bietet jede grössere Suchmaschine eine spezielle Bildersuche an, um nach Fotos, Grafiken oder anderen Bildern zu suchen. Zusätzlich lancierte der Marktführer Google im September 2002 mit „Google News“ ein Programm für die gezielte Suche nach Nachrichten (auch Yahoo! und MSN bieten mittlerweile diesen Dienst an) und wartete im Dezember 2003 mit der Ankündigung von „Google Books“ auf, wonach ganze Bücherbestände im Internet aufgeschaltet werden sollen¹⁷⁵.

Nach mehrjährigen Verhandlungen mit Nachrichtenagenturen, Autorentgewerkschaften und Verlegern konnte Google in beiden Fällen durch einen Vergleich die Beilegung der urheber-

¹⁷² OTT, Haftung für verlinkte urheberrechtswidrige Inhalte in Deutschland, Österreich und den USA, GRUR Int. 2007, S. 14 ff.

¹⁷³ MAURER geht ausführlich auf die Problematik einer Suchmaschine wie Google für die Gesellschaft und die Wissenschaft ein. Insbesondere die dominante Stellung von Google, dessen Verhalten und die Folgen für unsere Wahrnehmung und Informationsbeschaffung werden genau untersucht. Des Weiteren findet man immer wieder den Begriff des „Google Copy Paste Syndroms“, den MAURER im Zusammenhang mit dem Urheberrecht gebraucht.

¹⁷⁴ GASSER/THURMAN, Themen und Herausforderungen der Regulierung von Suchmaschinen, S. 44 ff., weisen richtigerweise auf die Verantwortung der Suchmaschinenbetreiber in Bezug auf die Linksetzung hin. Ein erster Erfolg stellt in diesem Zusammenhang die „Freiwillige Selbstkontrolle Multimedia-Diensteanbieter“ (FSM 2004) dar, bei welcher Suchmaschinen illegale und jugendgefährdende Websites aus dem Index löschen und die entsprechenden Hyperlinks nicht mehr in der Trefferliste anzeigen. Siehe dazu auch: OTT, Haftung für verlinkte urheberrechtswidrige Inhalte in Deutschland, Österreich und den USA, S. 14 ff.; OTT, Die Haftung von YouTube für urheberrechtsverletzende Uploads seiner Nutzer nach US-amerikanischem Recht, GRUR Int. 2008, S. 563 ff.; ERNST, Urheberrechtliche Probleme bei Suchmaschinen in der deutschen Rechtsprechung, S. 1 ff.; OTT, Bildersuchmaschinen und Urheberrecht, S. 345-353.

¹⁷⁵ Siehe dazu die Informationen unter „www.google.com/corporate/history.html“; NZZ, Bücher ins Netz, Artikel vom 09.06.2007, S. 50; NZZ, Google serviert Klassiker, Artikel vom 03.09.2006, S. 70.

rechtlichen Streitigkeiten erreichen¹⁷⁶. Allerdings ist Google wegen seines Vergleichs mit der Buchbranche ins Visier der amerikanischen Kartellbehörden geraten, und das Justizministerium hat eine kartellrechtliche Untersuchung des Vergleichs eingeleitet¹⁷⁷. Zwei Wochen vor der entsprechenden Verhandlung beim zuständigen Gericht in den USA, wo die finale Anhörung über das Google Book Settlement stattfinden sollte, haben die Autoren- und Verlegerverbände im Einverständnis mit Google das Settlement zurückgezogen¹⁷⁸. Aufgrund der vielen Einsprachen, die im Zusammenhang mit dem Vergleich eingegangen sind, haben die beteiligten Parteien beschlossen, das Settlement zu überarbeiten. Es bleibt nun abzuwarten, wann die Autoren- und Verlegerverbände zusammen mit Google eine überarbeitete Version des Vergleiches einreichen werden, mit dem sie sich bessere Chancen auf eine Genehmigung erhoffen.

4. Datenschutz, Transparenz und Inhaltskontrolle

An dieser Stelle werden drei weitere Bereiche erläutert, die im Zusammenhang mit Suchmaschinen regelmässig zu unterschiedlichen Standpunkten und Meinungen führen. Es handelt sich hier aber nicht unbedingt um rechtliche Problemfelder (oder zumindest noch nicht), sondern eher um Fragen des ethischen Verhaltens von Suchmaschinenbetreibern.

a) Datenschutz

Schon mehrmals ist das Thema des Datenschutzes in den Fokus der Kritiker geraten, die eine unrechtmässige und gefährliche Anhäufung von persönlichen Informationen bei Suchmaschinenbetreibern vermuten¹⁷⁹. Allgemein bekannt und von den Suchmaschinenanbietern bestätigt, ist die Tatsache, dass persönliche Daten, insbesondere die Suchhistorie von Internetnutzern, über eine längere Zeit gespeichert werden (konkret wird das Suchverhalten von IP-Adressen gespeichert; damit weiss der Suchmaschinenanbieter allerdings noch nicht, welche und wie viele Internetnutzer diese IP-Adresse benutzen¹⁸⁰)¹⁸¹. Die daraus entstehenden Miss-

¹⁷⁶ CSILLAG, S. 23 ff.; NZZ, Google schließt Abkommen mit Nachrichtenagenturen, Artikel vom 18.03.2009, S. 25.

¹⁷⁷ F.A.Z., Google im Visier der Kartellwächter, Artikel vom 30.04.2009, S. 16.

¹⁷⁸ NZZ, Nur vertagt, nicht beerdigt, Artikel vom 25.09.2009, S. 49.

¹⁷⁹ OTT, Das Internet vergisst nicht, MMR 2009, S. 158 ff.; NZZ, Sorglose Datenlieferanten, Artikel vom 27.05.2008, S. 62.

¹⁸⁰ KELLER, S. 1 f.

brauchsmöglichkeiten bilden den Anlass der gegenwärtigen Diskussionen. Es geht vor allem um die Frage, was mit diesen Daten geschieht oder bei gezielter Verwendung derselben geschehen könnte. So wird etwa befürchtet, die Daten könnten im Rahmen einer behördlichen Offenlegungspflicht Drittpersonen zugänglich gemacht werden, der Suchmaschinenbetreiber könnte die Daten für Marketing- und Werbezwecke gebrauchen oder Dritte könnten sich auf illegale Weise diese persönlichen Daten beschaffen¹⁸². Von Seiten der Suchmaschinenanbieter wird immer wieder betont, dass die persönlichen Daten nicht weitergegeben und sehr gut geschützt werden. Als Grund für die Abspeicherung wird die Optimierung des Suchalgorithmus genannt, die zu einer Verbesserung der Suchmaschine führen soll¹⁸³. So arbeiten die Suchmaschinenbetreiber darauf hin, dass jeder Internetnutzer, dank der Auswertung von persönlichen Daten, die auf ihn zugeschnittene Werbung und die für ihn passenden Suchresultate erhält¹⁸⁴.

Die Ambitionen der Suchmaschinenbetreiber sind in dieser Hinsicht relativ hoch gesteckt und die Zukunft wird zeigen, inwiefern sich diese Ziele erreichen lassen oder nicht. Bis zum jetzigen Zeitpunkt sind noch keine Verstöße gegen Datenschutzrichtlinien seitens der Suchmaschinenbetreiber bekannt geworden. Zudem sind viele Internetnutzer an einer Personalisierung und Individualisierung der Suchmaschinen interessiert, da sie sich davon bessere Leistungen und genauere Suchresultate erhoffen. Derzeit kann jeder Internetnutzer selbständig entscheiden, wie viele persönliche Informationen er preisgeben will und in welchem Masse er seine Anonymität schützen möchte.

Im Allgemeinen verleiten fast alle Internetanbieter die Internetnutzer zur Preisgabe von persönlichen Informationen. Sie versuchen die Internetnutzer zur Angabe derselben zu überreden, da die Mehrheit der Websitebetreiber an solchen Daten interessiert ist. Allerdings verpflichten Suchmaschinen noch nicht zur Preisgabe persönlicher Daten und es wird lediglich eine Suchspur der IP-Adresse wird abgespeichert. Darüber, ob bereits das Abspeichern der Suchspur mit zugehöriger IP-Adresse unzulässig ist, gibt es unter Datenschützern unter-

¹⁸¹ NZZ, Google pocht auf Schutz der Privatsphäre. Aufklärung über Speicherung persönlicher Daten im Internet, Artikel vom 16.03.2007, S. 66; NZZ, Google will Daten nicht löschen, Artikel vom 13.04.2008, S. 93.

¹⁸² GASSER/THURMAN, Themen und Herausforderungen der Regulierung von Suchmaschinen, S. 44 ff.; WEICHERT, S. 188 ff.

¹⁸³ BAGER, S. 168 f.

¹⁸⁴ Dazu LARRY PAGE, Mitbegründer von Google: "Die perfekte Suchmaschine würde genau erkennen, was der Nutzer meint, und genau die Ergebnisse ausgeben, die er sich wünscht"; BIERMANN/HAMANN, Google kennt dich besser als du denkst, Artikel vom 13.03.2008 bei Zeit Online.

schiedliche Standpunkte. Es geht im Wesentlichen um die Frage, ob bereits die IP-Adressen als personenbezogene Daten anzusehen sind oder nicht¹⁸⁵.

b) Transparenz

In engem Zusammenhang mit den Fragen rund um den Datenschutz steht die Diskussion über die (mangelnde) Transparenz der Suchmaschinenbetreiber. Auch wenn die Funktionsweise und der technische Hintergrund von Suchmaschinen weitgehend bekannt sind, wünschen sich viele Internetnutzer (und Konkurrenten) mehr Informationen über die internen Abläufe und eine Offenlegung derselben.

Das Verlangen nach mehr Transparenz gründet vor allem in einem Misstrauen und einer latenten Angst, die Suchmaschinenbetreiber könnten ihre Trefferlisten manipulieren oder Nutzerdaten missbrauchen. Es wird befürchtet, dass Suchmaschinen die Trefferlisten beeinflussen, und diese im Endeffekt nicht objektive Suchresultate repräsentieren, oder dass Nutzerdaten insgeheim zu Werbe- oder gar Spionagezwecken missbraucht werden¹⁸⁶. Die Suchmaschinen kontern diese Argumente in der Regel damit, dass im Falle einer Manipulation die Internetnutzer sehr schnell den Suchmaschinenanbieter wechseln würden, da sie nur mit Suchmaschinen suchen wollen, denen sie vertrauen und die ihrer Meinung nach objektive Suchresultate liefern. Des Weiteren berufen sich die Suchmaschinenbetreiber auf den Schutz der Geschäftsgeheimnisse, die sie bei zu hohen Transparenzanforderungen gefährdet sehen¹⁸⁷.

c) Inhaltskontrolle

Ein weiterer Diskussionspunkt betrifft die Verantwortung der Suchmaschinen für rechtswidrige oder gefährliche Inhalte, die von Internetnutzern gesucht und deren Hyperlinks von Suchmaschinen gefunden und geliefert werden. Lange Zeit verstanden sich die Suchmaschinenbetreiber lediglich als Informationsvermittler im Internet und beriefen sich dabei auf ihre ausschliesslich vermittelnde Suchfunktion ohne Verantwortung für die jeweiligen Inhalte der gelieferten Informationen. Die Suchmaschinenbetreiber versuchten dadurch, die Verantwortung

¹⁸⁵ MEYERDIERKS, S. 8 ff.; BAGER, S. 168 f.; SURY, S. 1 ff.

¹⁸⁶ KÜHLING/GAUSS, Suchmaschinen – eine Gefahr für den Informationszugang und die Informationsvielfalt?, S. 883 ff.; NZZ, Statistik als Knetmasse. Googles Zeitgeist und andere weiche Fakten, Artikel vom 05.01.2007, S. 9; NZZ, Google - in zartem Alter schon ein Branchenriese in der Cyberwelt, Artikel vom 09.07.2006, S. 59.

¹⁸⁷ Der Eintrag von RACHEL GARB wurde am 30.07.2008 in den Google Blog eingetragen und kann unter „www.googleblog.blogspot.com/2008/07/more-transparency-in-customized-search.html“ nachgeschlagen werden.

für die Inhalte abzuwehren und allfällige Haftungsansprüche auszuschliessen. Es hat sich aber gezeigt, dass diese Haltung weder vertretbar noch angemessen ist und auch eine Suchmaschine zu mehr verpflichtet ist, als lediglich Suchresultate zu liefern.

Die Suchmaschinenbetreiber signalisieren seit einigen Jahren die Bereitschaft, bei der Löschung oder Sperrung von Websites mit illegalem Inhalt mitzuwirken und Verantwortung zu übernehmen¹⁸⁸. Ein erster Schritt in diese Richtung wurde im Februar 2005 mit der „Freiwilligen Selbstkontrolle Multimedia-Diensteanbieter“ (FSM) gemacht¹⁸⁹. Das in Deutschland initiierte Projekt konnte die bekanntesten deutschen Suchmaschinenanbieter zu einem freiwilligen Verhaltenssubkodex motivieren¹⁹⁰. Im Rahmen dieses freiwilligen Engagements verpflichten sich die Suchmaschinenanbieter zu einem besseren Schutz der Internetnutzer: „Ziel des Verhaltenssubkodex der Suchmaschinenanbieter ist es, den Verbraucherschutz sowie den Kinder- und Jugendschutz bei der Nutzung von Suchmaschinen in Deutschland zu verbessern“¹⁹¹. Der Verhaltenssubkodex ist in Bezug auf die meisten Verhaltensregeln offen gehalten und verzichtet oftmals auf eine präzise Ausformulierung derselben. Lediglich im Zusammenhang mit der Löschung von Websites mit illegalem Inhalt werden mehrere Tatbestände des deutschen Strafgesetzbuches und des Jugendmedienschutz-Staatsvertrages explizit erwähnt¹⁹². In diesem Zusammenhang arbeiten die Suchmaschinenanbieter mit der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien (BPjM) zusammen und löschen diejenigen Websites aus dem Index, die von der BPjM als jugendgefährdend eingestuft werden¹⁹³. Dabei wird durch ein technisches Verfahren sichergestellt, dass Websites, die von der BPjM auf den Index jugendgefährdender Medien gesetzt wurden, in den Trefferlisten der Suchmaschinen nicht mehr angezeigt werden. Ob ein Inhalt jugendgefährdend ist und aus den Ergebnislisten gelöscht werden sollte, entscheiden nicht die einzelnen Suchmaschinenbetreiber. Stattdessen wird die

¹⁸⁸ GASSER/THURMAN, Themen und Herausforderungen der Regulierung von Suchmaschinen, S. 44 ff.

¹⁸⁹ Die Freiwillige Selbstkontrolle Multimedia-Diensteanbieter (FSM) ist ein Verein, der 1997 von zahlreichen Verbänden und Unternehmen der Online-Wirtschaft gegründet wurde.

¹⁹⁰ Siehe die Liste aller Mitglieder unter „www.fsm.de/de/Selbstkontrolle_Suchmaschinen“.

¹⁹¹ Verhaltenssubkodex für Suchmaschinenanbieter der FSM, Stand am 21.12.2004, abrufbar unter „www.fsm.de/de/Subkodex_Suchmaschinenanbieter“.

¹⁹² Siehe dazu die Informationen unter „www.fsm.de/de/Subkodex_Suchmaschinenanbieter“. Die relevanten strafrechtlichen Tatbestände werden im zweiten Paragraphen genau erwähnt.

¹⁹³ Auf der Homepage der BPjM finden sich genaue Angaben zur Vorgehensweise. Siehe dazu auch das BPjM- Modul mit detaillierten Einzelheiten. Die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien ist eine selbstständige Bundesoberbehörde. Sie ist dem Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) nachgeordnet

Entscheidung zur Löschung von Websites, die gegen deutsches Recht verstossen, mit der BPjM durch eine legitimierte Instanz in einem transparenten, rechtsstaatlichen Verfahren getroffen und vollzogen.

Die Initiative der FSM versucht die Suchmaschinenanbieter durch einen Verhaltenssubkodex auch in anderen Gebieten zur aktiven Mitarbeit zu verpflichten (allerdings auf freiwilliger Basis). So erklären sich die Suchmaschinen im Rahmen der FSM bereit, im Bereich der Datensammlung sparsam zu sein, mehr zur Aufklärung über die Funktionsweise von Suchmaschinen beizutragen und eine transparentere Haltung bei den Trefferlisten einzunehmen. Bei Verstössen gegen den Verhaltenssubkodex sind Sanktionen vorgesehen, die sowohl zu einer Vereinsstrafe als auch zu einem Vereinsausschluss der betroffenen Suchmaschine führen können. Auch wenn diese Vereinbarungen lediglich auf freiwilliger Basis zustande gekommen sind und die Suchmaschinen keinesfalls verbindlich in die Pflicht genommen werden, zeigen sie doch deren Bereitschaft zum Dialog und den Willen, konstruktive Lösungen zu erarbeiten. Es bleibt zu hoffen, dass die Suchmaschinenanbieter Anstrengungen dieser Art auch weiterhin unterstützen werden.

5. Zusammenfassende Bemerkungen

Der Überblick soll verdeutlichen, welche Rechtsfragen sich im Zusammenhang mit Suchmaschinen stellen, und wie schnell sich der Suchmaschinenmarkt mit seinen Anforderungen an den Gesetzgeber und die Rechtsprechung verändert. Derzeit stehen vor allem die urheberrechtlichen Herausforderungen im Vordergrund. Sowohl beim Internet im Allgemeinen als auch bei den Suchmaschinen im Besonderen, tauchen regelmässig neue Fälle auf, die einer juristischen Klärung bedürfen. Aufgrund der raschen technologischen Entwicklung und den sich ständig verändernden Sachverhalten werden auch in Zukunft urheberrechtliche Diskussionen geführt werden müssen¹⁹⁴.

Neben dem Urheberrecht sind es die Bereiche des Datenschutzes und der Transparenz, die im Zusammenhang mit Suchmaschinen aufzuarbeiten sind. Neben den Ansprüchen von Datenschützern sind in dieser Hinsicht die Bemühungen der Suchmaschinenbetreiber anzuerkennen. Auch deshalb kommt es heutzutage, mit wenigen Ausnahmen, nur noch in Einzelfällen zu juristischen Auseinandersetzungen in diesen Bereichen

¹⁹⁴ NZZ, Ist das Urheberrecht ein Papiertiger?, Artikel vom 21.07.2009, S. 36.

Dass Suchmaschinen innerhalb weniger Jahre eine derart wichtige Funktion und Bedeutung bekommen würden, war nicht vorauszusehen. Derzeit ist auch nicht mit einem Nachlassen der Innovations- und Entwicklungstätigkeit der Suchmaschinenbetreiber zu rechnen. Täglich entstehen neue Ideen, die von den Suchmaschinen sogleich in Form von neuen Produkten oder Dienstleistungen umgesetzt werden. Es wird darum auch in Zukunft immer wieder zu neuen rechtlichen Herausforderungen kommen. Aus diesem Grund gilt es aufmerksam abzuwarten, die Entwicklungen genau zu verfolgen und bei Notwendigkeit einzugreifen.

Zweiter Teil: Die Abgrenzung der relevanten Märkte

I. Gang der kartellrechtlichen Untersuchung

Nachdem im ersten Teil ein allgemeiner Überblick über die aktuellen Rechtsfragen im Zusammenhang mit Internet-Suchmaschinen gegeben und auf die verschiedenen Problemkreise hingewiesen worden ist, soll nun eine kartellrechtliche Untersuchung des Suchmaschinenmarkts vorgenommen werden. Im ersten Teil wurde ausführlich auf die Bedeutung und Grösse der Suchmaschinen eingegangen und durch Hinweise auf die Marktanteile ein aktuelles Bild der gegenwärtigen Marktsituation gezeichnet, im zweiten Teil sollen diese Faktoren auf ihre kartellrechtliche Relevanz hin überprüft werden.

Als Erstes wird im zweiten Teil unter Punkt A.II. die kartellrechtliche Marktabgrenzung vorgenommen. Für diese Untersuchung ist es notwendig, sowohl auf die Stellung der Suchmaschinen innerhalb des Marktes als auch auf deren Beziehung zu anderen Marktteilnehmern einzugehen. Dazu muss ein Blick auf die kartellrechtlich relevanten Märkte geworfen und es müssen die Besonderheiten der „Multi-Sided Platforms“¹⁹⁵ hervorgehoben werden. Eine nähere Untersuchung der Marktposition von Google wird ebenfalls unerlässlich sein, und es soll der Frage nachgegangen werden, ob Google sowohl im Bereich der Online-Werbung als auch auf dem Suchmaschinenmarkt eine marktbeherrschende Stellung innehat oder nicht. Die Erkenntnisse dieser ersten kartellrechtlichen Analyse bilden die Grundlagen für das weitere Vorgehen.

Nach diesen Überlegungen soll im dritten Teil auf kartellrechtliche Anforderungen an Suchmaschinen eingegangen werden. Die Untersuchung befasst sich sowohl mit privatrechtlichen Ansprüchen von Websitebetreibern, werbenden Unternehmen und Privaten als auch mit entsprechenden Verpflichtungen für die Suchmaschinenbetreiber, die von den Kartellbehörden festgelegt werden können. Auf der einen Seite gilt es abzuklären, ob für Websitebetreiber grundsätzlich ein kartellrechtlicher Anspruch auf Aufnahme in den Suchmaschinenindex besteht und dieser erzwungen werden kann, und ob ein solcher Anspruch ebenfalls für werbende Unternehmen oder Private besteht, die bei einer Suchmaschine einen Anspruch auf Schaltung einer Werbeanzeige geltend machen wollen. Auf der anderen Seite muss abgeklärt werden, ob bei der Verweigerung der Erfüllung von Ansprüchen seitens der Suchmaschinenbetreiber eine

¹⁹⁵ HAGIU, S. 1 ff.

Diskriminierung vorliegt. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob allenfalls eine Rechtfertigungsmöglichkeit besteht, die eine Verweigerung legitimieren könnte, oder ob die Suchmaschinenbetreiber von den Kartellbehörden zu einer Erfüllung der Ansprüche verpflichtet werden könnten.

Im vierten Teil wird unter Punkt A. und B. auf die Expansion von Suchmaschinenbetreibern in die angrenzenden Märkte eingegangen. Die Vergangenheit hat gezeigt, dass die Suchmaschinenanbieter vermehrt in andere Märkte vorstossen und sich auf denselben zu etablieren versuchen. Eine Darstellung der Geschehnisse der letzten Jahre und mögliche Prognosen über die künftige Entwicklung sollen dazu beitragen, die aktuelle Situation zu veranschaulichen. Aus kartellrechtlicher Sicht ist eine solche Expansion in fremde Märkte nicht unproblematisch und oftmals schwierig zu beurteilen. Fragen der Koppelung, der Netzwerkeffekte und des Lock-In werden in diesem Zusammenhang näher untersucht. Konsequenterweise wird auch auf die Praxis der Gerichte hingewiesen.

Das letzte Kapitel wird sich mit der Zusammenarbeit zwischen Yahoo! und Microsoft beschäftigen, sowie konglomerate Zusammenschlüsse und Kooperationen von Suchmaschinen mit anderen Unternehmen untersuchen. Gerade die aktuelle Zusammenarbeit zwischen Yahoo! und Microsoft zeigt, wie zeitgemäss das Thema der horizontalen Zusammenschlüsse und Kooperationen unter Suchmaschinen ist und welche kartellrechtlichen Herausforderungen daraus entstehen können. Aufgrund der hohen Konzentration des Suchmaschinenmarktes ist eine kartellrechtliche Beobachtung der gegenwärtigen Entwicklungen erforderlich. Im Zusammenhang mit dem Themenbereich der konglomeraten Zusammenschlüsse soll zudem auf mögliche Gefahren hingewiesen sowie künftige Entwicklungen aufgezeigt werden. Ein Ausblick in die potenziell multimediale Gesellschaft wird die kartellrechtliche Untersuchung von Suchmaschinen abrunden.

Was vertikale Abreden anbelangt, so gibt es bis anhin noch keine kartellrechtlich relevanten Fälle zu beurteilen. Da die grossen Suchmaschinenbetreiber selbst über die gesamte Infrastruktur zur Betreuung einer Suchmaschine verfügen, sind sie nicht auf Dienstleistungen oder Produkte anderer Hersteller oder Lieferanten angewiesen¹⁹⁶. Der ganze Produktionsprozess wird von den Suchmaschinenbetreibern selbst erbracht, sodass vertikale Zusammenschlüsse auf dem Suchmaschinenmarkt praktisch ausgeschlossen sind. Aus diesem Grund spielt die

¹⁹⁶ DAUSES, Rn. 107.

klassische vertikale Integration auf dem Suchmaschinenmarkt keine nennenswerte Rolle und braucht nicht behandelt zu werden.

II. Marktabgrenzung und Marktbeherrschung

1. Marktabgrenzung

a) Allgemeines

Die kartellrechtliche Bestimmung des relevanten Marktes dient der Abgrenzung desjenigen Gebiets, auf dem sich die beteiligten Unternehmen im Wettbewerb gegenüberstehen¹⁹⁷. Innerhalb dieses Gebiets kann das Kartellrecht angewendet und abgeklärt werden, wie die Wettbewerbskräfte unter den beteiligten Unternehmen verteilt sind. Durch die Bestimmung des relevanten Marktes wird bezweckt, den Grad des Wettbewerbs in dem betreffenden Gebiet zu ermitteln¹⁹⁸. Es soll festgestellt werden, ob genügend Konkurrenz auf dem entsprechenden Markt besteht, und ob die beteiligten Unternehmen genügend Druck ausüben können, sodass ein effizienter Wettbewerb gewährleistet wird¹⁹⁹. Nach der Bestimmung des relevanten Marktes können in einem zweiten Schritt die Eigenschaften desselben ermittelt werden. U. a. wird es möglich, die Marktanteile genau zu berechnen und so die wirtschaftliche Macht eines Unternehmens auf einem bestimmten Markt festzustellen.

Die Marktabgrenzung ist sowohl im schweizerischen als auch im europäischen Kartellrecht von grosser Bedeutung. Da es im Gesetz lediglich in Art. 11 VKU Kriterien für die Marktabgrenzung gibt, ansonsten aber kein verbindlicher Katalog aller denkbaren relevanten Märkte existiert, sind Meinungsverschiedenheiten vorprogrammiert²⁰⁰. Man muss sich in der Praxis damit abfinden, dass die Abgrenzung des relevanten Marktes immer eine wertungsabhängige Ermessensfrage bleibt, die schwer zu beantworten und deren Resultat oftmals kaum vorauszu- sehen ist²⁰¹. Insbesondere die betroffenen Unternehmen versuchen daraus Vorteile zu ziehen, indem sie für grosse relevante Märkte plädieren. Dies aus dem Grund, dass bei einem grösseren relevanten Markt die Marktanteile eines Unternehmens tendenziell weniger hoch sind und dadurch die Wahrscheinlichkeit einer marktbeherrschenden Stellung bedeutend kleiner

¹⁹⁷ HEIZMANN, S.101 ff.

¹⁹⁸ ZÄCH, Kartellrecht, S. 258 ff.

¹⁹⁹ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, publiziert im offiziellen Journal OJ C 372 am 09.02.1997.

²⁰⁰ OTT, Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, S. 196.

²⁰¹ ZÄCH, Europäisches Wirtschaftsrecht, Rn. 711.

wird²⁰². Es muss also immer eine fallbezogene Marktabgrenzung vorgenommen werden, bei der ein Blick auf ähnlich gelagerte Fälle in der Vergangenheit durchaus unterstützend wirken kann. Und auch wenn in der Praxis der Gerichte mittlerweile viele Kriterien zur Marktabgrenzung herausgearbeitet worden sind, muss realistischweise doch festgestellt werden, dass eine trennscharfe Marktabgrenzung nicht immer möglich ist. Gerade auf dem verhältnismässig neuen Gebiet des Internets sind diesbezüglich wenig Erfahrungswerte vorhanden.

b) Multi-Sided Platform

Bevor die Abgrenzung des relevanten Marktes in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht vorgenommen wird, soll auf die Stellung der Suchmaschinenbetreiber innerhalb des Marktes und deren Beziehungen zu anderen Marktteilnehmern eingegangen werden. Eine Suchmaschine kommt grundsätzlich mit verschiedenen Parteien in Kontakt: den werbenden Unternehmen und Privaten, den Internetnutzern und den Websitebetreibern, wobei selbstverständlich auch eine einzige Person allein alle diese Eigenschaften besitzen kann²⁰³. Da die Suchmaschine also mit verschiedenen, unabhängigen Parteien in Kontakt steht, kann von einer Multi-Sided Platform gesprochen werden²⁰⁴. Jede dieser Parteien profitiert von der Zusammenarbeit mit der Suchmaschine auf eine unterschiedliche Weise und hat, je nachdem, in hohem oder geringem Mass mit den anderen Parteien zu tun. Aus diesem Grund sind die Beziehungen zu den jeweiligen Parteien auch sehr verschieden und unterscheiden sich sowohl in inhaltlicher als auch in formeller Hinsicht voneinander. Gemeinsam ist ihnen allen aber die Suchmaschine als Plattform für ihre Interessen und Bedürfnisse.

Für Werbetreibende ist die Suchmaschine in erster Linie eine weitere Möglichkeit zur Platzierung von Werbeanzeigen. Die Vorteile dieser Art von Werbung und auch die Wichtigkeit der Werbung für die Suchmaschinen wurden bereits erwähnt²⁰⁵. Die Beziehungen zwischen der Suchmaschine und den Werbetreibenden beruht auf einem Vertrag, der alle wichtigen Kondi-

²⁰² HEIZMANN, S. 102.

²⁰³ Natürlich sind je nach Suchart noch andere Parteien involviert; bei der Buchsuche sind es die Autoren und Verleger, bei der Bildersuche die Künstler und Galerien, bei der Nachrichtensuche Autoren und Nachrichtenagenturen. In diesen Bereichen sind aber kartellrechtliche Fragen noch nicht aktuell geworden (bis auf die Büchersuche von Google) und aufgrund der eher marginalen Bedeutung gegenüber der herkömmlichen Suche wird hier nicht näher darauf eingegangen. Siehe hierzu: Erster Teil, Punkt C.IV.

²⁰⁴ HAGIU, S. 8 ff.; EVANS, S. 191 ff. Nicht erwähnt wurde die Beziehung zu anderen Suchmaschinen. Mit dieser Problematik befasst sich im vierten Teil Punkt B.

²⁰⁵ Siehe dazu: Erster Teil, Punkt C. II.

tionen vertraglich regelt. Bei der Abgrenzung der relevanten Märkte stellt sich daher vor allem die Frage, ob der Online-Werbemarkt als eigenständiger Markt angesehen werden kann und allenfalls weiter abzugrenzen ist, oder ob er zusammen mit anderen Werbemärkten, z.B. Inseraten in Zeitschriften, als unselbständig angesehen werden muss.

Was die Internetnutzer anbelangt, so stellen diese zahlenmässig sicherlich die grösste Partei dar, die mit einer Suchmaschine in Kontakt treten. Der klassische Internetnutzer hat nicht selten die Website eines Suchmaschinenanbieters als Startseite auf seinem Computer eingerichtet und beginnt so seine jeweilige Internetsession mit der Homepage der Suchmaschine. In der Regel sucht er stets mit der gleichen Suchmaschine nach Websites im Internet und benutzt diese auch überwiegend für die klassischen Suchdienste²⁰⁶. Die anderen Angebote der Suchmaschinenbetreiber werden im Allgemeinen nicht so häufig benutzt. Die eigentliche Suche hat immer noch Priorität und steht im Vordergrund²⁰⁷. Die grossen Suchmaschinenanbieter verlangen für ihre Dienste keine finanzielle Entschädigung und verpflichten den Internetnutzer auch zu nichts. Genau an diesem Punkt stellt sich bei der Abgrenzung des relevanten Marktes die wichtige Frage, ob trotz Unentgeltlichkeit bei der Benützung einer Suchmaschine von einem Markt in Sinne eines Leistungsaustausches ausgegangen werden kann. Davon hängt es massgeblich ab, ob man einen Markt für Internetnutzer bei Suchmaschinen bejaht oder dessen Existenz verneint.

Die Websitebetreiber stehen ebenfalls in einem nicht vertraglichen Verhältnis zu den Suchmaschinen. Üblicherweise stellen Websitebetreiber eine Homepage ins Internet und diese wird automatisch von den Robots und Spidern der Suchmaschinen gefunden und indexiert²⁰⁸. Die Homepage kann dann bei entsprechender Eingabe des Suchbegriffs über die Suchmaschine gefunden werden. Im Normalfall kommt dieses Verhalten den Websitebetreibern entgegen. Sie akzeptieren diese Vorgehensweise der Suchmaschinen und sind damit stillschweigend einverstanden. Es kommt sogar vor, dass Websitebetreiber ausdrücklich um eine Aufnahme in den Suchmaschinenindex ersuchen, damit sie über die Suchmaschine gefunden werden können. Es stellt sich hier die Frage nach dem Leistungsaustausch zwischen dem Websitebetrei-

²⁰⁶ SCHULZ/HELD/LAUDIEN, S. 20 f.; FALLOWS, S. i/ii; iProspect, Press Release vom 14.04.2004, Search Engine Marketing Firm iProspect Survey Confirms Search Engine Loyalty Exists, abrufbar unter "www.iprospect.com/media/press2004_04_14.htm".

²⁰⁷ MACHILL/BEILER/ZENKER, Suchmaschinenforschung. Überblick und Systematisierung eines interdisziplinären Forschungsfeldes, S. 7 ff.

²⁰⁸ Siehe dazu: Erster Teil, Punkt A. II.

ber und der Suchmaschine. Im Allgemeinen liegt hier eine unentgeltliche Dienstleistung des Suchmaschinenbetreibers vor. Es muss folglich untersucht werden, ob ein relevanter Markt im Sinne des Kartellrechts besteht und wie dieser allenfalls abzugrenzen ist.

c) Der sachlich relevante Markt

aa) Definition

Das Kartellgesetz liefert keine Kriterien dafür, wie der sachlich relevante Markt abzugrenzen ist. Allerdings hat der Bundesrat in der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) in Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU eine Definition der sachlichen Markt-
abgrenzung formuliert. Auch wenn sich diese Definition in der Fusionskontrollverordnung findet und für Unternehmenszusammenschlüsse gilt, kann und wird diese Formel von den Wettbewerbsbehörden in der Praxis für fast jeden Fall von Art. 7 KG herangezogen²⁰⁹:

„Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorhergesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.“

Die Definition entspricht dem Bedarfsmarktkonzept oder dem Konzept der funktionellen Austauschbarkeit aus der Sicht der Abnehmer²¹⁰. Es muss beurteilt werden, ob der Nachfrager eines bestimmten Gutes die Möglichkeit hat, auf ein gleiches oder ähnliches Gut zurückzugreifen, das im Falle eines Lieferungsstopps des ursprünglichen Gutes bezüglich Eigenschaften, Preis und Verwendungszweck substituierbar ist²¹¹. Wird festgestellt, dass ein solches substituierbares Gut existiert, gehört dieses ebenfalls zum sachlich relevanten Markt. Die Frage der Substituierbarkeit stellt also vorwiegend auf die tatsächliche Auffassung der Marktgegenseite ab²¹². Damit sind vor allem Nachfrager angesprochen, die nicht immer allein nach rationalen Kriterien, sondern auch nach emotionalen Kriterien urteilen und handeln. Es gilt daher zu be-

²⁰⁹ Vgl. RPW 2003/2, S. 426 Erw. 5.1., Cablecom GmbH; RPW 2004/3, S. 783 Rn. 24, TicketCorner; RPW 2005/1, 50 Rn. 44, TopCard-Angebot der Bergbahnen Lenzerheide-Valbella, Klosters-Davos und Flims-Laax-Falera; RPW 2005/1, S. 76 Rn. 141, Swisscom Directories AG; weitere Fälle finden sich bei: HEIZMANN, S. 106 Fn. 514.

²¹⁰ SCHWALBE/ZIMMER, S. 66 ff.

²¹¹ KANTZENBACH, S. 473.

²¹² BAKER & MC KENZIE, Art. 4 KG Rn. 42 f.

achten, dass eine Marktabgrenzung nicht allein nach Vernunftkriterien zu erfolgen hat, sondern auch emotionale Faktoren beachten muss²¹³.

Ein Blick auf die Rechtsordnung der EU zeigt, dass auch hier das Bedarfsmarktkonzept zur Anwendung gelangt und zur Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes herangezogen wird²¹⁴:

„Der sachlich relevante Produktmarkt umfasst sämtliche Erzeugnisse und/oder Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorhergesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden.“

Als einziger Unterschied zur schweizerischen Fassung wird bei der Definition der EU-Bekanntmachung der Preis als Substituierbarkeitskriterium erwähnt²¹⁵. Ansonsten wird auch hier auf die tatsächliche Auffassung der Marktgegenseite abgestellt²¹⁶.

bb) Werbemarkt

aaa) Markt für Online-Werbung

Grundsätzlich ist festzustellen, dass die internetspezifischen Dienstleistungen die Kommunikation schneller und ortsunabhängiger ermöglichen und mehrere Vorteile der traditionellen Kommunikationsmittel kombinieren. Diese erweiterten Funktionen führen für den verständigen Verbraucher dazu, eine Substituierbarkeit mit den traditionellen Kommunikationsmöglichkeiten abzulehnen. Internet-Dienstleistungen fallen also meistens nicht in die bestehenden herkömmlichen Kommunikationsmärkte, sondern sind von den übrigen interaktiven Kommunikationsmedien in einem eigenen Markt abzugrenzen.

Aus diesem Grund ist auch die Existenz eines Marktes für Online-Werbedienstleistungen, bei dem die Suchmaschinen als Anbieter von Online-Werbung und die werbende Wirtschaft als Nachfrager derselben auftritt, anzunehmen²¹⁷. Es muss abgeklärt werden, wie dieser Markt

²¹³ ZÄCH, Kartellrecht, S. 262.

²¹⁴ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, publiziert im Amtsblatt (ABL) C 372 vom 09.12.1997, S. 5 ff.

²¹⁵ CALLIES/RUFFERT, S. 878 f.

²¹⁶ EMMERICH, S. 71.

²¹⁷ HEINEMANN, S.18.

abzugrenzen ist²¹⁸. Als erstes soll daher beurteilt werden, inwiefern der Markt für Online-Werbung als eigenständiger Markt zu betrachten und von anderen traditionellen Werbemärkten abzugrenzen ist²¹⁹. Nach dem Prinzip des Bedarfsmarktkonzepts muss auf die Perspektive der Marktgegenseite abgestellt und nach der Substituierbarkeit des Produktes gefragt werden. Im konkreten Fall stellt sich also die Frage, ob Online-Werbung verglichen mit der Werbung bei einem anderen Medium als austauschbar anzusehen ist oder nicht. In Betracht zu ziehen sind dabei Medien wie Zeitschriften, Hörfunk und Fernsehen. Untersucht man nun die Eigenschaften der Online-Werbung im Vergleich mit der Werbung in anderen Medien, fallen mehrere Unterschiede auf. Ganz allgemein ist festzustellen, dass es sich bei der Online-Werbung um ein gänzlich anderes Medium, nämlich das Internet, handelt als bei Print-, Rundfunk- oder Fernsehmedien. Die Eigenschaften des Internets unterscheiden sich denn auch in vielerlei Hinsicht von denjenigen anderer Medien. Ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal zwischen der Online-Werbung und der Werbung bei herkömmlichen Medien besteht im Adressatenkreis. Die Reichweite des Internets übertrifft diejenige anderer Medien bei weitem und eine weitaus grössere Zahl von Adressaten kann dadurch erreicht werden. Weiter soll auch auf den Preis verwiesen werden, der bei der Online-Werbung im Regelfall deutlich niedriger ist als bei anderen Medien. Oftmals weisen Online-Medien bei der Preisgestaltung eine grössere Flexibilität auf als traditionelle Werbemedien. Dies kann darauf zurückgeführt werden, dass im Internet verschiedenste Werbemodelle angeboten werden, die versierter und vielseitiger sind als bei anderen Medien. So entstehen durch das Preis-pro-Klick Verfahren ausschliesslich berechnete Kosten. Dies bedeutet, dass erst mit dem Anklicken der Online-Werbung Kosten für das werbewillige Unternehmen oder den werbenden Privaten entstehen. Damit wird sichergestellt, dass bei der Entstehung der Kosten der interessierte Internetnutzer die Online-Werbung auch tatsächlich gesehen hat. Bei anderen Medien werden die Kosten unabhängig von der generierten Aufmerksamkeit für interessierte Konsumenten berechnet. Es wird

²¹⁸ TRAFKOWSKI, S. 634, erkennt schon früh die Notwendigkeit der Abgrenzung von Internet-Werbemärkten gegenüber traditionellen Werbemärkten. Er befasst sich insbesondere mit der Vermutung einer weiteren, differenzierteren Abgrenzung von Werbemärkten innerhalb des Internets. Auf die Frage, in wie viele fragmentierte Werbemärkte sich das Internet unterteilen lässt, wird aber in dieser Arbeit nicht näher eingegangen. Es wird lediglich bei den Online-Werbemärkten im Zusammenhang mit Suchmaschinen eine exakte Marktabgrenzung vorgenommen.

²¹⁹ KINK/HESS, Suchmaschinen als Substitut traditioneller Medien? Erste Ergebnisse einer Studie zum Wandel der Informationsbeschaffung durch Suchmaschinen, S. 298 ff. Der Aufsatz geht ausführlich auf die Frage der Substituierbarkeit der Suchmaschinen im Vergleich zu traditionellen Medien ein. Daraus kann konsequenterweise auch auf die Austauschbarkeit bei den entsprechenden Werbemärkten geschlossen werden.

zwar auch bei den herkömmlichen Medien auf die Anzahl Zuhörer bzw. Zuschauer verwiesen, und dieser Faktor wird entsprechend in die Preisgestaltung der Werbung mit einbezogen. Allerdings kann aus diesen quantitativen Messwerten nicht auf die Anzahl Konsumenten geschlossen werden, die auch tatsächlich am Produkt bzw. der Dienstleistung des werbenden Unternehmens interessiert sind und die Werbung gesehen oder gehört haben. Die Online-Werbung zeichnet sich demnach durch ein qualitatives Element aus, dass bei der Werbung in anderen Medien nicht angeboten wird. Des Weiteren hat die Online-Werbung den Vorteil, dass sie individuell auf die Verbraucherpräferenzen zugeschnitten werden kann. Mit sog. „cookies“ wird ermittelt, welche Interessen der Internetnutzer hat, indem die Websites, die er besucht, protokolliert werden. Auf diese Interessen hin kann die Online-Werbung zugeschnitten werden. Es kommt daher auch nicht zu Streuverlusten wie bei den traditionellen Medien, bei denen die Werbetreibenden sich in Ermangelung einer eindeutigen Zielgruppe regelmäßig auf allgemeine Imagewerbung beschränken. Online-Werbung unterscheidet sich demnach hinsichtlich des Verwendungszwecks, der Eigenschaften der Dienstleistung, der Verbraucherpräferenzen und des Preises von der Werbung in herkömmlichen Medien.

Als weiteres Argument für eine Abgrenzung des Online-Werbemarktes von anderen Werbemärkten kann angeführt werden, dass die Europäische Kommission in mehreren Entscheidungen festgehalten hat, dass im Internet ein eigener sachlich relevanter Werbemarkt existiert²²⁰. Ebenso wurde im deutschen Kartellrecht anerkannt, dass sowohl Hörfunk- und Fernsehwerbemärkte als auch der Markt für Werbung in Printmedien als eigenständig anzusehen sind und jeweils unterschiedliche sachlich relevante Märkte darstellen²²¹. Dieser Praxis folgend muss konsequenterweise auch der Online-Werbemarkt als eigener sachlich relevanter Markt beurteilt werden²²².

Stellt man sich auf die Marktgegenseite und erwägt aus Sicht eines werbenden Unternehmens die Substituierbarkeit der Online-Werbung, so kann die Werbung bei anderen Medien nicht als vergleich- und austauschbar betrachtet werden.

²²⁰ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, *Entscheid der Kommission vom 31.08.1998, Fall Nr. IV/JV.8, „WSI Webseek“*, Rn. 12 f.; *Entscheid vom 27.05.1998, Fall Nr. IV/JV.1, „Telia/Telenor/Schibsted“*, Rn. 13, 15; *Entscheid der Kommission vom 11.03.2008 zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen, Sache COMP/M.4731, Google/DoubleClick, S. 44 ff.*

²²¹ PARLASCA, S. 211.

²²² Gleicher Meinung: TRAFKOWSKI, S. 634 ff.; *Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Entscheid der Kommission vom 11.03.2008 zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen, Sache COMP/M.4731, Google/DoubleClick, S. 44 ff.*

bbb) Markt für kontextbezogene und nicht kontextbezogene Online-Werbung

Eine weitere Abgrenzung des relevanten Marktes kann innerhalb der Online-Werbung vorgenommen werden. Dabei geht es um die Trennung von kontextbezogener und nicht kontextbezogener Online-Werbung²²³. Das wesentliche Unterscheidungsmerkmal liegt in der besonderen Zielorientiertheit der kontextbezogenen Werbung, die für die werbenden Unternehmen ein äusserst wichtiges Qualitätsmerkmal darstellt²²⁴. Genauer betrachtet, ergeben sich zwischen den beiden Werbeformen bei fast allen Substitutionskriterien wesentliche Unterschiede. Zum einen sind die Eigenschaften der beiden Werbemodelle verschieden, da die kontextbezogene Werbung stets eine Verbindung mit der Website oder der Suchanfrage aufweist, während die nicht kontextbezogene Werbung unabhängig und zusammenhanglos erscheint. Zum anderen ergibt sich für die beiden Werbeformen jeweils ein anderer Verwendungszweck. So weist die kontextbezogene Werbung eine starke Zielgruppenorientiertheit auf und wird dazu verwendet, bestimmte Konsumentengruppen zu erreichen, die spezifische Websites nachschlagen und aufsuchen²²⁵. Demgegenüber wird die nicht kontextbezogene Werbung sehr weit gestreut, um ein möglichst breites Publikum zu erreichen.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass kontextbezogene Werbung dem Wesen nach eher qualitativ überzeugt, während die nicht kontextbezogene Werbung quantitative Vorteile besitzt. Letztlich ergeben sich auch erhebliche Unterschiede beim Preis. Da fast alle Werbemodelle mit dem Preis-Pro-Klick Verfahren angeboten werden, entstehen bei der kontextbezogenen Werbung aufgrund des höheren Erfolges auch höhere Klickraten und mehr Kosten als bei der nicht kontextbezogenen Werbung, die aufgrund mangelnder Effizienz weit weniger Klicks und damit weniger Kosten verursacht.

Damit muss auch hier, nach dem Konzept der funktionellen Austauschbarkeit, von einem sachlich relevanten Markt für kontextbezogene Online-Werbung und einem Markt für nicht kontextbezogene Online-Werbung ausgegangen werden, die nicht als substituierbar angesehen werden können²²⁶.

²²³ Kontextbezogene Werbung wird hier als Oberbegriff verwendet und beinhaltet sowohl die inhalts- als auch die suchbezogene Werbung auf Ergebnisseiten Dritter.

²²⁴ OTT, Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, S. 198 ff.

²²⁵ HEINEMANN, S. 19.

²²⁶ Vgl. hierzu etwa WIEBE, S. 183; OTT, Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, S. 198 ff.; SCHULZ/HELD/LAUDIEN, S. 60 ff.; die aufgrund der besonderen Zielgruppenorientiertheit der kontextbezogenen Werbung eine Unterteilung in einen sachlich relevanten Markt für kontextbezogene Online-Werbung und einem Markt für nicht kontextbezogene Online-Werbung annehmen. Anders die Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Entscheidung der Kommission vom 11.03.2008 zur Feststel-

ccc) Markt Online-Werbung bei Suchmaschinen

Parallel zur Abgrenzung des Online-Werbemarktes in einen sachlich relevanten Markt für kontextbezogene Werbung und einen Markt für nicht kontextbezogene Werbung muss untersucht werden, ob allenfalls ein sachlich relevanter Markt für Online-Werbung bei Suchmaschinen und ein Markt für Online-Werbung bei anderen Internetanbietern besteht. Die Frage der Austauschbarkeit ist hier sicherlich schwieriger zu beantworten als in den beiden vorstehend erwähnten Fällen. Grundsätzliche Wesensunterschiede bestehen zwischen den Suchmaschinen und anderen Inhalt-Anbietern des Internets. Während Suchmaschinen eine Torwächter-Funktion einnehmen, die für die Orientierung im Internet essenziell geworden ist, sind alle anderen Websitebetreiber nicht mehr als Anbieter von Produkten und Dienstleistungen in eigener Sache²²⁷. Die Wichtigkeit einer Suchmaschine ist für den Internetnutzer also bedeutend höher als der Nutzen einer normalen Website. Aus diesem Grund sind Suchmaschinen auch die am zweithäufigsten verwendeten Internetanwendungen nach der E-Mail Funktion²²⁸. Der Internetnutzer ist heutzutage in so hohem Masse von den Dienstleistungen der Suchmaschine abhängig, dass er fast bei jeder Internetsession eine Suchmaschine benutzen muss, um die gewünschten Websites zu finden. Die Bedeutung von Suchmaschinen kann also nicht mit derjenigen anderer Websites verglichen werden.

Ein weiterer grosser Unterschied betrifft die Reichweite einer Suchmaschine im Vergleich zu einer herkömmlichen Website. Suchmaschinen verfügen dank ihrer wichtigen und bedeutenden Rolle im Internet über einen weitaus grösseren potenziellen Adressatenkreis als andere Inhalt-Anbieter²²⁹. Gerade diese Eigenschaft der Suchmaschinen ist für ein werbendes Unternehmen von grundlegender Bedeutung und stellt ein wichtiges Unterscheidungsmerkmal im Vergleich zur Werbung bei anderen Websitebetreibern dar.

lung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen, Sache COMP/M.4731, Google/DoubleClick, S. 48 ff., die Kommission stellt fest, dass „...suchgebundene und nicht suchgebundene Werbung aus Sicht der Werbetreibenden in gewissem Maße als austauschbar angesehen werden können.“ Allerdings unterbleibt eine eingehende Untersuchung: „In jedem Fall besteht kein Anlass, für die Bereitstellung von Werbefläche für suchgebundene und nicht suchgebundene Anzeigen zwei getrennte Märkte zu definieren, da das Rechtsgeschäft bei keiner dieser Marktdefinitionen wettbewerbsrechtliche Bedenken aufwirft“.

²²⁷ OTT, Marktbeherrschende und öffentlichrechtliche Suchmaschinen, K&R 2007, S. 378; MACHILL/BEILER/ZENKER, Suchmaschinenforschung. Überblick und Systematisierung eines interdisziplinären Forschungsfeldes, S. 7 ff.

²²⁸ MACHILL/BEILER/ZENKER, Suchmaschinenforschung. Überblick und Systematisierung eines interdisziplinären Forschungsfeldes, S. 7 ff.

²²⁹ WIEBE, S. 183.

Um den Unterschied zu verdeutlichen, muss man sich in die Stellung eines werbewilligen Unternehmens oder eines werbenden Privaten versetzen, die eine Online-Werbung lancieren möchten. Die kontextbezogene Werbung bei einer Suchmaschine ist deutlich von der Werbung bei einem Inhalt-Anbieter zu unterscheiden. Es handelt sich dabei um verschiedene Werbemodelle mit anderen Eigenschaften und Verwendungszwecken. Aus Sicht der Marktgegenseite kann in diesem Fall sicherlich nicht von einer Substituierbarkeit des Angebots ausgegangen werden²³⁰.

Meiner Meinung nach muss also auch hier ein sachlich relevanter Markt für Online-Werbung bei Suchmaschinen und ein sachlich relevanter Markt für Online-Werbung bei anderen Inhalt-Anbietern angenommen werden.

ddd) Fazit

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass von einem sachlich relevanten Online-Werbemarkt für Suchmaschinen auszugehen ist, der weiter in einen kontextbezogenen und einen nicht kontextbezogenen Werbemarkt abzugrenzen ist. Es gilt anzumerken, dass die nicht kontextbezogene Online-Werbung bei Suchmaschinen nur eine marginale Rolle spielt²³¹. Daher wird im Folgenden auch nur auf den Markt für kontextbezogene Online-Werbung bei Suchmaschinen eingegangen.

cc) Nutzermarkt

aaa) Nutzermarkt für Internet-Dienstleistungen

Bevor auf die Eigenheiten und Besonderheiten des Nutzermarktes von Suchmaschinen eingegangen wird, soll zunächst ganz allgemein auf die Substituierbarkeit des Internets als solches eingegangen werden. Aus Sicht des Internetnutzers gilt es nachzufragen, ob die Leistungen und Angebote des Internets als Ganzes mit Dienstleistungen und Produkten anderer traditioneller Medien austauschbar sind oder nicht. Nach dem Konzept der funktionellen Austauschbarkeit wird auf die Eigenschaften und den Verwendungszweck abgestellt und nach der Sub-

²³⁰ OTT, Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, S. 198.

²³¹ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Entscheidung der Kommission vom 11.03.2008 zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen, Sache COMP/M.4731, Google/DoubleClick, S. 103.

stituierbarkeit gefragt²³². Nun bereitet es keine grossen Schwierigkeiten, die Einzigartigkeit des Internets zu erkennen und dessen Eigenheiten als unaustauschbar zu beurteilen. Ein Blick auf die Eigenschaften soll dies verdeutlichen. Das Internet zeichnet sich durch eine Menge von Dienstleistungen aus, die dem Internetnutzer zur Verfügung stehen, solange er einen Internetzugang besitzt. Innerhalb von kürzester Zeit ist es möglich, jede beliebige Information abzurufen und nahezu jedes Produkt online zu kaufen. Genau diese beiden Eigenschaften der Schnelligkeit und Vielfältigkeit unterscheiden das Internet von allen anderen Dienstleistungsangeboten weltweit. Es gibt kein anderes Medium, Unternehmen oder Produkt, das einem Nachfrager auch nur annähernd eine austauschbare Leistung anbieten könnte²³³. Folglich kann festgehalten werden, dass es für Internet-Dienstleistungen einen sachlich relevanten Nutzermarkt gibt, dessen Eigenschaften aus Sicht der Nachfrager nicht mit anderen Märkten und Dienstleistungen substituierbar sind²³⁴. Den vorgelagerten Markt bilden dabei die Access Provider und Online-Dienste, d.h. diejenigen Unternehmen, die den Internetnutzern den Zugang zum Internet anbieten und verkaufen.

bbb) Nutzermarkt für Suchmaschinen-Dienstleistungen

Nun gilt es abzuklären, ob innerhalb des Nutzermarktes für Internet-Dienstleistungen eine weitere sachliche Abgrenzung in einen Nutzermarkt für Suchmaschinen gerechtfertigt erscheint²³⁵. Auch hier muss mithilfe des Bedarfsmarktkonzepts eine Marktabgrenzung vorgenommen werden und aus Sicht des Internetnutzers nach der Austauschbarkeit gefragt werden. Suchmaschinen haben eine grundlegend andere Funktion als andere Websiteanbieter. Wie bereits vorstehend erläutert wurde, dienen Suchmaschinen dem Auffinden von Websites, währenddessen die anderen, herkömmlichen Websites im Normalfall keine vergleichbaren Suchfunktionen aufweisen²³⁶. Es liesse sich hier natürlich der Standpunkt vertreten, dass der Internetnutzer, welcher ganz allgemein nach Informationen sucht, dies sowohl bei der Suchmaschine als auch auf den gefundenen Websites tut und demnach eine funktionelle Austausch-

²³² ZÄCH, Kartellrecht, S. 261.

²³³ KINK/HESS, Suchmaschinen als Substitut traditioneller Medien? Erste Ergebnisse einer Studie zum Wandel der Informationsbeschaffung durch Suchmaschinen, S. 298 ff.

²³⁴ TRAFKOWSKI, S. 633.

²³⁵ Anmerkung: TRAFKOWSKI weist zutreffend darauf hin, dass eine Abgrenzung in Teilmärkte innerhalb der Internet-Dienstleistungen durchaus sinnvoll erscheint. Dazu geht er auf verschiedene Beispiele ein und kommt zum Schluss, dass für jedes Internet-Angebot gesondert geprüft werden muss, ob jeweils ein eigener sachlich relevanter Markt besteht oder ob von einer Substituierbarkeit mit anderen Dienstleistungen und Produkten ausgegangen werden kann.

²³⁶ MEYER, S. 177; HOEREN, Suchmaschinen, S. 649.

barkeit gegeben sei. Diese Argumentation unterschätzt allerdings die Wichtigkeit der Suchmaschinen für das Internet und verkennt deren Bedeutung für den Internetnutzer. Auch wenn im Allgemeinen die Informationssuche als Basis durchaus einen gemeinsamen Nenner darstellt, so bedeutet die Dienstleistung der Suchmaschine in dieser Hinsicht eine weitaus wichtigere Hilfe als diejenige einer traditionellen Website²³⁷. Damit die Bedeutung von Suchmaschinen im ganzen Ausmass ersichtlich wird, empfiehlt es sich, versuchsweise eine spezielle Website oder Information im Internet gänzlich ohne Hilfe einer Suchmaschine zu suchen. Selbst wenn man die gewünschte Information schliesslich gefunden hat, wird der Vergleich mit einer Suchmaschine zeigen, dass aufgrund des erheblich längeren Zeitaufwandes auf keinen Fall von einer Substituierbarkeit ausgegangen werden kann.

Aus Sicht des Internetnutzers sind Suchmaschinen aus dem Internet nicht mehr wegzudenken. Die Eigenschaften und der Verwendungszweck unterscheiden sich grundsätzlich von anderen, herkömmlichen Websites; einerseits vermögen nur Suchmaschinen eine Ansammlung von Websites aufzuzeigen und eine Speicherung derselben in Datenbanken vorzunehmen, andererseits sind Suchmaschinen die einzigen Websites im Internet, die ausschliesslich der Informationssuche dienen und damit eine Torwächter-Funktion einnehmen²³⁸. Aus diesem Grund können die Internetnutzer die Produkte und Dienstleistungen, die von den Suchmaschinenbetreibern angeboten werden, hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorhergesehenen Verwendungszwecks nicht mit anderen Online-Dienstleistungen substituieren²³⁹.

ccc) Nutzermarkt und Gegenleistung

Die Abgrenzung eines sachlich relevanten Nutzermarktes für Suchmaschinen weist noch eine Komponente auf, die im Kartellrecht regelmässig für Uneinigkeit sorgt²⁴⁰. Die Problematik betrifft die Frage nach dem Bestehen eines Marktes, wenn eine Dienstleistung ohne Entgelt und ohne vertragliche Bindung zugunsten eines unbestimmten Rezipientenkreises erbracht wird. Der Grund für die unterschiedlichen Standpunkte liegt darin, dass bei der Unentgeltlichkeit einer Dienstleistung nicht von der Gefahr einer Ausbeutung im ökonomischen Sinne

²³⁷ MACHILL/BEILER/ZENKER, Suchmaschinenforschung. Überblick und Systematisierung eines interdisziplinären Forschungsfeldes, S. 7 ff.

²³⁸ WIEBE, S. 179; KÜHLING/GAUSS, Expansionslust von Google als Herausforderung für das Kartellrecht, S. 751 ff.

²³⁹ Der Logik von TRAFKOWSKI folgend muss man in diesem Fall zu einem solchen Resultat kommen und für Suchmaschinen einen eigenen relevanten Nutzermarkt abgrenzen. Siehe dazu: TRAFKOWSKI, S. 635 f.

²⁴⁰ HEINEMANN, S. 19; ABLASSER, S. 130 f.

ausgegangen werden kann, da keine der Parteien eine finanzielle Leistung erbringt²⁴¹. Damit fehlt nach Meinung verschiedener Autoren ein wichtiges Merkmal des Marktes im kartellrechtlichen Sinne, und folglich sei das Bestehen eines Nutzermarktes im konkreten Fall zu verneinen²⁴². Nun ist es sicherlich vertretbar, dass man bei unentgeltlichen Dienstleistung nicht ohne weiteres das Bestehen eines Marktes annimmt, trotzdem muss darauf hingewiesen werden, dass nicht allein die Entgeltlichkeit über das Bestehen eines Marktes im kartellrechtlichen Sinne entscheiden kann. Gerade im Internet und insbesondere bei den Suchmaschinen zeigt sich, dass wie beim Fernsehen oder bei Gratiszeitungen von Zuschauer- bzw. Lesermärkten ausgegangen werden muss²⁴³. Entscheidend ist bei diesen Medien, dass die Gegenleistung nicht in Form von Geld, sondern in Form von Aufmerksamkeit erbracht wird²⁴⁴. Für den Internetnutzer stellt sich jeweils die Frage, welcher Suchmaschine er seine wertvolle Zeit opfert, um die angebotene Dienstleistung in Anspruch zu nehmen. Auch wenn Aufmerksamkeit in Form von Zeit nicht mit der materiellen Gegenleistung in Form von Geld zu vergleichen ist, so ist sie deswegen nicht minder wichtig. Heutzutage wird „Zeit“ in einem Zug mit Geld genannt, wenn es um die Definition von Freiheit oder Luxus geht. Für die Suchmaschinen bedeutet dies, dass sie untereinander in einem Wettbewerb um Aufmerksamkeit der Internetnutzer stehen, der über Erfolg oder Misserfolg entscheidet²⁴⁵.

Damit wird bereits ein zweiter Punkt angesprochen, der zusätzlich für das Bestehen eines Nutzermarktes bei Suchmaschinen spricht. Der finanzielle Erfolg einer Suchmaschine basiert im Wesentlichen auf Werbeeinnahmen. Um Werbetreibende anzulocken, müssen die Suchmaschinen hohe Nutzerzahlen vorweisen können. Zwischen den Nutzerzahlen und den Werbeeinnahmen bestehen demnach Interdependenzen, bei denen der Nutzermarkt über den Erfolg im Werdebereich entscheidet²⁴⁶. Je mehr Internetnutzer die Suchdienstleistungen nachfragen, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass ein „Sponsored Link“ angeklickt wird²⁴⁷. Da durch das Anklicken der Werbung, aufgrund des Preis-Pro-Klick Verfahrens, Einnahmen generiert werden, sorgt die Aufmerksamkeit der Internetnutzer durchaus für eine indirekte

²⁴¹ OTT, Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, S. 197.

²⁴² U.a. PARLASCA, S. 214 und SCHULZ/HELD/LAUDIEN, S. 59 f.

²⁴³ WIEBE, S. 180.

²⁴⁴ OTT, Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, S. 197; HEINEMANN, S. 19 ff.

²⁴⁵ WeKo Entscheid, RPW 2004/2, S. 536, Ziff. 51.

²⁴⁶ WeKo Entscheid, RPW 2004/2, S. 537, Ziff. 52.

²⁴⁷ OTT, Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, S. 197.

monetäre Gegenleistung bei den Suchmaschinenbetreibern²⁴⁸. Zusätzlich können die Suchmaschinen bei höheren Nutzerzahlen auch mit höheren Preisen für die Werbung rechnen, da der Werbeplatz wertvoller wird und die Werbenden bereit sind, mehr Geld dafür auszugeben. In diesem Sinn kommt es also bei Annahme eines Nutzermarktes für Suchmaschinen sowohl zu einem Wettbewerb um Aufmerksamkeit als auch zu einer indirekten finanziellen Gegenleistung über die Werbung²⁴⁹.

Als Letztes sei noch darauf hingewiesen, dass es für die Anwendung des Bedarfsmarktkonzeptes keine wesentliche Rolle spielt, ob die Gegenleistung in monetärer oder anderer Form erbracht wird²⁵⁰. Auch wenn normalerweise die Reaktion der Nachfrager auf eine Preisveränderung viel über die Substituierbarkeit eines Produktes aussagen kann, gibt es durchaus noch andere wichtige Faktoren, die bei einer Veränderung und der daraus folgenden Reaktion der Nachfrager über die Austauschbarkeit des Produktes bzw. der Dienstleistung Auskunft geben²⁵¹. Im Falle der Suchmaschinen ist dieser Faktor die Qualität des Angebots. Damit sind einerseits der Aufbau der Website und andererseits die Suchresultate gemeint. Was den Aufbau der Site betrifft, so zeigt sich am Beispiel von Microsoft gut, wie entscheidend dieser Faktor sein kann. Microsoft hat mit der überladenen Startseite von MSN nur geringen Erfolg, was die eigentliche Suche anbelangt. Um dieser unbefriedigenden Entwicklung abzuwehren, wurde bei der neu lancierten Suchmaschine Live Search ein komplett anderes Design gewählt, das eher schlicht ausgerichtet ist und sehr stark an dasjenige von Google erinnert²⁵². Das bedeutendere Kriterium betrifft aber die Qualität der Trefferlisten²⁵³. Eine Suchmaschine ist nur solange erfolgreich, wie sie den Internetnutzern relevante und gute Suchresultate lie-

²⁴⁸ KÜHLING/GAUSS, Expansionslust von Google als Herausforderung für das Kartellrecht, S. 752; FRANCK: „Das Geld wird zum Hauptmotiv der neu aufkommenden Formen des Massengeschäfts mit Information.“ und weiter „Es geht mittelbar um die Aufmerksamkeit, direkt aber ums Geld. Die Aufmerksamkeit ist einerseits zum wichtigsten Faktor der Geldwert schöpfenden Produktion geworden. Diese Produktion hat andererseits ein Aktivitätsniveau erreicht, auf dem im Verkauf nichts mehr ohne die Umwerbung der kaufentscheidenden Aufmerksamkeit geht.“, S. 62 und 64.

²⁴⁹ TRAFKOWSKI, S. 635 f.

²⁵⁰ Market Definition in the Media Sector - Economic Issues - Report by Europe Economics for the European Commission, DG Competition, November 2002, Rn. 2.4.16 ff.

²⁵¹ Market Definition in the Media Sector - Economic Issues - Report by Europe Economics for the European Commission, DG Competition, November 2002, Rn. 2.4.21.

²⁵² Zu vergleichen sind die Seiten von „www.msn.com“ und „www.live.com“.

²⁵³ LEWANDOWSKI, Mit welchen Kennzahlen lässt sich die Qualität von Suchmaschinen messen?, S. 243 ff.

fern kann²⁵⁴. Würde man diesen Faktor bei einer Suchmaschine leicht verändern und beispielsweise veraltete Resultate in die Trefferlisten einbauen, so würden die Internetnutzer mit grosser Sicherheit zu einer anderen Suchmaschine wechseln und deren Dienstleistungen beanspruchen.

ddd) Fazit

Meines Erachtens ist die Annahme eines Nutzermarktes bei Suchmaschinen aus den oben genannten Gründen vertretbar und gerechtfertigt. Trotz der Unentgeltlichkeit der Dienstleistung kommt es auf dem Nutzermarkt für Suchmaschinen sowohl zu einem Wettbewerb um Aufmerksamkeit als auch zu einer indirekten finanziellen Gegenleistung über die Werbung²⁵⁵. Die Internetnutzer können die Produkte und Dienstleistungen, die von den Suchmaschinenbetreibern angeboten werden, hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorhergesehenen Verwendungszwecks nicht mit anderen Online-Dienstleistungen substituieren²⁵⁶. In der vorliegenden Arbeit wird darum davon ausgegangen, dass ein sachlich relevanter Markt für Internetnutzer bei Suchmaschinen besteht.

dd) Markt für indexierte Websites

Schliesslich muss noch auf das Verhältnis zwischen den Suchmaschinen und den Websitebetreibern eingegangen werden. Zunächst kann auch hier eine Marktabgrenzung in dem Sinn vorgenommen werden, dass alle bei einer Suchmaschine indexierten Websites zum sachlich relevanten Markt gehören. Aufgrund des Bedarfsmarktkonzepts kann festgehalten werden, dass es für einen Websitebetreiber von grösster Wichtigkeit ist, im Index einer Suchmaschine aufgelistet zu sein und dies eine nicht substituierbare Leistung der Suchmaschinenbetreiber darstellt. Die mangelnde Substituierbarkeit ergibt sich einerseits aus dem einzigartigen Dienstleistungsangebot der Suchmaschinen, welches im unübersichtlichen Internet eine Ordnungsfunktion einnimmt und dem Internetnutzer eine Übersicht verschafft. Andererseits aus der Bedeutung für das Auffinden von Websites, die es für Websitebetreiber möglich macht, von interessierten Internetnutzern schnell und einfach aufgefunden zu werden. Für einen Websitebetreiber gibt es keinen anderen Anbieter mit einem ähnlichem Angebot, der ihm eine vergleichbare Dienstleistung anbieten könnte. Das Internet als Plattform bildet lediglich die Voraussetzung zur Aufschaltung der Website. Andere Websites mit Suchprogrammen oder

²⁵⁴ LEWANDOWSKI, Zur Bewertung der Qualität von Suchmaschinen, S. 1 ff.

²⁵⁵ TRAFKOWSKI, S. 635 f.

²⁵⁶ Der Logik von TRAFKOWSKI folgend, muss man in diesem Fall zu einem solchen Resultat kommen und für Suchmaschinen einen eigenen relevanten Nutzermarkt abgrenzen. Siehe dazu: TRAFKOWSKI, S. 635 f.

Hyperlinks zu den entsprechenden Sites können nicht annähernd mit den Besucherzahlen einer Suchmaschine konkurrieren und mit ihnen verglichen werden²⁵⁷. Daher bieten die Suchmaschinen mit der Indexierung von Websites eine Leistung an, die für die Websitebetreiber nicht austauschbar ist. Es gilt hier anzuerkennen, dass es neben den Suchmaschinen gar keine Angebote anderer Anbieter gibt, die vergleichbare Dienstleistungen für Websitebetreiber anbieten. Entweder ein Websitebetreiber ist bei einer Suchmaschine indexiert und profitiert von deren Dienstleistungen, d.h. er kann über die Suchmaschine gefunden werden. Oder aber die Website ist nicht bei einer Suchmaschine indexiert und kann nur über einfache Websites Dritter oder die direkte Eingabe der Internetadresse in den Browser gefunden werden. Es steht ausser Frage, dass die Eigenschaften dieser beiden Angebote unterschiedlicher nicht sein könnten.

Auch hier kommt ein Aspekt der Marktdefinition hinzu, der bereits oben ausführlich erörtert worden ist und ebenfalls geprüft werden muss. Es geht wiederum um das Bestehen eines Marktes bei einer unentgeltlich erbrachten Dienstleistung an einen unbestimmten Personenkreis. Die Suchmaschinen indexieren alle von den Robots und Spidern aufgefundenen Websites. Diese erscheinen in der Folge, je nach Suchanfrage, in der Trefferliste. Die Dienstleistung der Suchmaschine wird dabei kostenlos erbracht und die Websitebetreiber erbringen ebenfalls keine finanzielle Gegenleistung. Es kommt also zu einer ähnlichen Situation wie bei den Internetnutzern, die gratis und ohne vertragliche Grundlage eine Dienstleistung der Suchmaschinenbetreiber in Anspruch nehmen können.

Im Wesentlichen kann auf die oben gemachten Ausführungen verwiesen werden, da auch hier ein enges Zusammenspiel zwischen Websitebetreibern, Werbung und Internetnutzern besteht, das zu einer indirekten monetären Gegenleistung führt²⁵⁸. Denn obwohl kein direkter finanzieller Gegenwert von den Websitebetreibern erbracht wird, bildet die Indexierung von Websites die Grundlage für hohe Nutzerzahlen und Werbeeinnahmen²⁵⁹. Je mehr Websites in der

²⁵⁷ WIEBE, S. 180, erwähnt die Möglichkeit einer weiteren Differenzierung und liegt damit sicherlich richtig. Je nach Produkten oder Dienstleistungen, die vom Websitebetreiber angeboten werden, existieren oftmals weitere suchmaschinenähnliche Verzeichnisse (branchen- und produktbezogen), in denen der Websitebetreiber indexiert sein muss, um konkurrenzfähig zu bleiben. Die Indexierung in solchen Verzeichnissen kann aber aus den oben erwähnten Gründen nicht als austauschbar mit der Indexierung bei einer Suchmaschine im eigentlichen Sinn angesehen werden. Im Rahmen dieser Arbeit wird auf eine detaillierte Markt- abgrenzung verzichtet, da sie für die weiteren Untersuchungen nicht relevant ist.

²⁵⁸ Siehe dazu: Zweiter Teil, Punkt A.II.1.c).

²⁵⁹ OTT, Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, S. 197.

Datenbank einer Suchmaschine indexiert sind, desto grösser ist im Prinzip das Angebot. Ein grösseres Angebot an Informationen ist wiederum attraktiv für die Internetnutzer, die nach Informationen suchen und selbstverständlich diejenige Suchmaschine benutzen wollen, die am meisten Informationen zur Verfügung stellen kann²⁶⁰. Mit höheren Nutzerzahlen steigen wiederum die Werbeeinnahmen. Damit wird indirekt ein finanzieller Gegenwert für die Indexierung von Websites erbracht. Der Erfolg und die Qualität einer Suchmaschine hängen massgeblich davon ab, dass neben einem perfekten Suchalgorithmus möglichst viele Websites indexiert werden²⁶¹.

Es sei noch darauf hingewiesen, dass verschiedene Autoren aus urheberrechtlichen Überlegungen das Bestehen eines Marktes rechtfertigen wollen²⁶². Dabei wird argumentiert, dass das Kopieren von Websites durch die Robots der Suchmaschinen im Rahmen eines seitens der Websitebetreiber eingeräumten Nutzungsrechts zustande kommt. Es wird bei dieser Argumentation davon ausgegangen, dass die Websitebetreiber in aller Regel damit einverstanden sind, dass ihre Websites durch die Suchmaschinen indexiert werden. Das eingeräumte urheberrechtliche Nutzungsrecht stellt dabei die ökonomische Gegenleistung der Websitebetreiber dar und bietet die Grundlage für einen Leistungsaustausch.

Grundsätzlich ist dieser Auffassung durchaus zuzustimmen, allerdings wird dabei an den Umstand angeknüpft, dass Websites urheberrechtlich geschützt sind²⁶³. Man könnte sich auch überlegen, noch einen Schritt weiter zurückzugehen und bei der Erstellung der Websites anzusetzen. In diesem Falle wären bereits das Aufschalten einer Website und die damit verbundenen Aufwendungen als Gegenleistung zu verstehen. Wird eine Website in den Index einer Suchmaschine aufgenommen, so könnte allein schon deren Vorhandensein im Index einen ökonomischen Gegenwert rechtfertigen, da ja bereits die Aufschaltung der Website im Internet einen ökonomischen Wert darstellt.

Schliesslich gilt es auf die Folgen eines Ausschlusses von Websites aus dem Index von Suchmaschinen hinzuweisen. Obwohl es sich in dieser Hinsicht um eine ergebnisorientierte Argumentation handelt, wird auch auf diesen Aspekt kurz eingegangen. Für Websitebetreiber

²⁶⁰ LEWANDOWSKI, Zur Bewertung der Qualität von Suchmaschinen, S. 1 ff.

²⁶¹ HEINEMANN, S. 20.

²⁶² U.a. WIEBE, S. 180; OTT, Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, S. 197.

²⁶³ HEINEMANN, S. 20.

hängt die eigene Existenz oftmals davon ab, bei einer Suchmaschine indexiert zu sein²⁶⁴. Es gilt in diesem Zusammenhang die Aussage: “To exist is to be indexed in a search engine“²⁶⁵. Insbesondere eine Indexierung bei der dominanten Suchmaschine Google ist für Suchmaschinenbetreiber von grundlegender Bedeutung, damit die Website von den Internetnutzern überhaupt gefunden und wahrgenommen wird. Würde man einen Markt für Websitebetreiber verneinen, könnte man Websitebetreibern, die unrechtmässig aus dem Index einer dominanten Suchmaschine gelöscht oder nicht in den Index aufgenommen werden, kein Instrumentarium zur Hilfe anbieten. Daher könnte auch aus diesem Grund ein Markt für indexierte Websites angenommen werden, damit im Falle eines unrechtmässigen Ausschlusses aus dem Index oder einer Nichtaufnahme von Websites durch ein marktbeherrschendes Unternehmen zumindest über das kartellrechtliche Instrumentarium Verpflichtungen für die Suchmaschine geltend gemacht werden können²⁶⁶.

Zusammenfassend sollte meines Erachtens auch hier von einem sachlich relevanten Markt für indexierte Websites ausgegangen werden. Selbst wenn, ähnlich wie beim Nutzermarkt erwähnt wurde, einige Autoren aufgrund der mangelnden direkten monetären Gegenleistung das Bestehen eines Marktes verneinen würden, sind die Argumente für die Bejahung eines Marktes meiner Meinung nach überzeugender. Hinsichtlich der Eigenschaften der Dienstleistung, der Präferenzen der Websitebetreiber, des Verwendungszwecks und der mangelnden Substituierbarkeit ist die Annahme eines sachlich relevanten Marktes für indexierte Websites gerechtfertigt²⁶⁷.

d) Der räumlich relevante Markt

aa) Definition

Die Definition des räumlich relevanten Marktes findet sich ebenfalls in der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU). In Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU heisst es:

²⁶⁴ SCHULZ/HELD/LAUDIEN, S. 21 f.

²⁶⁵ INTRONA/NISSENBAUM, S. 171.

²⁶⁶ OTT, Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, S. 197.

²⁶⁷ Gegen die Annahme eines entsprechenden Marktes: PARLASCA, S. 214 und SCHULZ/HELD/LAUDIEN, S. 59 f.

„Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet.“

Grundsätzlich wird auch bei der Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes, wie beim sachlich relevanten Markt, das Bedarfsmarktkonzept zur Beurteilung herangezogen²⁶⁸. Das bedeutet, dass der räumlich relevante Markt nach den vorhandenen Austauschmöglichkeiten aus Sicht der Marktgegenseite abgegrenzt wird²⁶⁹. Es gilt abzuklären, ob für die Nachfrager substituierbare Angebote von Dritten bestehen, die aus räumlicher und geographischer Sicht erreichbar sind.

Ein Blick auf die Bekanntmachung der Europäischen Kommission zeigt, dass die Definition des räumlich relevanten Marktes von derjenigen der Schweiz insofern abweicht, als dass der Markt nach dem Standort bzw. dem Hauptabsatzgebiet des zu beurteilenden Unternehmens abgegrenzt wird²⁷⁰:

„Der geographisch relevante Markt umfasst das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte und Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet.“²⁷¹

Was nun die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes bei Suchmaschinen anbelangt, müssen verschiedene Faktoren in Betracht gezogen und beurteilt werden. Ganz allgemein kann festgestellt werden, dass die Suchmaschinen ihren Index weltweit einheitlich erstellen und damit auf der ganzen Welt, unabhängig vom Standort des Internetnutzers, die gleichen Suchresultate erzielt werden können²⁷². Des Weiteren bieten die drei grossen Suchmaschinenbetreiber Google, Yahoo! und MSN ihre Dienste in verschiedenen Länder- bzw. Sprach-

²⁶⁸ BAKER & MC KENZIE, Art. 4 KG Rn. 44 ff.

²⁶⁹ HEIZMANN, S. 143 f.

²⁷⁰ Vgl. hierzu EMMERICH, S. 73; CALLIES/RUFFERT, S. 879.

²⁷¹ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABI 1997 C 372/5.

²⁷² WIEBE, S. 80 f.

versionen an. Vorreiter ist diesbezüglich Google mit über einhundert Sprachen, gefolgt von Yahoo! und MSN mit je etwa vierzig verschiedenen Sprachversionen²⁷³.

Die Frage nach der Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes stellt sich bei verschiedenen sachlich relevanten Märkten stets von Neuem. Da sich der Nutzer- und Werbemarkt und der Markt für Websitebetreiber voneinander unterscheiden, kann nicht pauschal für alle drei die gleiche räumliche Marktabgrenzung vorgenommen werden. Aus diesem Grund muss jeder dieser Märkte räumlich einzeln abgegrenzt werden.

bb) Werbemarkt

Die räumliche Abgrenzung des Werbemarktes erfordert eine differenzierte Betrachtung. Ein werbendes Unternehmen ist gerade bei Suchmaschinen an einer gezielten Werbung interessiert, die möglichst den gewünschten Kundenkreis erreichen sollte. Die Suchmaschinenbetreiber bieten dazu auch die entsprechenden Werbemodelle an. Gerade bei kleineren und mittleren Unternehmen wird die Werbung meistens innerhalb eines bestimmten Sprachraums aufgeschaltet, da zum einen nur dieses Gebiet beliefert werden kann und zum anderen keine finanziellen Mittel für unterschiedliche Sprachversionen der Werbung vorhanden sind. Aber auch die grossen Unternehmen entwickeln oftmals unterschiedliche Werbestrategien für die verschiedenen Gebiete, in denen das Unternehmen tätig ist. Für den räumlich relevanten Markt bedeutet dies eine engere Marktabgrenzung. Nach dem Prinzip der funktionellen Austauschbarkeit muss anerkannt werden, dass die werbenden Unternehmen die Werbeangebote der Suchmaschinen am ehesten in einem bestimmten Sprachraum nachfragen²⁷⁴.

Der Bekanntmachung der Europäischen Kommission folgend, welche von der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) abweicht, ist festzustellen, dass nur innerhalb dieser verschiedenen Sprachräume die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und sich spürbar von benachbarten fremdsprachigen Gebieten unterscheiden.

Damit gilt für den Werbemarkt, sowohl nach schweizerischem als auch nach europäischem Recht, eine räumlich relevante Marktabgrenzung in die verschiedenen Sprachregionen²⁷⁵.

²⁷³ Siehe dazu bei Google unter „www.google.ch/language_tools“; bei Yahoo! auf der Startseite unter „More Yahoo! Services“ und bei MSN unter „www.groups.msn.com/changelanguage.msnw“.

²⁷⁴ OTT, Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, S. 199, ebenfalls in diese Richtung argumentierend.

²⁷⁵ In diese Richtungweisend: WIEBE, S. 81.

Oftmals stimmen diese mit den nationalen Ländergrenzen überein, aber gerade der deutsche Sprachraum zeigt, dass dies nicht zwingend der Fall sein muss²⁷⁶.

cc) Nutzermarkt

Beim Nutzermarkt von Suchmaschinen spricht vieles dafür, eine weltweite räumliche Markt-
abgrenzung vorzunehmen. Da die Suchmaschinen verschiedene Sprachversionen anbieten, die
von der ganzen Welt aus abgerufen und benutzt werden können, spielt es für den Internetnut-
zer keine Rolle, wo er die Suchmaschine verwendet. Zudem wird auch der Index weltweit
einheitlich erstellt, sodass auf der ganzen Welt die gleichen Voraussetzungen für eine Suche
gelten²⁷⁷. Fragt man nach dem Bedarfsmarktkonzept, so werden die Dienstleistungen der
Suchmaschinen weltweit angeboten und von den Internetnutzern nachgefragt. Solange ein In-
ternetzugang gewährleistet ist, stehen dem Internetnutzer überall auf der Welt die gleichen
Suchmaschinen mit den gleichen Angeboten zur Verfügung²⁷⁸. Stellt man also auf das Gebiet
ab, wo die Marktgegenseite die Suchdienstleistungen der Suchmaschinen nachfragt, so um-
fasst dieses Gebiet die ganze Welt.

dd) Markt für indexierte Websites

Beim Markt für die Websitebetreiber, welche bei einer Suchmaschine indexiert sind, spricht
ebenfalls einiges für eine weltweite räumliche Markt-
abgrenzung. Wie bereits erwähnt wurde,
erstellen die Suchmaschinen ihren Index weltweit einheitlich. Das bedeutet, dass es völlig un-
erheblich ist, in welcher Sprache oder welchem Land eine Website aufgeschaltet wird, denn
die Site wird ohnehin (falls sie von den Robots gefunden wird) in den Index der Suchmaschi-
nen aufgenommen und erscheint bei einer entsprechenden Suche in deren Trefferlisten. Eine
Website, welche im Index einer Suchmaschine aufgelistet ist, kann demnach auf der ganzen
Welt über die entsprechende Suchmaschine gefunden werden. Fragt man wiederum nach dem
Bedarfsmarktkonzept, so werden die Websitebetreiber auf der ganzen Welt von den Suchma-
schinenbetreibern indexiert. Sie werden in die Datenbank aufgenommen und können deren

²⁷⁶ Siehe dazu die Ausführungen bei CALLIESS/RUFFERT, S. 927, wo ausführlich über den gemeinsamen Markt und nationale Grenzen diskutiert wird.

²⁷⁷ OTT, Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, S. 199.

²⁷⁸ Die bisher einzige Ausnahme stellt China dar. Die führenden Suchmaschinenbetreiber sind zwar auch in China vertreten und bieten dort ebenfalls verschiedene Sprachversionen an, die Suchresultate werden aber vom chinesischen Regime zensiert. Damit stehen dem Internetnutzer einzig in China nicht die gleichen Informationen zur Verfügung wie im Rest der Welt. Siehe auch: NZZ, Lieber ein Internet mit Zensur als kein Internet, Artikel vom 14.07.2006, S. 9; Heise Online, Google zensiert seine neue chinesische Suchmaschine, Artikel vom 25.01.2006.

Dienstleistungen überall in Anspruch nehmen. Daher kann auch hier von einem weltweiten räumlich relevanten Markt für indexierte Websitebetreiber ausgegangen werden.

e) Der zeitlich relevante Markt

Die Abgrenzung des zeitlich relevanten Marktes ist im vorliegenden Fall von geringerer Bedeutung als die sachliche und räumliche Marktabgrenzung. Die zeitliche Marktabgrenzung ist nur dann von Bedeutung, wenn Produkte oder Dienstleistungen nicht das ganze Jahr über angeboten werden und nicht permanent verfügbar sind²⁷⁹. Bezeichnenderweise findet sich weder in der Fusionskontrollverordnung (VKU) noch in der Bekanntmachung der Europäischen Kommission eine Definition des zeitlich relevanten Marktes, was charakteristisch dafür ist, dass der zeitlich relevante Markt nicht von gleicher Bedeutung ist wie der sachlich und räumlich relevante Markt²⁸⁰.

Da die Dienstleistungen der Suchmaschinen keinen saisonalen Schwankungen unterliegen und über das ganze Jahr nachgefragt werden können, ist ein näheres Eingehen auf die zeitlich relevante Marktabgrenzung nicht notwendig.

2. Marktbeherrschung

a) Allgemeines

Nachdem die relevanten Märkte bestimmt wurden, können nun die Wettbewerbskräfte auf denselben analysiert und beurteilt werden. Es stellt sich dabei insbesondere die Frage, ob die starke Position von Google auf dem Werbe- und Nutzermarkt und dem Markt für indexierte Websitebetreiber eine marktbeherrschende Stellung darstellt oder nicht. Das schweizerische Kartellrecht hat den Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens in Art. 4 Abs. 2 KG definiert:

„Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.“

²⁷⁹ ZÄCH, Kartellrecht, S. 270 f.; BAKER & MC KENZIE, Art. 4 KG Rn. 44 ff.; HEIZMANN, S. 148.

²⁸⁰ EMMERICH, S. 73; HEIZMANN, S. 148.

Es handelt sich hierbei um eine Legaldefinition des Gesetzgebers, die durch die Rechtsanwendung im Einzelfall zu konkretisieren ist. Dabei spielt es keine Rolle, wie die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens entstanden ist²⁸¹.

In der europäischen Rechtsordnung sucht man vergebens nach einer Definition des Begriffs des marktbeherrschenden Unternehmens. Obwohl in Art. 82 EGV ausdrücklich die beherrschende Stellung erwähnt wird, liefert das Gesetzeswerk keine Definition dazu²⁸². Aus diesem Grund muss auf die Rechtsprechung zu Art. 82 EGV verwiesen werden, wo der EuGH den Begriff der beherrschenden Stellung definiert hat:

„...die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens gemeint, die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und schliesslich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.“²⁸³

Die Definition zeigt, dass auch die EU darauf abstellt, ob sich ein Unternehmen weitgehend autonom, d. h. unabhängig von anderen Unternehmen, verhalten kann. Die Definition stimmt demnach im Grundsatz mit derjenigen des schweizerischen Rechts überein.

Im Folgenden wird die Stellung von Google auf den verschiedenen Märkten analysiert, um feststellen zu können, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt oder nicht. Dabei werden zuerst die marktstrukturbezogenen Kriterien untersucht, danach ein Blick auf die unternehmensbezogenen Kriterien geworfen und zuletzt noch das Marktverhalten thematisiert.

Die Beurteilung der Marktstellung eines Unternehmens auf einem relevanten Markt nach marktstrukturbezogenen Kriterien beinhaltet verschiedene Faktoren. Es handelt sich dabei um

²⁸¹ HEIZMANN, S. 162.

²⁸² Art. 82 Abs. 1 EGV lautet folgendermassen: „Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen“.

²⁸³ EuGH Entsch. v. 14.02.1978, WuW/E EWG 425 - "United Brands/Kommission", Rn. 63 und 66, in NJW 48/1978, S. 2439 ff.

Fragen der Marktanteile, dem Vorliegen einer Monopolstellung, der Marktkonzentration, der Marktzutrittsschranken und dem potenziellen Wettbewerb, der vertikalen und horizontalen Gegenmacht und den Umstiegskosten²⁸⁴. Dieser Katalog an Kriterien ist der Ausgangspunkt für eine Untersuchung über das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung. Auf die einzelnen Punkte wird im Folgenden näher eingegangen, und je nach Relevanz werden einige Punkte ausführlicher behandelt.

Da für die Beurteilung bzw. Untersuchung der Marktstellung eines Unternehmens auf einem relevanten Markt nicht alleine auf marktstrukturbezogene Kriterien abgestellt werden kann, müssen nach der Kartellgesetzrevision 2003 auch unternehmensbezogene Kriterien zur Beurteilung herangezogen werden²⁸⁵. Dabei geht es um die Frage der Finanzkraft, des Portfolioeffekts, der vertikalen Integration, des Grössenvorteils, der Qualität von Produkten und Dienstleistungen, der Höhe der Werbeausgaben, der Bekanntheit des Unternehmens und der Präsenz auf Drittmärkten²⁸⁶. Hier könnten noch weitere Kriterien angefügt werden, die genannten Beispiele veranschaulichen aber bereits ausreichend, welche Art von Kriterien bei der unternehmensbezogenen Untersuchung von Bedeutung sind. Nachfolgend werden auch diese Punkte ausführlich behandelt und je nach Relevanz mehr oder weniger fest gewichtet.

b) Werbemarkt

aa) Marktstrukturbezogene Kriterien

aaa) Marktanteile

Ein wichtiges marktstrukturbezogenes Kriterium stellen die Marktanteile dar, die bei der Beurteilung der Marktstellung eines Unternehmens auf einem relevanten Markt eine zentrale Rolle einnehmen²⁸⁷. Je höher die Marktanteile eines Unternehmens auf einem relevanten Markt sind, desto grösser ist die Wahrscheinlichkeit, dass eine marktbeherrschende Stellung vorliegt. Dabei wird nicht allein auf die absoluten Marktanteile eines Unternehmens abgestellt. Es gilt jeweils den gesamten Markt zu beurteilen und damit auch die Marktanteile der Konkurrenz und der Marktgegenseite miteinzubeziehen²⁸⁸.

Konkret müssen die Marktanteile auf dem Online-Werbemarkt für kontextbezogene Werbung bei Suchmaschinen verglichen werden und zwar innerhalb des räumlich relevanten Marktes. Dieser bezieht sich, nach der Argumentation in der vorliegenden Arbeit, vor allem auf den

²⁸⁴ HEIZMANN, S. 166.

²⁸⁵ ZÄCH, Kartellrecht, S. 277 f.

²⁸⁶ HEIZMANN, S. 196.

²⁸⁷ HEIZMANN, S. 167 ff.

²⁸⁸ HEIZMANN, S. 170.

deutschen Sprachraum und betrifft damit die Schweiz, Österreich und Deutschland²⁸⁹. Über die Marktanteile auf den entsprechenden Online-Werbemärkten sind nur wenige Untersuchungen zu finden²⁹⁰. Allerdings hat die Europäische Kommission bei der Beurteilung des Zusammenschlusses von Google und DoubleClick erstmals konkrete Zahlen zum Online-Werbemarkt veröffentlicht, die auf eine marktbeherrschende Stellung von Google im Bereich der kontextbezogenen Werbung bei Suchmaschinen hinweisen²⁹¹.

Neben den im Entscheid der Kommission festgehaltenen Marktanteilswerten für den Online-Werbemarkt wird von mehreren Autoren eine marktbeherrschende Stellung von Google aufgrund der Marktanteile beim Nutzermarkt von Suchmaschinen angenommen²⁹². Richtig daran ist sicherlich die starke Verknüpfung zwischen dem Nutzer- und Werbemarkt. Es kann davon ausgegangen werden, dass aufgrund von höheren Nutzerzahlen auch ein höherer Anteil am Online-Werbemarkt erreicht wird, da starke Interdependenzen zwischen beiden Märkten bestehen. Eine Vermutung über die marktbeherrschende Stellung von Google kann sicher angestellt werden. Die Vermutung stützt sich dabei sowohl auf die Marktanteile auf dem Nutzermarkt, wo Google über 80% der Marktanteile im deutschen Sprachraum besitzt, als auch auf die von der Europäischen Kommission veröffentlichten Marktanteilswerte zur Online-Werbung²⁹³.

Es kann davon ausgegangen werden, dass Google aufgrund des hohen Marktanteils auch auf dem Online-Werbemarkt für kontextbezogene Werbung bei Suchmaschinen eine marktbe-

²⁸⁹ Siehe dazu: Zweiter Teil, Punkt A.II.1.d).

²⁹⁰ OTT, Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, S. 199; siehe auch den Bericht von CARLSON/BRUNER, wo ausführlich auf den europäischen Werbemarkt eingegangen wird, aber keine Zahlen zu den Marktanteilen auf dem Werbemarkt zu finden sind. Lediglich in den USA werden regelmäßig Statistiken veröffentlicht, die sich aber ausschließlich auf den amerikanischen Werbemarkt beziehen.

²⁹¹ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Entscheid der Kommission vom 11.03.2008 zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen, Sache COMP/M.4731, Google/DoubleClick, S. 31 ff., Tabellen 2-5.

²⁹² KÜHLING/GAUSS, Expansionslust von Google als Herausforderung für das Kartellrecht, S. 751, deutet diese Möglichkeit zumindest an; WIEBE, S. 184; OTT, Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, S. 199; MACHILL/BEILER/ZENKER, Suchmaschinenforschung. Überblick und Systematisierung eines interdisziplinären Forschungsfeldes, S. 7 ff.

²⁹³ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Entscheid der Kommission vom 11.03.2008 zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen, Sache COMP/M.4731, Google/DoubleClick, S. 31 ff., Tabellen 2-5; Heise Online, Google in Deutschland über 90%, Artikel vom 18.09.2006.

herrschende Stellung einnimmt²⁹⁴. Das unmittelbare Zusammenspiel zwischen Nutzer- und Werbemarkt sowie der grosse Abstand zur Konkurrenz rechtfertigen eine solche Annahme. Anzumerken bleibt lediglich, dass auf dem Online-Werbemarkt nicht von einer gleich starken Dominanz von Google ausgegangen werden kann wie auf dem Nutzermarkt, da Werbetreibende oftmals auf verschiedenen Werbeplattformen werben und damit breiter agieren als die Internetnutzer²⁹⁵.

Es ist damit zu rechnen, dass Google auf dem Online-Werbemarkt für kontextbezogene Werbung bei Suchmaschinen im deutschen Sprachraum ungefähr 60% des Marktanteils besitzt²⁹⁶. Dieser Anteil reicht für die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung aus. Sowohl nach schweizerischem als auch nach europäischem Kartellrecht liegt damit eine marktbeherrschende Stellung von Google auf dem Online-Werbemarkt für kontextbezogene Werbung bei Suchmaschinen vor²⁹⁷.

bbb) Marktzutrittsschranken und potenzieller Wettbewerb

Ein weiteres wichtiges marktstrukturbezogenes Kriterium betrifft die Marktzutrittsschranken und den potenziellen Wettbewerb. I.c. geht es dabei um natürliche oder tatsächliche Marktzutrittsschranken, die ökonomischer oder technischer Natur sind²⁹⁸. Je höher die Marktzutrittsschranken sind, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit von potenziellem Wettbewerb²⁹⁹.

Betrachtet man nun die Situation auf dem Markt für kontextbezogene Online-Werbung bei Suchmaschinen, so zeigt sich zunächst eine hohe Konzentration des Marktes mit drei grossen Anbietern (Google, Yahoo! und MSN). Diese drei Anbieter verfügen alle über einen guten Ruf, viel Erfahrung und gehören zu den bekanntesten Unternehmen auf dem Markt. Sie sind auf der ganzen Welt unternehmerisch tätig und man zählt sie zu den 500 wertvollsten Unternehmen der Welt³⁰⁰. Für einen Neueinsteiger stellen diese Kriterien sicherlich eine erste

²⁹⁴ HEINEMANN, S. 21 f.

²⁹⁵ OTT, Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, S. 199.

²⁹⁶ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Entscheid der Kommission vom 11.03.2008 zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen, Sache COMP/M.4731, Google/DoubleClick, S. 33, Tabelle 3.

²⁹⁷ Vgl. RPW 2001/1, S. 101 f. Rn. 37 f., Intensiv SA, Grancia (Weko U), RPW 2004/4, S. 1010 f. Rn. 40-42, Corner Banca SA/ Telekurs AG (Weko vM).

²⁹⁸ HEIZMANN, S. 180 f.

²⁹⁹ ZÄCH, Kartellrecht, S. 286.

³⁰⁰ Vgl. dazu die Liste der Financial Times über die Global 500 vom 30.09.2008, abrufbar unter „www.media.ft.com/cms/eee5847a-9085-11dd-8abb-0000779fd18c.pdf“; Microsoft liegt dabei auf Rang 4, Google auf Rang 64 und Yahoo! auf Rang 292.

Marktzutrittsschranke dar, da er sich in einem stark konzentrierten Markt gegen drei weltbekannte Unternehmen, die alle über einen guten Ruf und viel Erfahrung verfügen, durchsetzen muss. Eine weitere Marktzutrittsschranke stellen die hohen Anfangsinvestitionen dar. Der Aufbau einer konkurrenzfähigen Suchmaschine benötigt ein hohes Anfangskapital. Schätzungen zufolge sind mehrere Millionen Euro nötig, um eine konkurrenzfähige Datenbank zu erstellen und die Kosten für Betrieb, Wartung und laufende Kosten zu decken³⁰¹. In diesem Zusammenhang sei auf die Investitionen von Microsoft in die neue Suchmaschine Live Search hingewiesen und auf die Versuche von Deutschland und Frankreich, eine Konkurrenz-Suchmaschine zu Google aufzubauen³⁰². Weiter zeigt sich, dass auch die technischen Besonderheiten des Suchmaschinenmarktes eine wichtige Rolle spielen und eine weitere Marktzutrittsschranke darstellen. Die hohen technischen Anforderungen, welche an die Suchmaschinen im Allgemeinen und an das Modell der kontextbezogenen Online-Werbung im Besonderen gestellt werden, setzen ein grosses Know-how voraus.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass aufgrund des guten Rufs von Google (und Yahoo! und MSN), der hohen Anfangsinvestitionen und den technischen Besonderheiten des Online-Werbemarktes für kontextbezogene Werbung sehr hohe Marktzutrittsschranken bestehen. Als Folge der hohen Marktzutrittsschranken haben in den vergangenen Jahren auch nur wenige Unternehmen den Einstieg ins Suchmaschinengeschäft gewagt³⁰³. Mit Ausnahme von Google konnten die aktuellen Wettbewerber ihre Marktstellung kaum verbessern. Es zeigt sich, dass aufgrund der hohen Marktzutrittsschranken auch der potenzielle Wettbewerb nur in sehr geringem Mass existiert.

³⁰¹ KÜHLING/GAUSS, Expansionslust von Google als Herausforderung für das Kartellrecht, S. 751/753.

³⁰² NZZ, Frankreich lanciert Forschungsförderung, Artikel vom 26.04.2006, S. 21; NZZ, Der Triumph der grossen Zahl, Artikel vom 25.04.2008, S. 65; Spiegel Online, Quaero ist geplatzt, Artikel vom 19.12.2006; Heise Online, IT-Gipfel: Quaero heißt jetzt Theseus, Artikel vom 18.12.2006.

³⁰³ Die Suchmaschine „Cuil“ wurde am 28.07.2008 neu lanciert und sie behauptet von sich, am meisten indexierte Webseiten aufweisen zu können (siehe dazu: www.cuil.com/info/), NZZ, Cuil contra Google, Artikel vom 05.08.2008, S. 54; NZZ, Noch ziemlich uncool, Artikel vom 03.08.2008, S. 65. Des Weiteren hat Wikipedia-Gründer Jimmy Wales eine neue Suchmaschine „Wikia Search“ angekündigt, die am 07.01.2008 lanciert wurde (siehe hierzu: www.wikiasearch.com): NZZ, Wikipedia-Gründer plant Google-Konkurrenz, Artikel vom 12.01.2007, S. 65.

Bzgl. der Marktstellung von Google, Yahoo! und MSN kann auf Punkt B.IV. im ersten Teil verwiesen werden, wo die Entwicklung der Marktanteile der letzten Jahre dokumentiert wird.

ccc) Anbieter- und Nachfragemacht

Das letzte zu untersuchende marktstrukturbezogene Kriterium bildet die Anbieter- und Nachfragemacht. Es muss abgeklärt werden, inwiefern ein marktbeherrschendes Unternehmen der horizontalen und vertikalen Gegenmacht ausgesetzt ist und wie stark diese Mächte einzustufen sind³⁰⁴.

Was die horizontale Gegenmacht betrifft, so ist auf die aktuelle Konkurrenz zu verweisen. Marktbeherrscher Google sieht sich auf dem aktuellen Markt vor allem mit zwei grossen Konkurrenten, Yahoo! und MSN, im Wettbewerb. Als gross sind die Unternehmen deshalb zu bezeichnen, weil sie aufgrund ihrer Finanzkraft und der langjährigen Erfahrung durchaus ernstzunehmende Wettbewerber sind³⁰⁵. Dennoch zeigt der Blick auf die Marktanteile ein anderes Bild. Obwohl Yahoo! und MSN über starke finanzielle Mittel verfügen, schaffen sie es nicht, dem Marktführer Google Marktanteile abzugewinnen. Die Situation präsentiert sich folgendermassen: Google befindet sich als marktbeherrschendes Unternehmen zwar mit einer durchaus ernst zu nehmenden aktuellen Konkurrenz im Wettbewerb, die beiden Konkurrenten Yahoo! und MSN können aber trotz ihrer horizontalen Gegenmacht für keinen Machtausgleich auf dem Online-Werbemarkt für kontextbezogene Werbung bei Suchmaschinen sorgen.

Was die vertikale Gegenmacht betrifft, so sieht sich Google mit einer Vielzahl von werbenden Unternehmen konfrontiert. Es ist zu untersuchen, ob für die Marktgegenseite Ausweichmöglichkeiten bestehen. Ausweichmöglichkeiten bestehen in Form von Werbeangeboten bei anderen Suchmaschinenanbietern. Sie sind aber nicht mit dem Angebot von Google vergleichbar, da dort weniger Internetnutzer erreicht werden können. Die Situation präsentiert sich auch hier sehr ähnlich wie bei der horizontalen Gegenmacht. Zwar existiert eine starke Marktgegenseite in Form von werbenden Unternehmen. Diese könnten aber nur durch eine Zusammenarbeit genügend Druck auf den Marktbeherrscher Google ausüben. Derzeit sind die werbenden Unternehmen jedoch eher an einer Zusammenarbeit mit Google interessiert, da dort aufgrund der hohen Marktanteile auf dem Nutzermarkt eine effizientere Werbung geschaltet werden kann als bei der Konkurrenz.

³⁰⁴ HEIZMANN, S. 189 f.

³⁰⁵ Vgl. Financial Times Global 500 vom 30.09.2008, abrufbar unter „www.media.ft.com/cms/eee5847a-9085-11dd-8abb-0000779fd18c.pdf“.

bb) Unternehmensbezogene Kriterien

aaa) Finanzkraft

Das wichtigste unternehmensbezogene Kriterium stellt die Finanzkraft dar. Einem Unternehmen mit starker Finanzkraft stehen in der Regel mehr Mittel für Forschungszwecke, Werbekampagnen und Preiskämpfe zur Verfügung³⁰⁶. Damit steigen auch die Wettbewerbsvorteile von finanzstarken Unternehmen im Vergleich zu den finanzschwachen. Gemessen wird die Finanzkraft u. a. am Umsatz, dem Nettogewinn, dem Cashflow, den stillen Reserven und den Rückstellungen.

Grundsätzlich sind alle Suchmaschinenanbieter als finanzstark einzustufen, da sie aus ökonomischer Sicht zu den Schwergewichten gehören und eine globale Präsenz aufweisen können³⁰⁷. Am finanzstärksten ist sicherlich MSN, das als Tochterunternehmen von Microsoft einem der erfolgreichsten Unternehmen der Welt angehört und damit über eine finanzielle Absicherung verfügt, die einzigartig ist. Google besitzt als selbständiges Unternehmen keine derartige Absicherung, ist aber aufgrund des eigenen Erfolgs zu einem äusserst finanzkräftigen Unternehmen geworden. Yahoo! hat in den vergangenen Jahren viel von seiner starken Marktposition eingebüsst und versucht nun durch die Zusammenarbeit mit Microsoft eine Verbesserung der Geschäftsentwicklung zu erreichen. Da eine Fusion oder Kooperation mit Google aufgrund kartellrechtlicher Einwände nur schwer vorstellbar ist, kann eine Zusammenarbeit mit der finanzstarken Microsoft Corporation durchaus angestrebt werden.

Derzeit sind MSN und Google als finanzkräftige Suchmaschinenanbieter auf dem Markt tätig, während Yahoo! mit finanziellen Schwierigkeiten zu kämpfen hat und nicht mehr die gleichen finanziellen Mittel besitzt wie die anderen beiden Unternehmen. Die Finanzkraft von MSN ist sicherlich stärker zu gewichten als diejenige von Google, muss aber im Hinblick auf die Konzernstruktur der Microsoft Corporation relativiert werden. Zudem gilt es zu beachten, dass innerhalb der erwähnten Grössenverhältnisse die Beurteilung der Finanzkraft an Bedeutung verliert.

bbb) Weitere unternehmensbezogene Kriterien

Was die übrigen unternehmensbezogenen Kriterien wie Qualität von Produkten und Dienstleistungen, Höhe der Werbeausgaben, Bekanntheit des Unternehmens und Präsenz auf Drittmarkten anbelangt, sind lediglich kurze Anmerkungen angebracht. In Bezug auf die Qualität von Produkten und Dienstleistungen sind die Werbeangebote bei allen Suchmaschinenanbie-

³⁰⁶ HEIZMANN, S. 196 f.

³⁰⁷ Siehe dazu: Fn. 300.

tern nahezu identisch³⁰⁸. Ausser dem Werbemodell AdSense von Google werden alle anderen Werbemodelle von jedem Anbieter angeboten. Man könnte allerdings auch hier anmerken, dass die Werbung bei Google, aufgrund des höheren Marktanteils auf dem Nutzermarkt als qualitativ besser bzw. wertvoller einzustufen ist als bei der Konkurrenz.

Die Höhe der Werbeausgaben ist im konkreten Fall ein eher marginales Kriterium, da alle drei Unternehmen bereits etabliert sind und auch eine massive Erhöhung der Werbeausgaben nicht mehr zum Gewinn von Marktanteilen führen würde. Lediglich Microsoft hat zur Lancierung und Verbreitung der neuen Suchmaschine Live Search grössere Werbeausgaben getätigt, allerdings ohne Erfolg³⁰⁹.

Zum Schluss seien noch die Bekanntheit des Unternehmens und die Präsenz auf Drittmärkten erwähnt. Zweifellos sind alle drei Anbieter weltweit bekannte Unternehmen und der Bekanntheitsgrad ist sehr hoch. Zudem sind alle drei Unternehmen auf Drittmärkten präsent und versuchen immer häufiger, in solche vorzudringen. Bei MSN und Google zeigt sich diese Entwicklung am deutlichsten. Der Microsoftkonzern ist in sehr vielen technologischen Branchen tätig und auch Google versucht immer wieder in andere Geschäftsfelder vorzustossen³¹⁰.

Abschliessend kann zu den unternehmensbezogenen Kriterien gesagt werden, dass die Unterschiede weniger stark ins Gewicht fallen als bei den marktstrukturbezogenen Kriterien. Die hohe Marktkonzentration, die starke Finanzkraft der beteiligten Unternehmen, das ähnliche Angebot und der grosse Bekanntheitsgrad der Unternehmen führen zu weniger relevanten Unterschieden.

cc) Fazit

Auf dem Online-Werbemarkt für kontextbezogene Werbung bei Suchmaschinen ist von einer marktbeherrschenden Stellung von Google auszugehen. Die Beurteilung der verschiedenen marktstruktur- und unternehmensbezogenen Kriterien rechtfertigt diese Annahme. Aufgrund der von der Europäischen Kommission veröffentlichten Marktanteile auf dem Online-Werbemarkt, des grossen Abstands von Google zur Konkurrenz im Bereich der kontextbezogenen Werbung und des engen Zusammenspiels zwischen dem Nutzer- und dem Werbemarkt liegt eine berechtigte Annahme einer marktbeherrschenden Stellung von Google auf dem Markt für kontextbezogene Werbung bei Suchmaschinen vor. Verstärkend wirken sich die

³⁰⁸ Siehe dazu: Erster Teil, Punkt C. II.

³⁰⁹ NZZ, Microsoft mit Google-Konkurrent am Start, Artikel vom 04.02.2005, S. 12.

³¹⁰ Vgl. dazu auf der Homepage von Microsoft unter der Rubrik „All Products“ die grosse Auswahl an Angeboten. Bei Google findet man unter „www.google.ch/options/“ die verschiedenen Angebote.

hohen Marktzutrittsschranken aus, welche nicht nur potentielle Konkurrenten von einem Markteintritt abschrecken, sondern auch die aktuellen Wettbewerber an der Verstärkung ihrer Marktstellung hindern. Dies, obwohl durchaus eine horizontale und vertikale Gegenmacht bestehen würde, die Google unter genügend Wettbewerbsdruck setzen könnte. Die Analyse der Marktsituation zeigt aber deutlich, dass aufgrund der effektiven Kräfteverhältnisse auf dem Online-Werbemarkt kein solcher Druck ausgeübt wird. Google kann sich auf dem Online-Werbemarkt für kontextbezogene Werbung bei Suchmaschinen weitgehend und in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten und verfügt daher auf diesem Markt über eine marktbeherrschende Stellung.

c) Nutzermarkt

aa) Marktstrukturbezogene Kriterien

aaa) Marktanteile

Für die Beurteilung der Marktanteile auf dem Nutzermarkt von Suchmaschinen sind entsprechende Marktuntersuchungen über Google, Yahoo! und MSN heranzuziehen. Wie bereits vorstehend erwähnt wurde, wird der Nutzermarkt nicht regional oder national, sondern weltweit abgegrenzt und es sind daher die Marktanteile im weltweiten Vergleich relevant und zu untersuchen³¹¹. Nach Schätzungen von Comscore verfügt Google über einen weltweiten Marktanteil von 53.7%, während Yahoo! auf 19% und MSN auf 12.1% kommen³¹². Nach der herrschenden schweizerischen Lehre wird ab einer Schwelle von 50% von einer marktbeherrschenden Stellung ausgegangen³¹³. Damit kann aufgrund der weltweiten Marktanteilsverhältnisse auf dem Nutzermarkt für Suchmaschinen die marktbeherrschende Stellung von Google durchaus angenommen werden. Trotzdem müssen aber auch die anderen marktstrukturbezogenen Kriterien untersucht werden.

bbb) Marktzutrittsschranken und potentieller Wettbewerb

Neben der hohen Marktkonzentration auf dem Suchmaschinenmarkt muss auch hier auf die Marktzutrittsschranken und den potenziellen Wettbewerb eingegangen werden. Im Wesentlichen kann dabei aber auf die vorstehend gemachten Ausführungen verwiesen werden³¹⁴. Die hohen Anfangsinvestitionen, die grosse Erfahrung, der gute Ruf der bestehenden Unternehmen und die weitreichenden technischen Anforderungen des Marktes stellen hohe Marktzu-

³¹¹ Siehe dazu: Zweiter Teil, Punkt A.II.d.

³¹² Siehe dazu: Erster Teil, Punkt B.IV.

³¹³ BAKER & MCKENZIE, Art. 4 KG Rn. 37 ff.

³¹⁴ Siehe dazu: Zweiter Teil, Punkt A.II.2.b.

trittsschranken dar, die andere Unternehmen von einem Markteintritt abhalten. Aus diesem Grund liegt nur ein geringer potentieller Wettbewerb vor und der Blick auf die Marktanteilsverschiebungen der vergangenen Jahre zeigt deutlich, dass auch die aktuellen Wettbewerber mit Ausnahme von Google ihre Marktpositionen kaum verbessern konnten.

ccc) Anbieter- und Nachfragemacht

Was die horizontale und vertikale Gegenmacht betrifft, so zeigt sich eine ähnliche Situation wie beim Online-Werbemarkt für kontextbezogene Werbung bei Suchmaschinen. Google stehen im horizontalen Verhältnis zwei grosse Wettbewerber gegenüber, die zwar durchaus ernst zu nehmen sind, aber aufgrund der geringen Marktanteile kaum genügend Druck ausüben können. Die vertikale Gegenmacht betrifft die Vielzahl von Internetnutzern, die regelmässig eine Suchmaschine benutzen. Sie üben zwangsläufig Druck auf die Suchmaschinenbetreiber aus, da ihre Treue die Basis des Erfolgs einer Suchmaschine bildet. Da die Internetnutzer sich grundsätzlich für die ihrer Meinung nach beste Suchmaschine entscheiden, stehen die Suchmaschinen unter konstantem Druck, die besten Produkte und Dienstleistungen anzubieten. Die Marktanteilsverhältnisse zeigen deutlich, dass aktuell Google am meisten Internetnutzer anzuziehen vermag.

ddd) Umstiegskosten

Ein weiteres marktstrukturbezogenes Kriterium betrifft die Umstiegskosten. Damit wird der Effekt beschrieben, dass beim Vorliegen hoher sogenannter „switching costs“ im Fall eines Wechsels des Handelspartners die Wahrscheinlichkeit eines Wechsels sinkt³¹⁵. Als Folge davon bleibt man beim bestehenden Handelspartner gefangen. Da zu einem späteren Zeitpunkt noch ausführlich auf diese Thematik eingegangen wird, soll hier nur kurz die Problematik erläutert werden³¹⁶.

Die verschiedenen Suchmaschinenbetreiber versuchen vermehrt durch umfangreichere Angebote und vor allem durch eine Personalisierung der Startseite ihre Kunden bzw. Internetnutzer, an sich zu binden³¹⁷. Dies führt in der Regel dazu, dass die Startseite einer Suchmaschine nach den persönlichen Bedürfnissen des Internetnutzers eingestellt werden kann³¹⁸. Dieser

³¹⁵ HEIZMANN, S. 192 f.

³¹⁶ Siehe dazu: Vierter Teil, Punkt A.II.

³¹⁷ Bei Google und Yahoo! stehen die Angebote kostenlos und ohne Anmeldung zur Verfügung, während bei MSN eine Anmeldung nötig ist.

³¹⁸ Bei Google heisst dieses Programm iGoogle und bei Yahoo! myYahoo!. Von der Wetterprognose bis zu den Top-Nachrichten kann je nach individuellem Bedürfnis alles auf der Startseite angezeigt und entsprechend eingerichtet werden.

Vorgang des Personalisierens erfordert einen zeitlichen Aufwand des Internetnutzers, der eine Auswahl treffen und die Einrichtung der Startseite vornehmen muss. Ist nun die personalisierte Startseite einmal eingerichtet, so stellt die investierte Zeit die sogenannten „switching costs“ dar, die er bei einem Wechsel des Suchmaschinenanbieters verlieren bzw. neu investieren müsste. Als Folge davon bleibt der Internetnutzer eher bei der Suchmaschine, bei der er bereits eine personalisierte Startseite besitzt, anstatt diese aufzugeben und zu einer neuen Suchmaschine zu wechseln.

bb) Unternehmensbezogene Kriterien

Die Ausführungen, welche beim Online-Werbemarkt für kontextbezogene Werbung bei Suchmaschinen gemacht wurden, gelten weitgehend auch für den Nutzermarkt, schliesslich geht es auch hier um dieselben Unternehmen mit den gleichen Eigenschaften³¹⁹.

cc) Fazit

Auf dem Nutzermarkt für Suchmaschinen ist von einer marktbeherrschenden Stellung des Unternehmens Google auszugehen³²⁰. Aufgrund der relativ hohen Marktanteile und des grossen Abstandes zur Konkurrenz liegt die Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung nahe. Die Marktkonzentration und die hohen Marktzutrittsschranken verstärken zusätzlich die Position von Google und führen zu einem minimalen potenziellen Wettbewerb. Verstärkend kommt hinzu, dass auch die aktuellen Wettbewerber nicht genügend Druck auf Google ausüben können und sowohl die vertikale als auch die horizontale Gegenmacht nicht genügend ausgleichend wirken. Es ist in diesem Zusammenhang bezeichnend, dass sogar ein finanzstarkes Unternehmen wie Microsoft es nicht schafft, auf dem Suchmaschinenmarkt wesentliche Erfolge zu verzeichnen³²¹. Anzumerken bleibt aber, dass sich Google, trotz seiner marktbeherrschenden Stellung und der damit verbundenen Unabhängigkeit, im Wettbewerb mit Yahoo! und MSN befindet³²². Die Vermutung der marktbeherrschenden Stellung von Google soll nicht zum falschen Schluss verleiten, dass das Unternehmen überhaupt keinem Wettbewerb ausgesetzt ist. Dieser besteht nach wie vor und gerade auf dem Nutzermarkt stehen sich die Unternehmen in einem hart umkämpften Wettbewerbsumfeld gegenüber³²³.

³¹⁹ Siehe dazu: Zweiter Teil, Punkt A.II.2.b.

³²⁰ VAN EYCK, S. 6.

³²¹ HEINEMANN, S. 22.

³²² KÜHLING/GAUSS, Expansionslust von Google als Herausforderung für das Kartellrecht, S. 753.

³²³ OTT, Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, S. 199.

d) Markt für indexierte Websitebetreiber

aa) Marktstrukturbezogene Kriterien

Untersuchungen über die Anzahl der indexierten Websites bei den verschiedenen Suchmaschinen sind aus technischen Gründen sehr schwierig durchzuführen. Es bleibt in der Regel lediglich der Rückgriff auf die von den Suchmaschinenbetreibern selbst veröffentlichten Werte, um die Anzahl indexierter Websites feststellen zu können³²⁴. Die Schwierigkeit bei der Beurteilung von Marktanteilen auf dem Markt für indexierte Websitebetreiber besteht darin, dass einerseits die Anzahl existierender Websites im Internet nur geschätzt werden kann, und dass andererseits die Angaben der Suchmaschinenbetreiber über die Anzahl indexierter Websites nicht verifiziert werden können³²⁵. Gleichwohl ist aber davon auszugehen, dass alle Suchmaschinen mit einer ähnlichen Technologie nach Websites suchen und diese indexieren. Des Weiteren kann auch hier aus den gleichen Gründen, die bereits vorstehend ausführlich erörtert worden sind, eine marktbeherrschende Stellung von Google auf dem Markt für indexierte Websites vor Yahoo! und MSN, die mit einer kleineren Datenbank arbeiten, angenommen werden.

Was die weiteren Faktoren der marktstrukturbezogenen Kriterien betrifft, so kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden³²⁶.

bb) Unternehmensbezogene Kriterien

Die Ausführungen, welche beim Online-Werbemarkt für kontextbezogene Werbung bei Suchmaschinen gemacht wurden, gelten weitgehend auch für den Markt für indexierte Websitebetreiber, schliesslich geht es auch hier um dieselben Unternehmen mit den gleichen Eigenschaften³²⁷.

cc) Fazit

Auf dem Markt für indexierte Websitebetreiber kann von einer marktbeherrschenden Stellung des Unternehmens Google ausgegangen werden³²⁸. Es bleibt anzumerken, dass es für einen

³²⁴ NZZ, Das Internet jenseits von Google, Artikel vom 28.11.2008, S. 61; LEWANDOWSKI, Zur Bewertung der Qualität von Suchmaschinen, S. 42 ff.

³²⁵ OTT, Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, S. 195; WIEBE, S. 179; WEICHERT, S. 188; Focus Online, Wie gross ist das Internet, Artikel vom 29.11.2007.

³²⁶ Siehe dazu: Zweiter Teil, Punkt A.II.2.b.aa).

³²⁷ Siehe dazu: Zweiter Teil, Punkt A.II.2.b.bb).

³²⁸ HEINEMANN, S. 23.

Websitebetreiber einen grundlegenden Unterschied macht, ob und bei welcher Suchmaschine seine Website indexiert wird. Für den Websitebetreiber ist die Anzahl der Internetnutzer einer Suchmaschine neben dem Such-Algorithmus von grösster Wichtigkeit und letztlich entscheidend für seinen Erfolg im Internet. Das enge Zusammenspiel zwischen dem Markt für indexierte Websitebetreiber und dem Nutzermarkt von Suchmaschinen darf also keineswegs vernachlässigt werden, und ist für viele Online-Unternehmen von existenzieller Bedeutung.

Dritter Teil: Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

I. Ausgangslage

Die Frage der kartellrechtlichen Ansprüche betrifft vor allem den Anspruch auf Zugang zur Suchmaschinenleistung. Die marktbeherrschende Stellung von Google auf dem Suchmaschinenmarkt führt dazu, dass dem Unternehmen gewisse Verhaltenspflichten auferlegt werden müssen, die einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung verhindern sollen. In der Praxis haben bisher zwei Fälle veranschaulicht, welche Problemfelder dabei angesprochen sein könnten.

Der erste Fall betraf den bekannten Autohersteller BMW. Dessen Website wurde im Januar 2006 völlig unerwartet aus dem Google Index gelöscht³²⁹. Google begründete sein Vorgehen damit, dass BMW durch das Verwenden von Doorway-Pages (zu Deutsch: Brückenseite) gegen die internen Richtlinien von Google verstossen habe und bis zur Löschung derselben vom Index ausgeschlossen werde³³⁰. Unter Doorway-Pages werden Websites verstanden, die nicht für den Besucher der Homepage gedacht sind, sondern in erster Linie für die von den Suchmaschinen eingesetzten Robots und Spider³³¹. Die Doorway-Pages sind daher auf Schlüsselwörter ausgerichtet und dienen dazu, ein möglichst hohes Ranking bei der Suchmaschine zu erreichen³³². Auf diese Weise soll der Suchmaschine ein anderer Inhalt präsentiert werden als dem Internetnutzer. Google verbietet in seinen Qualitätsrichtlinien generell die Verwendung von Doorway-Pages und droht bei einem Verstoß gegen die Richtlinien mit dem Ausschluss der Website aus dem Index³³³.

Auch wenn der vorliegende Fall auf den ersten Blick klar und unbedeutend erscheinen mag, so wirft er doch einige Fragen³³⁰ auf. Es darf nicht vergessen werden, dass es sich bei Google

³²⁹ NZZ, Ellbögen um Googles Gunst. Der Google-Suchindex als Spiegelbild von politischen und wirtschaftlichen Interessenkonflikten, Artikel vom 10.02.2006, S. 65; Golem.de, Google setzt BMW vor die Tür, Artikel vom 06.06.2006; Heise Online, BMW sieht Google Vorwürfe gelassen, Artikel vom 06.02.2006.

³³⁰ OTT, Google räumt auf, Artikel vom 10.02.2006 auf Heise Online.

³³¹ ERNST, Suchmaschinenmarketing in der aktuellen deutschen Rechtsprechung, S. 198.

³³² RATH, S. 77 ff. geht ausführlich auf die möglichen Manipulationsmöglichkeiten bei Suchmaschinen ein. Auf S. 81 f. wird auch die Doorway-Page genauer erläutert.

³³³ Siehe dazu die Qualitätsrichtlinien von Google für Webmaster unter „www.google.com/support/webmasters/bin/answer.py?hl=de&answer=35769“.

um ein marktbeherrschendes Unternehmen handelt, dass nach eigenem Ermessen darüber entscheidet, welche Websites in den Index aufgenommen und welche daraus gelöscht werden. Aus diesem Grund muss überprüft werden, ob Google mit seinen Qualitätsrichtlinien gegen allfällige Verhaltenspflichten verstossen hat, und sich daraus kartellrechtliche Verpflichtungen für das marktbeherrschende Unternehmen ableiten lassen. Es sei noch darauf hingewiesen, dass die Website von BMW nach wenigen Tagen wieder in den Index aufgenommen worden ist, nachdem BMW die Doorway-Pages von seiner Website entfernt hatte³³⁴.

Der zweite Fall betrifft die juristische Auseinandersetzung zwischen Google und KinderStart³³⁵. Das Unternehmen KinderStart stellt auf seiner Homepage Informationen zur Kindesentwicklung zur Verfügung und hat zur Vereinfachung der Websitenutzung auch eine eigene Suchmaschine auf der Homepage aufgeschaltet³³⁶. Finanziert hat sich KinderStart vorwiegend über Einnahmen aus dem Google AdSense Werbeprogramm. Anfang des Jahres 2005 brachen die Besucherzahlen auf www.kinderstart.com plötzlich um über 70% ein und dementsprechend gingen auch die Werbeeinnahmen zurück. Der Grund für den Rückgang wurde schnell gefunden: Google hatte die Relevanz der Website zurückgestuft. Begründet wurde das Vorgehen damit, dass aufgrund der Weiterentwicklung des Such-Algorithmus in regelmässigen Abständen eine Neubewertung aller indexierten Websites stattfindet. Dadurch wurde die Website von KinderStart auf der Trefferliste weit nach hinten geschoben³³⁷. KinderStart leitete daraufhin im März 2005 ein Gerichtsverfahren gegen Google ein. Das Unternehmen wollte sich nicht damit zufrieden geben, dass lediglich der Verweis auf das PageRank Verfahren ausreicht, um eine Website auf der Trefferliste auf die hinteren Plätze zu verweisen. Der Fall wurde letztlich von Google gewonnen, hauptsächlich deshalb, weil KinderStart nicht genügend Beweise gegen Google vorbringen konnte, die eine unfaire oder diskriminierende Behandlung durch Google darlegen konnte³³⁸.

³³⁴ NZZ, Ellbögen um Googles Gunst. Der Google-Suchindex als Spiegelbild von politischen und wirtschaftlichen Interessenkonflikten, Artikel vom 10.02.2006, S. 65; Heise Online, BMW.de steht wieder im Google-Index, Artikel vom 08.02.2006.

³³⁵ KinderStart.com LLC vs. Google Inc., Decision of March 16/2007, C 06-2057 JF (N.D.Cal. 2007).

³³⁶ Siehe dazu: www.kinderstart.com.

³³⁷ WIEBE, S. 181.

³³⁸ KinderStart.com LLC vs. Google Inc., Decision of March 16/2007, C 06-2057 JF (N.D.Cal. 2007): "The Court dismissed the defamation and libel claim on the basis that KinderStart had failed to explain how Google caused injury to it by a provably false statement about the output of Google's algorithm regarding KinderStart.com, as distinguished from an unfavourable opinion about KinderStart.com's importance ..."

Auch in diesem Fall zeigt sich deutlich die Macht einer marktbeherrschenden Suchmaschine und deren Auswirkung auf den Markt bzw. einzelne Websitebetreiber. Es muss kritisch hinterfragt werden, ob nicht aus kartellrechtlicher Sicht eine Verpflichtung der Suchmaschine auf Aufnahme einer Website in den Index besteht oder sogar ein Anspruch auf eine bestimmte Position innerhalb der Trefferliste geltend gemacht werden kann. Zudem ist zu beurteilen, ob bei einer Verweigerung dieses Anspruchs der Verweis auf die internen Richtlinien einer Suchmaschine einen rechtlich haltbaren Ausschluss- bzw. Abweisungsgrund darstellt.

II. Allgemeines

Wie bereits angedeutet wurde, bestehen für marktbeherrschende Unternehmen besondere Verhaltenspflichten, die einen Missbrauch ihrer starken Stellung verhindern sollen. Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung liegt vor, wenn durch ihren Einsatz eine Behinderung, Ausbeutung oder die Beseitigung der Wettbewerbsstruktur auf dem relevanten Markt eintritt³³⁹. Zwischen dem Missbrauch und der marktbeherrschenden Stellung ist kein Kausalzusammenhang erforderlich. In der herrschenden Lehre werden verschiedene Ansätze und Theorien vertreten, die bei der Abgrenzung von wettbewerbskonformen und missbräuchlichen Verhaltensweisen herangezogen werden³⁴⁰.

Zu erwähnen ist etwa die Lehre der „legitimate business reasons“, welche darauf abstellt, ob sich die Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen durch sachliche Gründe rechtfertigen lassen. Oder die von der EU-Kommission vertretene Auffassung, missbräuchliche Verhaltensweisen durch den Nachweis einer Verdrängungs- oder Behinderungsabsicht von wettbewerbskonformen Verhaltensweisen abzugrenzen. Oder das Gleichbehandlungsprinzip, welches die marktbeherrschenden Unternehmen dazu verpflichtet, gleiche Geschäftspartner grundsätzlich auch gleich zu behandeln³⁴¹.

Die unterschiedlichen Lehren und Prinzipien haben sich auch in den entsprechenden Gesetzestexten niedergeschlagen. Im schweizerischen Kartellgesetz hat der Gesetzgeber in Art. 7

und weiter: "KinderStart's allegations are vague and ambiguous, and KinderStart makes only general claims as to the type of injury it allegedly suffered ... KinderStart still has failed to identify a provably false statement".

³³⁹ ZÄCH, Kartellrecht, S. 304; STOFFEL/DEISS, S. 46 ff.

³⁴⁰ Nicht näher eingegangen wird hierbei auf die Theorie des Nichtleistungswettbewerbs, der Schwächung der Wettbewerbsstruktur, der normzweckorientierten Interessenabwägung und der Abschottung des schweizerischen Marktes. Vgl. hierzu: ZÄCH, Kartellecht, S. 308 ff.

³⁴¹ ZÄCH, Kartellrecht, S. 305 ff.

KG den Tatbestand des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung konkretisiert³⁴². Im ersten Absatz wird dabei die Generalklausel erwähnt, während im zweiten Absatz ein Beispielkatalog der unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen aufgelistet wird.

Ein Blick auf die Regelung der Europäischen Kommission zeigt, dass sich das schweizerische und europäische Recht bei den Vorschriften über die marktbeherrschenden Unternehmen weitgehend decken. Auch in Art. 82 EGV wird im ersten Absatz die Generalklausel umschrieben und im zweiten Absatz ein Beispielkatalog von Ausbeutungs- und Behinderungstatbeständen aufgelistet³⁴³.

Den Regelungen der Europäischen Union und des schweizerischen Kartellrechts in Art. 82 EGV bzw. Art. 7 KG sind gemeinsam, dass kumulativ drei Tatbestandsmerkmale für deren Anwendung vorausgesetzt werden. Es handelt sich dabei als erstes um das Vorhandensein eines marktbeherrschenden Unternehmens, als zweites um die Benachteiligung oder Behinderung der Marktgegenseite bzw. der Wettbewerber und drittens um den Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung³⁴⁴.

Da die marktbeherrschende Stellung von Google auf den relevanten Märkten bereits nachgewiesen wurde, stellt sich nun die Frage, ob Google durch den Missbrauch seiner marktbeherrschenden Stellung andere Wettbewerber behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt³⁴⁵. In diesem Zusammenhang sind die allfälligen Ansprüche von Websitebetreibern und werbenden Unternehmen zu prüfen. Des Weiteren muss der Frage nachgegangen werden, ob Google möglicherweise andere Marktteilnehmer diskriminiert, ohne dass dieses Verhalten sachlich gerechtfertigt wäre.

III. Zugang zur Suchmaschine

1. Websitebetreiber

Zunächst muss untersucht werden, ob ein Websitebetreiber einen rechtsgültigen Anspruch auf Aufnahme in den Index einer Suchmaschine geltend machen kann. Konkret geht es dabei um eine Verpflichtung des marktbeherrschenden Unternehmens Google gegenüber den Websitebetreibern und Online-Unternehmen, für die das Vorhandensein im Index von existenzieller Bedeutung ist.

³⁴² BORER, Kommentar, Art. 7 KG Rn. 1 ff.

³⁴³ ZÄCH, Kartellrecht, S. 311.

³⁴⁴ ZÄCH, Kartellrecht, S. 256.

³⁴⁵ Siehe dazu: Zweiter Teil, Punkt II.2.

Neben dem Anspruch auf Zugang zur Suchmaschine muss überprüft werden, ob allenfalls ein Anspruch auf eine bestimmte Position in der Trefferliste besteht. Die Aufnahme in den Index allein reicht vielen Websitebetreibern nicht aus, sie wollen vielmehr auf den vorderen Plätzen der Trefferliste erscheinen.

2. Werbende Unternehmen und Private

Die werbewilligen Unternehmen (und werbenden Privaten) haben ebenfalls ein Interesse an einem Zugang zur Suchmaschine. Anders als die Websitebetreiber machen die werbenden Unternehmen einen Anspruch auf Zugang zur Werbeleistung bei Google geltend. Da Google auf dem Markt für kontextintensive Online-Werbung bei Suchmaschinen eine marktbeherrschende Stellung innehat, ist es auch für ein werbendes Unternehmen von grosser Bedeutung, bei Google eine kontextintensive Werbung aufschalten zu können. Folglich muss hier ein Anspruch auf Zugang zur Werbeleistung geprüft werden.

3. „Essential Facilities“ Doktrin

Ebenfalls zu prüfen ist ein möglicher Anspruch gestützt auf die aus den USA stammende „essential facilities“ Doktrin. Ein marktbeherrschendes Unternehmen besitzt eine „essential facility“, wenn es als einziges Unternehmen über wesentliche Einrichtungen und Informationen verfügen kann, die zur Erbringung von Dienstleistungen und der Herstellung von Produkten notwendig sind³⁴⁶. Verweigert ein marktbeherrschendes Unternehmen den Zugang zur „essential facility“, so hindert es damit andere Unternehmen bzw. potentielle Wettbewerber an der Teilnahme und Ausübung des Wettbewerbs³⁴⁷. Es gilt abzuklären, ob Google als marktbeherrschendes Unternehmen über eine „essential facility“ verfügt.

IV. Diskriminierung

1. Nichtberücksichtigung von Websitebetreibern

Die Robots und Spider der Suchmaschinen durchsuchen das Internet vollautomatisch nach neuen Websites und speichern diese sogleich in der Datenbank der Suchmaschine ab. Sodann stehen die Websites im Index der Suchmaschine den Internetnutzern zur Verfügung und können von ihnen abgerufen werden³⁴⁸. Neben dieser automatischen Aufnahme in den Index be-

³⁴⁶ HEIZMANN, S. 178 f.

³⁴⁷ ZÄCH, Kartellrecht, S. 322 f.

³⁴⁸ Siehe dazu: Erster Teil, Punkt A.II.

steht für den Betreiber einer Website auch die Möglichkeit, seine Sites direkt beim Suchmaschinenbetreiber anzumelden³⁴⁹.

Wird nun eine Website nicht in den Index aufgenommen oder löscht der Suchmaschinenbetreiber die Website gezielt aus dem Index, so stellt dies eine Ungleichbehandlung und Einschränkung des Websitebetreibers dar. Da die Suchmaschine Google grundsätzlich jede gefundene Website in den Index aufnimmt, stellt die Verweigerung einer Aufnahme oder Löschung aus dem Index eine Diskriminierung dar³⁵⁰. Zudem wird der Websitebetreiber in der Erreichung seines Absatzes eingeschränkt. Konkret kann auf die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen nach Art. 7 Abs. 2 lit. b KG und die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung nach Art. 7 Abs. 2 lit. e KG verwiesen werden.

Art. 7 Abs. 2 lit. b KG erfasst Diskriminierungen jeder Art durch ein marktbeherrschendes Unternehmen. Der Begriff „sonstige Geschäftsbedingungen“ ist relativ weit zu verstehen und nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu beurteilen³⁵¹. Dieses schreibt vor, nach der Notwendigkeit und dem gerechtfertigten Interesse einer möglichen Diskriminierung zu fragen. I.c. handelt es sich bei Google um ein marktbeherrschendes Unternehmen, dass sowohl auf dem Nutzer- und Werbemarkt als auch auf dem Markt für indexierte Websites eine marktbeherrschende Stellung innehat. Wird eine Website nicht in den Index aufgenommen oder aus dem Index gelöscht, kann dieses Verhalten unter Art. 7 Abs. 2 lit. b KG subsumiert werden³⁵². Eine Diskriminierung liegt schliesslich dann vor, wenn die Dienstleistungen eines marktbeherrschenden Unternehmens den Nachfragern bzw. Websitebetreibern nicht gleichzeitig zu gleichen Bedingungen angeboten werden. Durch die Verweigerung der Aufnahme oder den Ausschluss aus dem Index findet einerseits auf dem beherrschten Markt für indexierte Websitebetreiber eine Diskriminierung statt, andererseits wirkt sich eine solche Verhaltensweise auch auf den Wettbewerb auf dem Drittmarkt für Websitebetreiber aus³⁵³. Es kann hier auch nicht argumentiert werden, dass die Aufnahme der Website in den Index von anderen Suchmaschinen (z.B. von Yahoo! und MSN) für die Websitebetreiber ausreichen

³⁴⁹ MILLER, S. 46.

³⁵⁰ HEINEMANN, S. 23 f.

³⁵¹ ZÄCH, Kartellrecht, S. 326 ff.

³⁵² In dieser Richtung: OTT, Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, S. 200 f. der nach deutschem Recht ebenfalls einen Anspruch auf Unterlassung der Ungleichbehandlung anerkennt, der zu einer Verpflichtung zur Aufnahme in den Index führt.

³⁵³ WIEBE, S. 181.

würde, um wettbewerbsfähig zu bleiben. Entscheidend ist eben gerade, dass nur Google eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Websitebetreiber inne hat und es aus diesem Grund keine relevante und vergleichbare Alternative für die Websitebetreiber darstellt, wenn sie stattdessen bei Yahoo! und MSN indexiert sind. Hinzu kommt noch das Faktum, dass nur sehr wenige Internetnutzer mehr als eine einzige Suchmaschine benutzen und damit die Wichtigkeit der Indexierung bei Google steigt³⁵⁴.

Die Vorschrift von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG, nach der die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen verboten ist, kann ebenfalls relativ weit ausgelegt werden. So werden Einschränkungen erfasst, die sich sowohl auf das marktbeherrschende Unternehmen selbst als auch auf fremde Unternehmen auswirken³⁵⁵. I. c. wird ein Websitebetreiber durchaus in der Erzeugung und im Absatz eingeschränkt, wenn seine Website nicht im Index der marktbeherrschenden Suchmaschine Google zu finden ist³⁵⁶. Die Nicht-Existenz im Index von Google kommt einer Nicht-Präsenz im Internet nahe und führt unweigerlich zu einer Einschränkung nach Art. 7 Abs. 2 lit. e KG, da weniger potentielle Kunden auf die Website aufmerksam werden und demzufolge eine geringere Nachfrage herrscht.

Sind die Tatbestandsmerkmale von Art. 7 KG erfüllt, so bestimmen sich die Rechtsfolgen nach Art. 12 ff. KG über das zivilrechtliche Verfahren, Art. 29 und 30 KG über das verwaltungsrechtliche Verfahren und Art. 49a - 57 KG über die Verwaltungssanktionen, Gebühren und Strafsanktionen³⁵⁷. Es bleibt anzumerken, dass die betroffenen Websitebetreiber in der Regel ein grosses Interesse daran haben, (wieder) in den Index von Google aufgenommen zu werden, und weniger an Strafsanktionen und langen Verfahren gegen Google interessiert sind. Aus diesem Grund müssen die zuständigen Behörden vor allem darum bemüht sein, im Sinne von Art. 12 Abs. 1 lit. a KG die Beseitigung der Behinderung dahingehend zu verstehen, dass Google als marktbeherrschendes Unternehmen dazu aufgefordert wird, die entsprechenden Websites sofort (wieder) in den Index auf zu nehmen³⁵⁸.

Beurteilt man die Aufnahmeverweigerung einer Website in den oder die Löschung einer Website aus dem Index durch Google nach dem Recht der EG, kann einerseits Art. 82 Abs. 2

³⁵⁴ FALLOWS, S. i/ii, wonach nur etwa die Hälfte der Internetnutzer mehr als eine Suchmaschine benützen.

³⁵⁵ ZÄCH, Kartellrecht, S. 334.

³⁵⁶ HEINEMANN, S. 23 f.

³⁵⁷ BAKER & MCKENZIE, Art. 7 KG Rn. 40 ff. und Art. 29 KG Rn. 1 ff.

³⁵⁸ In diesem Sinn: ZÄCH, Kartellrecht, S. 346.

lit. b EGV über die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher sowie andererseits Art. 82 Abs. 2 lit. c EGV über die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden, herangezogen werden³⁵⁹.

Die Untersagungsverfügungen der schweizerischen und der europäischen Kommissionen haben deklaratorische Wirkungen. Als Rechtsfolge bestimmt das europäische Kartellrecht nach Art. 82 EGV ein Verbot³⁶⁰. Gemäss Art. 23/24 VO 1/2003 können Buss- und Zwangsgelder verhängt werden und es besteht i.S.v. Art. 230 EGV die Möglichkeit einer Nichtigkeitsklage³⁶¹. Die weiteren Verbotsfolgen richten sich nach nationalem Recht.

2. Ranking von Websites

Die Aufnahme einer Website in den Index einer Suchmaschine bedeutet noch nicht, dass die Website auch von den Internetnutzern angesehen wird. Selbstverständlich kann die Website durch eine gezielte Suchanfrage gefunden werden, liegt sie aber auf den hinteren Plätzen der Trefferliste, so ist die Wahrscheinlichkeit äusserst gering, dass sich auch tatsächlich jemand die Website anschaut³⁶². Die Aufmerksamkeit der Internetnutzer lässt sich nur erreichen, wenn die Website auch auf den vorderen Plätzen der Trefferliste erscheint. Daher stellt sich für einen Websitebetreiber die Frage, ob er allenfalls einen kartellrechtlichen Anspruch auf eine bestimmte Rankingposition innerhalb der Trefferliste einer Suchmaschine geltend machen kann. Da die Trefferliste aufgrund der Auswertungen des Such-Algorithmus erstellt wird und dessen Relevanzkriterien über das Ranking der Websites entscheiden, zielt der Anspruch der Websitebetreiber indirekt auf die Offenlegung des Such-Algorithmus.

Grundsätzlich kann festgehalten werden, dass die Ranking-Kriterien einer marktbeherrschenden Suchmaschine sicherlich vertretbar und nachvollziehbar sein sollten. Es wird berechtigterweise eine gewisse Objektivität verlangt, die eine willkürliche Benachteiligung einzelner Websites verhindern sollte. Diese Forderung ergibt sich sowohl aus dem Diskriminierungsverbot marktbeherrschender Unternehmen als auch aus den Bedürfnissen der Internetnutzer, die repräsentative und authentische Suchresultate in der Trefferliste erwarten. Von den Suchmaschinenbetreibern wird denn auch stets versichert, dass sie objektive Suchresultate liefern

³⁵⁹ HEINEMANN, S. 24.

³⁶⁰ EMMERICH, S. 168; CALLIESS/RUFFERT, S. 939.

³⁶¹ ZWIENER, S. 111 ff.

³⁶² JANSEN/POOCH, S. 235 ff.

und keine verzerrenden Eingriffe in den Such-Algorithmus vornehmen, welche die Trefferliste manipulieren könnten³⁶³. Nun sind solche Versprechungen und die allgemeinen Hinweise der Suchmaschinen für einen Websitebetreiber, der auf den hinteren Plätzen erscheint, eine unbefriedigende Erklärung. Er ist vor allem an konkreten Informationen interessiert, die das schwache Ranking seiner Website erklären können. Aus Sicht des Websitebetreibers muss daher geprüft werden, ob aus dem Kartellgesetz ein Auskunftsanspruch abgeleitet werden kann, der so weit geht, dass die Rankingkriterien, sprich der Such-Algorithmus, offen gelegt werden müssen.

a) Auskunftspflicht

Aus dem Kartellgesetz lassen sich verschiedene Pflichten und Verbote für marktbeherrschende Unternehmen ableiten, die einen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung verhindern sollen. Zu diesen Verboten gehört u.a. das Diskriminierungsverbot³⁶⁴. Für den Websitebetreiber ergibt sich aus diesem Gebot ein Anspruch auf Gleichbehandlung mit anderen Websitebetreibern. Für die Suchmaschinenanbieter bedeutet dies, dass die Anwendung des Such-Algorithmus auf indexierte Websites gleichmässig und nicht diskriminierend zu erfolgen hat. Der Websitebetreiber erreicht auf diese Weise einen Schutz vor verzerrenden Eingriffen der Suchmaschinen in den Such-Algorithmus, der einzelne Websites diskriminieren würde. Die Suchmaschinenbetreiber können die Relevanzkriterien und Bewertungsfaktoren des Such-Algorithmus selber bestimmen und sind bei deren Auswahl frei³⁶⁵. Bei der Anwendung des Such-Algorithmus auf die indexierten Websites muss aber das Diskriminierungsverbot eingehalten werden. In der Praxis ist das Diskriminierungsverbot allerdings mit erheblichen Beweisproblemen verbunden, wenn die Websitebetreiber keinen Einblick in die Funktionsweise des Such-Algorithmus erhalten.

Es stellt sich die Frage, ob aus der Verantwortlichkeit eines marktbeherrschenden Unternehmens eine Auskunftspflicht abgeleitet werden kann³⁶⁶. Konkret ist zu prüfen, ob nach dem Missbrauchsverbot ein Anspruch auf Auskunft besteht. Meines Erachtens ist ein solcher An-

³⁶³ Google schreibt dazu unter „www.google.ch/intl/de/corporate/tech.html“: „PageRank nimmt eine objektive Bewertung der Wichtigkeit von Websites vor“ und weiter: „Keiner unserer Mitarbeiter greift persönlich in diesen Prozess ein oder manipuliert die Ergebnisse, weshalb die Nutzer auf Google als objektive Informationsquelle vertrauen, die frei ist von bezahlten Platzierungen“.

³⁶⁴ Art. 7 Abs. 2 lit. b KG.

³⁶⁵ WIEBE, S. 179 ff.

³⁶⁶ HEINEMANN, S. 25.

spruch auf Auskunft aus den folgenden Gründen gerechtfertigt und zu bejahen. Im Interesse des Wettbewerbs sollte ein Websitebetreiber das Recht haben, sich beim marktbeherrschenden Unternehmen nach der Ursache seiner schwachen Positionierung innerhalb der Trefferliste zu erkundigen. Um verzerrende Eingriffe in den Such-Algorithmus zu verhindern, bedarf es einer Kontrollmöglichkeit durch Dritte. Nur so wird gewährleistet, dass keine Diskriminierungen stattfinden und sich einzelne Websitebetreiber über die Ursachen ihrer Rankingposition informieren können. Das Diskriminierungsverbot kann auf diese Weise überprüft und umgesetzt werden, da ansonsten keine Kontrolle möglich wäre. Der Auskunftsanspruch sollte dabei aber nicht zu einer Einschränkung des Ermessensspielraums bei der Konzeption des Such-Algorithmus führen. Die Suchmaschinenbetreiber sollen vielmehr begründen, warum bei gleichmässiger Anwendung des Such-Algorithmus auf alle indexierten Websites die entsprechende Rankingposition von der jeweiligen Website erreicht wurde. Dass sich der Auskunftsanspruch dabei an das marktbeherrschende Unternehmen richtet, ist naheliegend und effizient. Zum einen ist die Suchmaschine direkt für die Rankingposition verantwortlich und damit Verursacherin des Auskunftsbedürfnisses, zum anderen ist sie aus ebendiesen Gründen am besten dazu geeignet, eine rasche und kompetente Auskunft zu geben. Im Regelfall sollte es der Suchmaschine möglich sein, ohne grösseren Aufwand eine kompetente Auskunft zu geben. Die Auswertungen des Such-Algorithmus, die Relevanzberechnungen und die Bewertungen der entsprechenden Websites können von den Suchmaschinenbetreibern relativ einfach abgerufen und den Auskunftsberechtigten mitgeteilt werden.

Es ist darauf zu achten, dass der Auskunftsanspruch das marktbeherrschende Unternehmen dazu verpflichtet, eine jeweils individuelle Begründung für die entsprechende Rankingposition abzugeben. Damit kann verhindert werden, dass der Suchmaschinenbetreiber mittels formelhafter Antworten argumentiert³⁶⁷. Zu diesem Zweck sollten die jeweiligen Begründungen fallbezogen ausgestaltet sein und durch messbare Fakten unterlegt werden.

b) Offenlegung des Such-Algorithmus

Als weiters gilt es zu prüfen, ob der Auskunftsanspruch soweit geht, dass von den Suchmaschinenbetreibern auch eine Offenlegung des Such-Algorithmus verlangt werden kann³⁶⁸. Im

³⁶⁷ HEINEMANN, S. 26 Fn. 40.

³⁶⁸ Gleicher Meinung: HEINEMANN, S. 26; WIEBE, S. 180.

Sinne einer Gewährleistung des Wettbewerbs unter den Suchmaschinenbetreibern sollte meines Erachtens auf eine Offenlegung verzichtet werden, da sich die Qualität einer Suchmaschine gerade am Such-Algorithmus und den daraus resultierenden Suchresultaten misst³⁶⁹. Die Geschäftsgrundlage jeder Suchmaschine ist die eigentliche Suchdienstleistung. Die Qualität der Suchdienstleistungen begründet dabei den Erfolg der Suchmaschinenanbieter. Damit ist der Such-Algorithmus wesentlich für die Geschäftsentwicklung von Suchmaschinen verantwortlich, da dessen Leistung darüber entscheidet, ob Internetnutzer die entsprechende Suchmaschine benutzen. Folglich ist das Funktionieren des Wettbewerbs unter den Suchmaschinen massgebend auf die unterschiedlichen Such-Algorithmen zurückzuführen, die unterschiedliche Suchresultate liefern³⁷⁰. Die Offenlegung des Such-Algorithmus würde den Wettbewerb im Bereich der Suchdienstleistungen beseitigen. Die Suchmaschinen hätten bei einer Offenlegung des Such-Algorithmus kein wirtschaftliches Interesse mehr an dessen Entwicklung, da sie ihre Innovationen mit anderen Wettbewerbern teilen müssten. Als Folge davon müssten die Internetnutzer mit qualitativen Einbussen bei den Suchresultaten rechnen.

Ein weiterer Aspekt betrifft die Suchmaschinenoptimierer³⁷¹. Diese sind daran interessiert, für ihre Kunden ein möglichst hohes Ranking bei den Suchmaschinen zu erreichen. Eine Offenlegung des Such-Algorithmus würde zweifellos dazu führen, dass durch die Tätigkeit der Suchmaschinenoptimierer eine verzerrte Trefferliste mit qualitativ schlechteren Resultaten entstehen würde³⁷². Dies hätte zur Folge, dass nicht mehr der Such-Algorithmus über das Ranking entscheidet, sondern die Suchmaschinenoptimierer. Auch in diesem Fall würde die Offenlegung des Such-Algorithmus zu einer erheblichen Verschlechterung der Suchresultate führen.

Die Offenlegungspflicht des Such-Algorithmus ist aus diesen Gründen grundsätzlich zu verneinen. Dennoch kann die Möglichkeit in Betracht gezogen werden, dass der Such-Algorithmus unter gewissen Umständen der Kartellrechtsbehörde offen zu legen ist. Allerdings käme die Offenlegung des Such-Algorithmus erst in einem zweiten Schritt in Frage,

³⁶⁹ MEITINGER, S. 10 ff. geht ausführlich auf die Thematik des Innovationsschutzes versus den freien Wettbewerb ein.

³⁷⁰ ARNOLD, S. 80 ff. geht ausführlich auf die ökonomische Bedeutung der Geheimhaltung von Innovationen ein und erläutert u.a. die unternehmerischen Gründe für die Geheimhaltung. Darüber hinaus wird aber auch auf die ökonomischen Folgen von Offenlegungsvereinbarungen eingegangen.

³⁷¹ ERNST, Suchmaschinenmarketing in der aktuellen deutschen Rechtsprechung, S. 195-200.

³⁷² RATH, S. 77 f.; DÖRNER, Wie Unternehmen bei Google glänzen, Artikel vom 26.11.2007, abrufbar unter „www.handelsblatt.com“; VAN COUVERING, The Economy of Navigation: Search Engines, Search Optimisation and Search Results, S. 105 ff.

nachdem der Auskunftsanspruch bereits geltend gemacht wurde. Es handelt sich dabei um die Fälle eines begründeten Verdachts auf willkürliche Benachteiligung. In solchen Fällen sollte gegenüber der Kartellrechtsbehörde, welche zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, der Such-Algorithmus offen gelegt werden müssen³⁷³. Bei begründetem Verdacht wäre dadurch eine zusätzliche Untersuchung durch die Kartellrechtsbehörde möglich, ohne dass Geschäftsgeheimnisse der betroffenen Unternehmen an Dritte weitergegeben werden.

c) Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich der Auskunftsanspruch gegenüber Google darin erschöpfen sollte, dass dem interessierten Unternehmen der Grund für seine schlechte Position in der Trefferliste mitgeteilt und diese Erklärung entsprechend begründet und belegt wird. Ein weitergehender Anspruch auf Offenlegung des Such-Algorithmus sollte aber nicht bestehen. Lediglich im Falle eines begründeten Verdachts auf willkürliche Benachteiligung könnte die Möglichkeit in Betracht gezogen werden, dass gegenüber der Kartellrechtsbehörde, welche zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, der Such-Algorithmus offen gelegt wird³⁷⁴.

Gestützt auf das Kartellrecht der EU ergibt sich für die Frage nach einem Anspruch auf eine bestimmte Ranking-Position keine abweichende Regelung. Auch hier sollte den Websitebetreibern ein Auskunftsanspruch zugestanden werden, ohne dass die Suchmaschinenbetreiber den Such-Algorithmus offen legen müssen.

3. Werbende Unternehmen

Im Unterschied zu den Websitebetreibern besteht zwischen einer Suchmaschine und einem werbenden Unternehmen immer eine vertragliche Bindung. Für die Aufschaltung der Werbung bei einer Suchmaschine ist es notwendig, einen Vertrag abzuschliessen³⁷⁵. Der Prozess der Aufschaltung läuft aber auch hier im Normalfall automatisch ab und erfolgt ohne physische Anwesenheit der Parteien über den Computer. Aus diesem Grund steht auch das Werbe-

³⁷³ In Art. 16 KG wird den betroffenen Unternehmen in zivilrechtlichen Verfahren die Wahrung der Geschäftsgeheimnisse garantiert.

³⁷⁴ In Art. 16 KG wird den betroffenen Unternehmen in zivilrechtlichen Verfahren die Wahrung der Geschäftsgeheimnisse garantiert.

³⁷⁵ Der Vertrag über die Aufschaltung von Werbung trägt sowohl Elemente des Auftrags als auch des Kaufvertrags in sich. Aufgrund der Typenfreiheit im schweizerischen Vertragsrecht ist wohl am ehesten von einem Innominatvertrag auszugehen.

programm grundsätzlich jedem Unternehmen oder allen Privaten zu Verfügung. Wird nun vom Marktbeherrscher ein Unternehmen nicht zum Werbeprogramm zugelassen oder aus dem Werbeprogramm ausgeschlossen, werden mit anderen Unternehmen aber Werbeverträge abgeschlossen, können gegenüber dem marktbeherrschenden Unternehmen kartellrechtliche Pflichten geltend gemacht werden.

Konkret kann auf die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen nach Art. 7 Abs. 2 lit. a KG verwiesen werden, der in diesem Fall geprüft werden muss. Art. 7 Abs. 2 lit. a KG erfasst die Verweigerung, den Abbruch, die Einschränkung und die Nichtaufnahme von Geschäftsbeziehungen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen. Ein genereller Kontrahierungszwang lässt sich aus der Bestimmung aber nicht ableiten, da auch ein marktbeherrschendes Unternehmen in der Lage sein muss, aus sachlich gerechtfertigten Gründen Geschäftsbeziehungen abzuberechnen³⁷⁶.

I.c. handelt es sich bei Google um ein marktbeherrschendes Unternehmen, welches sowohl auf dem Online-Werbemarkt und dem Nutzermarkt als auch auf dem Markt für indexierte Websites eine marktbeherrschende Stellung innehat. Sollte nun einem Unternehmen untersagt werden, dem Werbeprogramm von Google beizutreten und auf Google eine Werbung zu schalten, so gilt dieses Verhalten von Google als eine Verweigerung bzw. Nichtaufnahme von Geschäftsbeziehungen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen und kann unter Art. 7 Abs. 2 lit. a KG subsumiert werden³⁷⁷. Allerdings muss in einem solchen Fall noch geprüft werden, ob eine sachliche Rechtfertigung vorliegt. Dennoch verletzt Google in diesem Fall das Gleichheitsgebot, indem es nicht allen Unternehmen geschäftliche Beziehungen zu gleichen Bedingungen anbietet und sich weigert, mit gewissen Unternehmen Geschäftsbeziehungen aufzunehmen³⁷⁸.

Sind die Tatbestandsmerkmale von Art. 7 KG erfüllt, so bestimmen sich die Rechtsfolgen nach Art. 12 ff. KG über das zivilrechtliche Verfahren, nach Art. 29 und 30 KG über das verwaltungsrechtliche Verfahren und nach Art. 49a - 57 KG über die Verwaltungssanktionen, Gebühren und Strafsanktionen³⁷⁹. Es gilt darauf hinzuweisen, dass im vorliegenden Fall die betroffenen Websitebetreiber in erster Linie nicht an einem langen Verfahren und einer hohen Bestrafung von Google interessiert sind. Ihnen geht es vor allem darum, in das Werbeprogramm der Suchmaschine aufgenommen zu werden und entsprechend schnell eine Werbung

³⁷⁶ ZÄCH, Kartellrecht, S. 316 f.

³⁷⁷ Im Zusammenhang mit deutschem Recht: OTT, Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, S. 200 f.

³⁷⁸ ZÄCH, Kartellrecht, S. 321.

³⁷⁹ BAKER & MCKENZIE, Art. 7 KG Rn. 40 ff. und Art. 29 KG Rn. 1 ff.

aufschalten zu können. Aus diesem Grund gilt es darauf zu achten, dass die zuständigen Behörden das marktbeherrschende Unternehmen Google zum Abschluss von marktgerechten Verträgen zwingt und den betroffenen Websitebetreibern im Sinne von Art. 13 lit. b KG und Art. 29 bzw. 30 KG einen effizienten Rechtsschutz gewährt³⁸⁰.

Wie oben bereits erwähnt wurde, ist im Gegensatz zum schweizerischen Kartellrecht in Art. 82 EGV keine ausdrückliche Rechtsfolge geregelt³⁸¹. Die Untersagungsverfügung der Kommission hat lediglich deklaratorische Wirkung. Dennoch können nach Art. 23/24 VO 1/2003 Buss- und Zwangsgeldern verhängt werden, und nach Art. 230 EGV besteht die Möglichkeit zur Anstrengung einer Nichtigkeitsklage³⁸². Die weiteren Verbotsfolgen richten sich nach nationalem Recht.

4. „Essential Facilities“ Doktrin

Für das Bestehen eines Anspruchs nach der aus den USA stammenden „essential facilities“ Doktrin wird einerseits das Vorhandensein einer wesentlichen Einrichtung vorausgesetzt, die zur Herstellung von Produkten oder Erbringung von Dienstleistungen notwendig ist³⁸³. Andererseits muss die wesentliche Einrichtung so beschaffen sein, dass deren Herstellung und Reproduktion für andere Unternehmen unmöglich oder nicht lohnenswert ist³⁸⁴.

I.c. muss abgeklärt werden, ob Google als marktbeherrschendes Unternehmen eine „essential facility“ besitzt und worin diese genau bestehen könnte. Ein Blick auf das Geschäftsmodell und die Funktionsweise des Unternehmens lässt die Vermutung zu, dass entweder der einzigartige Such-Algorithmus oder die aufwendig erstellte Datenbank mit allen gefundenen Websites eine „essential facility“ darstellen könnten. Bei genauerer Betrachtung kann allerdings der Such-Algorithmus ohne weiteres als wesentliche Einrichtung ausgeschlossen werden. Zum einen verfügen alle Suchmaschinenbetreiber über einen ähnlich ausgereiften Such-Algorithmus wie Google, und zum anderen ist dessen Herstellung nicht unmöglich für andere Unternehmen.

³⁸⁰ ZÄCH, Kartellrecht, S. 346.

³⁸¹ EMMERICH, S. 168; CALLIESS/RUFFERT, S. 939.

³⁸² ZWIENER, S. 111 ff.

³⁸³ TRÄNKLE, S. 55 ff.; IBSCH, S. 111 ff.

³⁸⁴ HEIZMANN, S. 178; SCHEUFFELE, S. 19 ff.

Was die erstellte Datenbank mit den indexierten Websites anbelangt, so muss auch hier bei näherer Betrachtung das Bestehen einer „essential facility“ verneint werden³⁸⁵. Sicherlich ist die Herstellung einer solch aufwendigen Datenbank mit allen gefundenen Websites mit enormen Kosten verbunden und notwendig, damit ein Unternehmen auf dem Suchmaschinenmarkt bestehen kann. Aber allein die Tatsache, dass nur finanzstarke Unternehmen eine wesentliche Einrichtung errichten können, reicht noch nicht aus, um von einer „essential facility“ zu sprechen³⁸⁶.

Es kann folglich davon ausgegangen werden, dass Google keine wesentliche Einrichtung besitzt und sich auch keine Verpflichtungen aus der „essential facilities“ Doktrin ableiten lassen.

V. Rechtfertigung

1. Allgemeines

Weder im europäischen noch im schweizerischen Kartellgesetz findet sich eine explizite Bestimmung über die sachliche Rechtfertigung bei Verstössen gegen Art. 82 EGV und Art. 7 KG³⁸⁷. Dennoch wird in der Rechtsprechung und Lehre stets davon ausgegangen, dass sachliche Rechtfertigungsgründe bestehen³⁸⁸. Dabei gilt es, eine Interessenabwägung vorzunehmen und nach der Verhältnismässigkeit und Notwendigkeit der betroffenen Handlungsweise zu fragen.

Auch einem marktbeherrschenden Unternehmen muss ein unternehmerischer Freiraum zugebilligt werden. Es muss die Möglichkeit haben, sich so zu verhalten, wie es das geschäftliche Umfeld erfordert, damit wirtschaftlich sinnvolle Entscheidungen getroffen werden können. Daneben gilt es aber auch die Anforderungen des Kartellgesetzes zu beachten, die bezwecken, „...den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern“³⁸⁹.

In der Praxis ist jeweils eine fallbezogene Interessenabwägung vorzunehmen und die Eigenheiten und Fakten jedes Einzelfalls differenziert zu betrachten. Aus diesem Grund muss auch hier eine Abwägung der Interessen von Google am Ausschluss gewisser Websites und wer-

³⁸⁵ WIEBE, S. 182 f., der ebenfalls das Bestehen einer „essential facility“ verneint, allerdings mit anderen Argumenten.

³⁸⁶ ZÄCH, Kartellrecht, S. 322 f.; HEIZMANN, S. 176 ff.

³⁸⁷ Im schweizerischen Kartellgesetz wird lediglich in Art. 8 KG auf die „Ausnahmsweise Zulassung aus überwiegenden öffentlichen Interessen“ durch den Bundesrat hingewiesen.

³⁸⁸ HOEREN, Suchmaschinen, MMR 1999, S. 649.

³⁸⁹ Siehe dazu Art. 1 KG.

bender Unternehmen einerseits und den Interessen jener Betroffenen an der Aufnahme in den Index und das Werbeprogramm andererseits vorgenommen werden. Nach dem Verständnis von Google kommen grundsätzlich drei mögliche Verhaltensweisen von Websitebetreibern und werbenden Unternehmen in Betracht, die einen Ausschluss aus dem Index oder dem Werbeprogramm der Suchmaschine begründen können: ein Verstoss gegen geltendes Recht, ein Verstoss gegen die Qualitätsrichtlinien von Google und Gründe, die die nachfragende Person bzw. das nachfragende Unternehmen selbst betreffen. Dies drei Ausschlussgründe gilt es im Folgenden näher zu untersuchen.

2. Verstoss gegen geltendes Recht

Die Frage der Interessenabwägung ist stets auch eine Frage nach der Schutzwürdig- bzw. Schutzunwürdigkeit der vorgebrachten Interessen. Ob ein schutzwürdiges Interesse vorliegt, kann sowohl nach dem Kartellgesetz als auch nach anderen Normen beurteilt werden. Verstösst eine Website gegen Rechtsvorschriften des geltenden Rechts, indem sie beispielsweise rechtswidrige Inhalte auf der Site anbietet, kann das marktbeherrschende Unternehmen ohne weiteres einen Ausschluss der Website aus dem Index vornehmen oder die Aufnahme der Website in den Index verweigern³⁹⁰. Als klassische schutzwürdige Interessen können z.B. die Menschenwürde und der Persönlichkeitsschutz vorgebracht werden³⁹¹. Daneben gibt es aber noch diverse andere Interessen, die einen Schutz verlangen und bei deren Verletzung ein Ausschluss aus dem Index gerechtfertigt wäre³⁹². Es bleibt anzumerken, dass die Suchmaschinenbetreiber auch ein eigenes Interesse am Ausschluss von rechtswidrigen Websites haben, da in einem solchen Fall immer die Gefahr der eigenen Haftung besteht und die Suchmaschinenbetreiber dieses Risiko nicht tragen wollen³⁹³.

Wird einem Websitebetreiber die Aufnahme in den Index verweigert oder seine Website aus dem Index ausgeschlossen, liegt grundsätzlich eine Diskriminierung vor. Kann der Suchma-

³⁹⁰ OTT, Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, S. 200.

³⁹¹ Der Schutz der Menschenwürde ergibt sich aus Art. 7 BV. Zum Persönlichkeitsschutz siehe TUOR/SCHNYER/SCHMID/RUMO-JUNGO, S. 100 f.

³⁹² Zu nennen sind hier, neben der Bundesverfassung (BV) und dem Zivilgesetzbuch (ZGB), Bestimmungen des Datenschutzgesetzes (DSG) und des Strafgesetzbuches (StGB), die schutzwürdige Interessen klar definieren. Auf internationaler Ebene kann bspw. die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) herangezogen werden.

³⁹³ Bislang wurde die Frage nach der Haftung von Suchmaschinenbetreibern für fremde rechtswidrige Inhalte nicht abschliessend beurteilt. Zurzeit haftet der Suchmaschinenbetreiber erst ab dem Zeitpunkt der Kenntnis der rechtswidrigen Inhalte der Website und im Falle der Nicht-Entfernung der Website aus dem Index.

schinenbetreiber aber geltend machen, dass die Website gegen geltendes Recht verstößt, liegt eine sachliche Rechtfertigung vor und der Ausschluss bzw. die Verweigerung der Aufnahme ist gerechtfertigt.

Was die Ansprüche der werbenden Unternehmen (und werbenden Privaten) auf die Schaltung einer kontextbezogenen Werbung bei Google anbelangt, müssen die vorgebrachten Interessen ebenfalls auf ihre Schutzwürdigkeit hin überprüft werden. Neben den bereits oben erwähnten rechtswidrigen Inhalten, die in verschiedenen Bereichen zu einer Rechtsverletzung führen können, gilt es bei der Werbung noch auf einen speziellen Themenbereich hinzuweisen. Dieser betrifft das Markenrecht und die „Keywords“. Hierbei stellen sich bei der Wahl und Benützung von fremden Markennamen als „Keywords“ bei Suchmaschinen markenrechtliche Fragen, die des öfteren Gegenstand der Rechtsprechung geworden sind³⁹⁴. Bis anhin deutet vieles darauf hin, dass eine Haftung des Suchmaschinenbetreibers erst ab Kenntnis der Rechtswidrigkeit und bei Nichtentfernung der Website eintritt. Ohne aber auf die verschiedenen Urteile näher einzugehen, kann festgehalten werden, dass sich noch keine einheitliche Praxis durchsetzen konnte. Der Bundesgerichtshof hat die Frage nach der Rechtsverletzung bei Verwendung einer fremden Markenbezeichnung als „Keyword“ zu dem Zweck, die eigene Werbung bei einer Suche nach der fremden Marke in der von den Suchergebnissen abgetrennten Anzeigenspalte erscheinen zu lassen, dem Europäischen Gerichtshof zur Entscheidung vorgelegt³⁹⁵.

Aufgrund der unterschiedlichen Rechtsprechung ist derzeit noch kein Trend abzulesen, und die Gerichte wählen nach wie vor zwischen verschiedenen Ansätzen zur Lösung der Rechtsstreitigkeiten³⁹⁶. Daher muss Google wohl das Recht zugestanden werden, bei Verwendung von markenrechtlichen Begriffen als „Keywords“ eine Werbeanzeige generell abzulehnen, wenn die Gefahr besteht, als Werbeplattform selbst mit in die Haftung genommen zu wer-

³⁹⁴ Siehe dazu: Erster Teil, Punkt C.IV.; Landgericht Braunschweig, Urteil v. 23.04.2008 - Az.: 9 O 371/08 (44), in CR 2008, S. 734 ff.; Landgericht Braunschweig, Urteil v. 01.04.2008 - Az.: 9 O 368/08 (41), in MIR 5/2008.

³⁹⁵ Bundesgerichtshof, Beschluss v. 22.01.2009 - Az.: I ZR 125/07, in GRUR 5/2009, S. 498 ff.

³⁹⁶ Vgl. die Urteile vom Oberlandesgericht Jena, Urteil v. 27.02.2008 - Az.: 2 U 319/07, in MMR 06/2008, S. 408 ff.; Oberlandesgericht Hamburg, Urteil v. 22.05.2007 - Az.: 7 U 137/06, in MMR 09/2007, S. 601 ff.; Landgericht Erfurt, Urteil v. 15.03.2007 - Az.: 3 O 1108/05, in MMR 06/2007, S. 393 ff.

den³⁹⁷. Folglich liegt auch bei der Verweigerung oder dem Abbruch von Geschäftsbeziehungen zu werbenden Unternehmen durch Google eine sachliche Rechtfertigung vor, wenn die Werbung gegen geltendes Recht verstösst oder die tatsächliche und rechtlich nachvollziehbare Gefahr besteht, als Werbepattform mit in die Haftung genommen zu werden, falls die Werbung aufgeschaltet wird³⁹⁸.

3. Verstoss gegen Suchmaschinen-Richtlinien

Jeder Suchmaschinenbetreiber hat eigene Qualitätsrichtlinien für die Benützung der Suchmaschine aufgestellt, die für jeden Internetnutzer, Werber und Websitebetreiber gelten und bei deren Missachtung eine Bestrafung angedroht wird³⁹⁹. In erster Linie richten sich diese Richtlinien gegen die Suchmaschinenoptimierer, die versuchen, einer Website bessere Ranking-Positionen innerhalb der Trefferliste zu verschaffen. Die Optimierung einer Website kann auf unterschiedliche Arten gefördert werden, und gewisse Techniken zur Verbesserung der Websites werden durchaus von den Suchmaschinenanbietern toleriert. Dabei nimmt der Websitebetreiber die Optimierung seiner Website entweder selber vor oder er beauftragt ein professionelles Unternehmen mit der Optimierung seiner Website⁴⁰⁰. Man spricht in diesem Fall von sogenannter „Search Engine Optimization“ (SEO).

Für die Suchmaschine bedeuten die SEO im Normalfall einen Qualitätsverlust der Trefferliste, da die SEO durch gezielte Eingriffe eine Website manipulieren, damit sie in der Trefferliste weiter oben erscheint⁴⁰¹. Als Internetnutzer bemerkt man diesen Qualitätsverlust dann, wenn auf der Trefferliste Suchresultate erscheinen, die nur wenig mit dem eingegebenen Suchbegriff zu tun haben. Daher versuchen die Suchmaschinenbetreiber einerseits durch die stetige Verbesserung und Anpassung des Such-Algorithmus den SEO zuvor zu kommen und

³⁹⁷ Gleich drei Urteile des Landgerichtes Hamburg bestätigen diese Ansicht und haben Google in entsprechenden Fällen Recht gegeben und die Ansprüche der Kläger abgewiesen. Die Kläger wollten Google gerichtlich dazu zwingen, per AdWords wieder für ihre Dienste werben zu dürfen; Urteil vom 13.12.2007, Az. 315 O 553/07, in ZUM-RD 11/2008, S. 566 ff.; Urteil vom 04.02.2008, Az. 315 O 870/07, auf Heise Online; Urteil vom 06.03.2008, Az. 315 O 906/07, in MMR 2/2009, S. 143.

³⁹⁸ OTT, Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, S. 200.

³⁹⁹ Bei Google findet man unter „www.google.de/support/webmasters/“ die Richtlinien für Webmaster. Bei Yahoo! unter „www.help.yahoo.com/l/us/yahoo/helpcentral/“ und bei MSN unter „www.help.live.com/help.aspx?mkt=de-de&project=w1_webmasters“.

⁴⁰⁰ VAN COUVERING, The Economy of Navigation: Search Engines, Search Optimisation and Search Results, S. 105 ff.

⁴⁰¹ VAN COUVERING, The Economy of Navigation: Search Engines, Search Optimisation and Search Results, S. 105 ff.

andererseits durch die Abstrafung von illegal manipulierten Websites einen Qualitätsverlust der Trefferliste zu verhindern. Damit dieses Vorgehen transparent bleibt, stellen die Suchmaschinen Qualitätsrichtlinien zur Verfügung, die erklären, welche Optimierungstechniken zugelassen sind.

Für die Suchmaschinen ist es von grosser Wichtigkeit, dass die Qualität der Trefferliste gewährleistet bleibt. Neben dem Such-Algorithmus ist die Qualität der Treffer für den Erfolg einer Suchmaschine massgebend. Aus diesem Grund sollte den Suchmaschinenbetreibern auch ein weiter Freiraum bzgl. ihrer Qualitätsrichtlinien eingeräumt werden. Meines Erachtens muss den Suchmaschinen in dieser Hinsicht ein unternehmerischer Gestaltungsfreiraum gewährt werden, der es ihnen erlaubt, wirtschaftlich sinnvolle Entscheidungen zu treffen, um wettbewerbsfähig zu bleiben. Der Ausschluss einer Website aus dem Index oder dem Werbeprogramm ist demnach bei einem Verstoss gegen die Qualitätsrichtlinien durchaus gerechtfertigt⁴⁰².

Bei einem Ausschluss einer Website aus dem Index oder dem Werbeprogramm aufgrund eines Verstosses gegen die Qualitätsrichtlinien einer Suchmaschine sollte den betroffenen Unternehmen ein Schutz vor Missbrauch zugestanden werden. Da ein Anspruch der Websitebetreiber auf Aufnahme in den Suchmaschinenindex besteht, muss bei einem Ausschluss oder einer Nichtaufnahme derselben eine konkrete Begründung vorliegen. In diesem Sinn hat der jeweilige Suchmaschinenbetreiber die Beweislast zu tragen und den Nachweis zu erbringen, ob und wie das betroffene Unternehmen Manipulationen an der Website vorgenommen hat, die gegen die Qualitätsrichtlinien verstossen⁴⁰³. Hier ist von der Unschuldsvermutung zugunsten der Websitebetreiber auszugehen. Die Suchmaschinenbetreiber müssen die Begründung für den Ausschluss oder die Nichtaufnahme der Website leisten. Es sollte nicht dazu kommen, dass die ausgeschlossenen oder nicht aufgenommenen Websitebetreiber ihr rechtmässiges Verhalten bzw. ihre Unschuld beweisen müssen.

4. Gründe in der Person bzw. dem Unternehmen selbst

Der Abbruch oder die Einschränkungen von Geschäftsbeziehungen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen können, neben den bereits erwähnten Gründen, nur dann gerechtfertigt werden, wenn erhebliche Gründe in der Person des Nachfragers oder des nachfragenden Unternehmens vorliegen⁴⁰⁴. Solche Gründe liegen u.a. bei einer geschäftlichen Unzuverläss-

⁴⁰² OTT, Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, S. 201.

⁴⁰³ Hier sollte die Unschuldsvermutung zugunsten der betroffenen Unternehmen gelten.

⁴⁰⁴ MÖSCHEL, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, EG-Wettbewerbsrecht I, Art. 86 EGV Rn. 219.

sigkeit des Geschäftspartners vor⁴⁰⁵. Damit wird bereits angedeutet, dass die Feststellung, ob eine geschäftliche Unzuverlässigkeit des Geschäftspartners vorliegt oder nicht, im Einzelfall festzulegen ist. Klar dürfte auch sein, dass bei lediglich kleinen Beeinträchtigungen des Geschäftsverkehrs ein Abbruch oder eine Einschränkung der Geschäftsbeziehungen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht zulässig ist⁴⁰⁶.

VI. Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass aus dem Kartellrecht durchaus eine Verpflichtung für Google zur Aufnahme von Websitebetreibern in den Index und zur Aufnahme von werbenden Unternehmen (und Privaten) in das Werbeprogramm von Google besteht⁴⁰⁷. Diese Verpflichtung ergibt sich aufgrund der marktbeherrschenden Stellung von Google auf dem Markt für kontextbezogene Werbung bei Suchmaschinen und dem Markt für indexierte Websites. Die Verletzung der Pflicht zur Gleichbehandlung von Geschäftspartnern führt jeweils dann zu einer Diskriminierung, wenn gleichen Unternehmen nicht die gleichen geschäftlichen Beziehungen angeboten werden.

Da aber auch einem marktbeherrschenden Unternehmen wie Google ein unternehmerischer Freiraum zugebilligt werden muss, darf das Unternehmen aus sachlich gerechtfertigten Gründen die Geschäftsbeziehungen zu Geschäftspartnern verweigern oder abbrechen. Verstösst ein Geschäftspartner gegen geltendes Recht oder gegen die Richtlinien von Google oder liegen die Gründe in der nachfragenden Person bzw. dem nachfragenden Unternehmen selbst, so bestehen sachlich gerechtfertigte Gründe für einen Abbruch oder eine Verweigerung der Geschäftsbeziehungen. Wird von Google der Nachweis eines derartigen Verstosses erbracht, so kann den Ansprüchen auf Aufnahme in den Index oder das Werbeprogramm nicht entsprochen werden, und es liegt kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vor. Es gilt darauf zu achten, dass in dieser Hinsicht das marktbeherrschende Unternehmen zu einer transparenten Haltung aufgefordert und dazu verpflichtet wird, den Nachweis eines Verstosses klar und einzelfallbezogen darzulegen.

⁴⁰⁵ ZÄCH, Kartellrecht, S. 319.

⁴⁰⁶ OTT, Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, S. 201.

⁴⁰⁷ BAHR, Rechtsanspruch auf Aufnahme in den Suchmaschinen-Index (am Beispiel von Google)?, Aufsatz nur in elektronischer Form vorhanden, abrufbar unter: „www.suchmaschinen-und-recht.de“.

Vierter Teil: Fusionskontrolle und Suchmaschinen

A. Internes Wachstum

I. Allgemeines

Die dominante Stellung von Google auf dem Suchmaschinenmarkt wirkt sich unmittelbar auf die angrenzenden Märkte aus. Durch die marktbeherrschende Stellung wird Google in die Lage versetzt, in weitaus stärkerem Ausmass auf andere Märkte Einfluss zu nehmen, als dies die Konkurrenten könnten. Wie die Vergangenheit und insbesondere der Fall Microsoft gezeigt haben, ist dabei die Versuchung gross, mit unerlaubten Mitteln die dominante Marktstellung auszubauen und zu verteidigen⁴⁰⁸. In diesem Sinn muss der Frage nachgegangen werden, ob aus kartellrechtlicher Sicht zu beanstandende Verhaltensweisen von Google festzustellen sind, oder ob sich die bisherige Geschäftspraxis an den gesetzlichen Rahmen hält.

Zum einen ist auf die unternehmensinternen Geschäftspraktiken von Google einzugehen. Dabei gilt es zu untersuchen, ob Google die Internetnutzer durch rechtswidrige Mittel an sich zu binden versucht. Die Gefahr eines missbräuchlichen Lock-In Effektes sowie die Frage nach einem Netzwerkeffekt und einer allfälligen rechtswidrigen Koppelung von verschiedenen Produkten oder Dienstleistungen müssen dabei näher untersucht werden und bedürfen einer kartellrechtlichen Beurteilung.

Zum anderen sind die direkten Eingriffe in fremde Märkte und solche, auf denen Google bereits tätig ist, kartellrechtlich zu beurteilen. Dabei gilt es vor allem die zwei bedeutendsten Akquisitionen der letzten Jahre, DoubleClick und YouTube, näher zu untersuchen. In diesem Zusammenhang gilt es auch, mithilfe des kartellrechtlichen Instrumentariums, den Einstieg von Google in die Branche für Handybetriebssysteme und die Lancierung des Internetbrowsers Chrome zu analysieren. Ebenfalls thematisiert wird die versuchte Zusammenarbeit zwischen Yahoo! und Google, die letztlich aufgrund von kartellrechtlichen Bedenken gescheitert ist.

⁴⁰⁸ Siehe dazu: Fn. 103.

II. Kundenbindung

1. Lock-In

Grundsätzlich bezeichnet der Lock-In Effekt im kartellrechtlichen Zusammenhang das Gefangensein in einer bestimmten Situation. Von Gefangensein spricht man aus dem Grund, da die Änderung der aktuellen Situation mit Kosten verbunden wäre, die einen Wechsel unwirtschaftlich machen würden⁴⁰⁹. Der Lock-in Effekt ist demnach stets im Zusammenhang mit Umstiegskosten zu betrachten. Je höher diese „switching costs“ ausfallen, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit eines Wechsels und desto grösser die Gefahr eines missbräuchlichen Lock-In⁴¹⁰. Dabei ist zu beachten, dass der Lock-In Effekt im Allgemeinen nicht illegal ist. Nur der Missbrauch des Effektes ist nicht zulässig und aus wettbewerbsrechtlicher Sicht problematisch.

In vielen Branchen führt der Missbrauch des Lock-In Effektes dazu, dass Unternehmen und Kunden an bestimmte Produkte und Dienstleistungen gebunden sind und keinen Wechsel vornehmen, weil die Umstiegskosten zu gross sind und sich ein Wechsel deshalb nicht lohnen würde. Es stellt sich nun die Frage, ob allenfalls auch auf dem Suchmaschinenmarkt missbräuchliche Lock-In Effekte vorhanden sind, welche die Kunden an einen Suchmaschinenanbieter binden und einen Wechsel zu einer anderen Suchmaschine verhindern.

Betrachtet man die Entwicklung des Suchmaschinenmarkts genau und analysiert insbesondere die Techniken zur Kundenbindung, so konnten lange Zeit keine derartigen Verhaltensweisen der Suchmaschinenbetreiber festgestellt werden. Erst seit Mitte 2004 wurden von Yahoo!, und drei Jahre später auch von Google, Produkte lanciert, die gezielt die Kundenbindung anstreben und verfolgen⁴¹¹. Es handelt sich hierbei vor allem um die Möglichkeit einer personalisierten Startseite und der Speicherung der Suchhistorie. Diese zwei Angebote werden dem Kunden angeboten mit dem Ziel, sowohl die Suche effizienter zu gestalten als auch eine verstärkte Kundenbindung zu erzielen. Mit der Möglichkeit einer personalisierten Startseite ist es dem Internetnutzer möglich, einen eigenen Bildschirm-Hintergrund und von ihm ausgewählte Gadgets auf der Startseite der Suchmaschine aufzuschalten⁴¹². Die Speicherung der Suchhis-

⁴⁰⁹ POHLMIEIER, S. 81.

⁴¹⁰ HEIZMANN, S. 192.

⁴¹¹ GATZ SCOTT, New Beta Version of My Yahoo!, Artikel vom 27.09.2004, abrufbar unter „www.ysearchblog.com“; MILLS ELINOR, Welcome to iGoogle, CNET News.com, Artikel vom 01.05.2007.

⁴¹² Siehe dazu die von Google und Yahoo! lancierten Programme „iGoogle“ und „My Yahoo!“.

torie ermöglicht es dem Internetnutzer, jederzeit seine getätigten Suchanfragen abzurufen, die er in der Vergangenheit mit der entsprechenden Suchmaschine vorgenommen hat⁴¹³.

Zweifellos dienen beide Massnahmen dazu, einen Internetnutzer durch die Verwendung dieser beiden Angebote an die Suchmaschine zu binden, sodass er weniger zu einem Wechsel zu einer anderen Suchmaschine tendiert. Trotzdem muss aber nach der Intensität und Wirkung dieser Angebote gefragt werden, um feststellen zu können, ob es sich hier um einen missbräuchlichen Lock-In Effekt handelt.

Hierbei ist als erstes anzumerken, dass es möglich ist, die gespeicherte Suchhistorie bei einem Wechsel in die neue Suchmaschine einzubringen⁴¹⁴. Solange diese Möglichkeit einer Übertragung der Suchhistorie besteht, entstehen bei einem Wechsel der Suchmaschine keine Umstiegskosten, weshalb auch kein missbräuchlicher Lock-In Effekt vorhanden ist.

Bei der personalisierten Startseite ist ein solches Miteinbringen in die neue Suchmaschine nicht möglich. Hier wird der Internetnutzer bei einem Wechsel des Suchmaschinenanbieters mit Umstiegskosten konfrontiert, da er die persönlichen Einstellungen von neuem vornehmen und dadurch einen zusätzlichen Zeitaufwand in Kauf nehmen muss. Zum jetzigen Zeitpunkt nimmt aber die Personalisierung der Startseite noch keinen grossen Zeitaufwand in Anspruch, da die Programmierung der Gadgets sehr einfach ist und relativ schnell gemacht werden kann. Konkret bedeutet dies, dass für diejenigen Internetnutzer, die ihre Startseite beim Suchmaschinenanbieter personalisiert haben, bei einem Wechsel des Suchmaschinenanbieters zunächst einmal Umstiegskosten in Form von zu investierender Zeit entstehen. Da diese Umstiegskosten aber nur in sehr geringem Ausmass anfallen, kommt es nicht zu einem missbräuchlichen Lock-In Effekt.

Folglich kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Internetnutzer bei einer Suchmaschine gefangen ist, weil die Umstiegskosten bei einem Wechsel des Suchmaschinenanbieters zu hoch wären⁴¹⁵. Die „switching costs“ in Form von Zeitaufwand sind dermassen gering, dass kein missbräuchlicher Lock-In Effekt vorliegt.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass bei Suchmaschinen keine Lock-In Effekte bestehen. Vor allem wegen des grundsätzlich kostenlosen Angebots und den zaghaften Techniken zur Kundenbindung entstehen für die Internetnutzer bei einem Wechsel des Suchmaschinenanbieters keine „switching costs“.

⁴¹³ Siehe dazu das Programm „My Search History“ von Google.

⁴¹⁴ F.A.Z, Die Suchmaschine der Zukunft, Artikel vom 06.08.2007, S. 19.

⁴¹⁵ KÜHLING/GAUSS, Expansionslust von Google als Herausforderung für das Kartellrecht, S. 752 f.

Dennoch wird hier auf eine Entwicklung hingewiesen, die u. U. in naher Zukunft zu einem missbräuchlichen Lock-In Effekt führen könnte. Es geht dabei um die gegenwärtige Personalisierung der Startseite, welche künftig zu einer Personalisierung der Suchmaschine selbst führen könnte. Je mehr sich die Suchmaschine auf die Persönlichkeit der Internetnutzer einstellt und deren charakteristischen Suchgewohnheiten zur Verbesserung der Trefferliste speichert, desto höher werden die Umstiegskosten bei einem Wechsel der Suchmaschine sein. Von Seiten der Suchmaschinenbetreiber wird denn auch gezielt von der persönlichen Suchmaschine als optimales und zu erreichendes Ziel gesprochen, um dem suchenden Internetnutzer die besten Resultate liefern zu können⁴¹⁶. Meiner Meinung nach ist diese Entwicklung aus kartellrechtlicher Sicht aufmerksam zu verfolgen, damit allfälligen Lock-In Effekten vorgebeugt werden kann. Als effizienteste Massnahme zur Verhinderung solcher Effekte muss darauf geachtet werden, dass es den Internetnutzern jederzeit möglich ist, die persönlichen Einstellungen bei einem Wechsel in die neue Suchmaschine miteinzubringen. Da dies bei der Suchhistorie bereits möglich ist, sollte es auch bei den anderen persönlichen Einstellungen ermöglicht und von den Suchmaschinenbetreibern garantiert werden. Damit liessen sich Lock-In Effekte weitgehend verhindern und der Internetnutzer könnte unter Vermeidung von hohen Umstiegskosten jederzeit die Suchmaschine wechseln.

2. Koppelung

Unter einem Koppelungsgeschäft wird das missbräuchliche Verhalten eines Vertragspartners verstanden, dass einen anderen Vertragspartner zur Abnahme weiterer Leistungen verpflichtet, die nicht zum eigentlichen Vertragsgegenstand gehören⁴¹⁷. Einer der Vertragspartner knüpft den Abschluss eines Vertrags an bestimmte Bedingungen, die den anderen Vertragspartner zur Annahme von zusätzlichen Leistungen verpflichten, die weder sachlich noch nach Handelsgebrauch im Verhältnis zum eigentlichen Vertragsgegenstand stehen⁴¹⁸. Die Erbringung der Hauptleistung wird von der Annahme zusätzlicher Leistungen abhängig gemacht, die zu einem anderen Markt als die Hauptleistung gehören und aus diesem Grund gekoppelt werden⁴¹⁹.

⁴¹⁶ Dazu LARRY PAGE, Mitbegründer von Google: "Die perfekte Suchmaschine würde genau erkennen, was der Nutzer meint, und genau die Ergebnisse ausgeben, die er sich wünscht", abrufbar unter: „www.google.ch/intl/de/corporate/tech.html“.

⁴¹⁷ MÖSCHEL, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Art.82 EGV Rn. 202.

⁴¹⁸ ZÄCH, Kartellrecht, S. 340; LAGEN/BUNTE, S. 211.

⁴¹⁹ EMMERICH, S. 160 f.

Das Verbot von derartigen Koppelungsgeschäften bezweckt in erster Linie den Schutz des Vertragspartners, dem nicht Leistungen aufgezwungen werden dürfen, die er gar nicht haben will. Weiter soll auch der Wettbewerb auf dem Markt für die gekoppelten Produkte und Dienstleistungen geschützt werden. Durch die Koppelungsgeschäfte werden Wettbewerber auf den benachbarten Märkten benachteiligt und marktbeherrschende Unternehmen versuchen ihre starke Stellung auf ebendiese Märkte zu übertragen. An dieser Stelle soll nun untersucht werden, ob auf dem Suchmaschinenmarkt missbräuchliche Koppelungsgeschäfte vorgenommen werden.

Betrachtet man die Geschäftstätigkeit des marktbeherrschenden Unternehmens Google, so fällt auf, dass gerade in den vergangenen Jahren immer wieder Vorstöße in neue Geschäftsfelder unternommen und neue Produkte und Dienstleistungen lanciert worden sind⁴²⁰. Die Angebote von Google sind aus diesem Grund immer vielfältiger geworden und gehen längst über die klassische Suchfunktion hinaus. Es stellt sich demnach die Frage, ob Google einzelne Produkte aneinander koppelt und das eine Produkt nur zusammen mit einem anderen verkauft oder anbietet, ohne dass ein sachlicher Zusammenhang zwischen den Produkten oder Dienstleistungen bestehen würde. Zu denken wäre etwa an die Möglichkeit, dass die klassische Google Suchfunktion nur genutzt werden kann, wenn man gleichzeitig den neuen Internetbrowser Chrome von Google verwendet.

Die empirische Untersuchung lässt keinen Zweifel daran, dass Google keine derartigen Koppelungsgeschäfte betreibt. Derzeit stehen, mit wenigen Ausnahmen, praktisch alle Produkte- und Dienstleistungsangebote von Google kostenlos zur Verfügung⁴²¹. Zudem werden die sachlich und nach Handelsgebrauch unterschiedlichen Produkte und Dienstleistungen jeweils unabhängig voneinander angeboten, und es besteht für den Internetnutzer keine Pflicht, neben der Hauptleistung zusätzliche Leistungen anzunehmen, die er gar nicht haben will. Es kann folglich festgehalten werden, dass von Google keine missbräuchlichen Koppelungsgeschäfte angeboten werden, weshalb dieser Tatbestand nicht erfüllt wird.

Zumindest solange ein Grossteil der Angebote kostenlos angeboten wird, spielen die Koppelungsgeschäfte eine marginale Rolle. Sollte sich dies ändern, so bekommt sowohl der Lock-In Effekt als auch die Koppelung eine neue Bedeutung.

⁴²⁰ Siehe dazu die verschiedenen Google Produkte auf der Homepage. Daneben gilt es den Einstieg in die Branche für Handybetriebssystem und die Lancierung des Internetbrowsers Chrome zu erwähnen.

⁴²¹ Kostenpflichtig ist z.B. eine professionelle Version von Google Earth (Google Earth Pro). Praktisch alle anderen Services und Tools von Google sind jedoch kostenlos.

3. Netzwerkeffekte

Netzwerkeffekte ergeben sich dann, wenn bei einer höheren Zahl von Konsumenten eines Produkts oder einer Dienstleistung der Nutzen eines einzelnen Konsumenten beim Gebrauch dieses Produkts oder dieser Dienstleistung steigt. Der Netzwerkeffekt gehört damit zu den positiven externen Effekten. Er beschreibt das Phänomen, dass der Nutzen eines Netzwerks bei steigender Nutzerzahl grösser wird, da durch die höhere Nutzerzahl das Netzwerk für noch mehr Personen interessant wird und weiter anwächst.

Nach herrschender Lehre unterscheidet man einen direkten und indirekten Netzwerkeffekt. Beim direkten Netzwerkeffekt entsteht der Nutzen unmittelbar durch physische Netzverbindungen zwischen zwei Teilnehmern⁴²². Indirekte Netzwerkeffekte entstehen hingegen dann, wenn der Nutzen der Teilnehmer mit der Netzgrösse zunimmt, diese Nutzensteigerung jedoch nicht durch unmittelbare Kommunikationsbeziehungen zwischen den Akteuren entsteht⁴²³.

Bei den Suchmaschinen entsteht grundsätzlich bei einer steigenden Nutzerzahl kein grösserer Nutzen für die Suchmaschine selbst oder die einzelnen Internetnutzer. Für den einzelnen Internetnutzer einer Suchmaschine ist es bedeutungslos, ob andere Internetnutzer die Suchmaschine verwenden oder nicht, seine eigene Suche und die Trefferliste werden durch eine höhere Nutzerzahl nicht beeinflusst. Sowohl ein direkter als auch ein indirekter Netzwerkeffekt kann daher bei den Suchmaschinen ausgeschlossen werden⁴²⁴.

Anzumerken bleibt, dass durch eine höhere Nutzerzahl die Qualität der Suchmaschine in gewissen Bereichen verbessert werden kann. Dies deshalb, da der Such-Algorithmus aufgrund der angeklickten Suchresultate stetig angepasst wird und z.B. auch die Rechtschreibhilfe der Suchmaschine ausgebaut werden kann. Diese Verbesserungen entstehen aber durch die Massnahmen von Seiten der Suchmaschinenanbieter, die durch die höheren Nutzerzahlen ermöglicht werden. Die verbesserte Qualität der Suchmaschine entsteht dabei nicht durch einen zusätzlichen Internetnutzer, sondern durch die Tätigkeiten der Suchmaschinenbetreiber selbst.

Ähnlich verhält es sich bei der Entwicklung von komplementären Anwendungen, die bei einer höheren Nutzerzahl entwickelt werden und die zu einer Steigerung der Beliebtheit des Hauptprodukts und der Hauptdienstleistung führen. Auch hier führt die hohe Nutzerzahl lediglich dazu, dass die Einnahmen der Suchmaschine steigen und dadurch mehr Investitionen

⁴²² POHLMIEIER, S. 29 f.

⁴²³ POHLMIEIER, S. 30 f.

⁴²⁴ KÜHLING/GAUSS, Expansionslust von Google als Herausforderung für das Kartellrecht, S. 752.

getätigt werden können. Mit diesen Investitionen könnten wiederum komplementäre Anwendungen entwickelt werden, falls das Unternehmen daran interessiert ist und genügend innovativ arbeitet. Für den einzelnen Internetnutzer ergibt sich aber aufgrund des grösseren Angebots von komplementären Anwendungen noch kein zusätzlicher Nutzen für die eigentliche Suchmaschine. Zweifellos kommen die komplementären Anwendungen vor allem dem Internetnutzer zu Gute, trotzdem steigert sich sein Nutzen für die eigentliche Suchmaschine bei einem zusätzlichen Angebot noch nicht. Darum kann auch hier nicht von einem indirekten Netzwerkeffekt im eigentlichen Sinn gesprochen werden⁴²⁵.

III. Expansionen

1. Vorbemerkungen

Ein Unternehmen kann auf verschiedene Arten wachsen. Zu unterscheiden ist zwischen internem und externem Wachstum⁴²⁶. Unter internem Wachstum versteht man den Eintritt in bestehende Märkte oder die Eröffnung eines neuen Markts durch das Unternehmen selbst⁴²⁷. Dabei gelingt es dem Unternehmen aus eigener Kraft, Produkte zu entwickeln und mit diesen in neue oder bereits bestehende Märkte vorzustossen. Durch internes Wachstum wird der Wettbewerb auf den Märkten verstärkt, indem sowohl neue Produkte entwickelt werden als auch neue Unternehmen auf den entsprechenden Märkten auftreten⁴²⁸. Aus diesem Grund begrenzt das Kartellrecht internes Unternehmenswachstum nicht. Es ist aus kartellrechtlicher Sicht unproblematisch, wenn ein Unternehmen aus eigener Kraft in bereits bestehende oder neue Märkte eintritt. Dennoch können Unternehmen, die durch internes Wachstum eine marktbeherrschende Stellung erlangt haben, gegen das Kartellrecht verstossen⁴²⁹.

Externes Wachstum beruht auf einem Zusammenschluss von Unternehmen⁴³⁰. Der Wachstumsprozess findet in diesem Fall aufgrund von Akquisitionen statt, die ein Unternehmen tätigt, um in neue Märkte vorzustossen oder auf bestehenden Märkten die eigene Position zu stärken. Externes Wachstum kann daher zu einer unerwünschten Machtkonzentration auf den Märkten führen und den Wettbewerb nachteilig beeinflussen oder beseitigen. Aus diesem Grund besteht für das externe Wachstum sowohl im schweizerischen als auch im europäi-

⁴²⁵ POHLMIEIER, S. 31 ff.

⁴²⁶ ZÄCH, Kartellrecht, S. 349.

⁴²⁷ KÜHLING/GAUSS, Expansionslust von Google als Herausforderung für das Kartellrecht, S. 754.

⁴²⁸ ZÄCH, Kartellrecht, S. 5 ff.

⁴²⁹ ZÄCH, Kartellrecht, S. 256.

⁴³⁰ KÜHLING/GAUSS, Expansionslust von Google als Herausforderung für das Kartellrecht, S. 754 f.

schen Kartellrecht ab einer bestimmten Grösse des Umsatzes ein Genehmigungsvorbehalt für die beteiligten Unternehmen⁴³¹.

Wie eingangs dieses Kapitels erwähnt wurde, ist der Branchenführer Google sowohl durch die Lancierung neuer Produkte als auch durch bedeutende Akquisitionen stetig gewachsen. Im Folgenden soll ein Überblick über die von Google getätigten Massnahmen im Hinblick auf das Unternehmenswachstum gegeben werden.

2. Wachstum aus eigenen Ressourcen

a) Google Chrome

Am 2. September 2008 hat Google zum ersten Mal seinen neu entwickelten Internetbrowser Chrome der Öffentlichkeit vorgestellt⁴³². Der zuerst nur als Beta-Version erhältliche Browser Chrome zeigte den Einstieg von Google in den Markt für Internetbrowser an⁴³³. Auf dem bereits bestehenden Markt für Internetbrowser ist Microsoft mit dem Internet Explorer der unangefochtene Marktführer und dominiert den Markt seit Jahren mithilfe einer marktbeherrschenden Stellung⁴³⁴. Daneben kann lediglich Mozilla mit dem Internetbrowser Firefox grössere Marktanteile für sich beanspruchen, alle anderen Internetbrowser besitzen weniger als 10% Marktanteile. Chrome, mit etwa 1% Marktanteil, steht den Internetnutzern gratis zur Verfügung und kann ohne Bedingungen aus dem Internet herunter geladen und installiert werden⁴³⁵. Es besteht keine Koppelung an andere Produkte von Google und auch die Suchdienste werden ohne Einschränkungen (ob man nun Chrome benutzt oder nicht) weiterhin angeboten. Der Einstieg von Google stellt einen klassischen Fall von internem Unternehmenswachstum dar. Der Einstieg in einen bereits bestehenden Markt wurde aus eigener Kraft, dank Investitionen und Innovationen, gewagt. Dadurch ist auf dem Markt für Internetbrowser ein zusätzlicher Wettbewerber aufgetreten und der Druck auf die bestehenden Marktteilnehmer erhöht

⁴³¹ Art. 9 KG im schweizerischen Recht, Art. 1 EG-FKVO Nr. 139/2004 im europäischen Recht regeln die Aufgreifkriterien für Unternehmenszusammenschlüsse.

⁴³² NZZ, Google bedrängt Microsoft, Artikel vom 03.09.2008, S. 27.

⁴³³ Eine Beta-Version ist eine unfertige Version eines Computerprogramms.

⁴³⁴ Es existieren verschiedene Statistiken über die Marktanteile von Internetbrowsern im Netz. Die Unterschiede sind dabei aber sehr gering. Siehe etwa die Statistiken unter „www.webhits.de“ und „www.marketshare.hitslink.com“.

⁴³⁵ Siehe dazu die Informationen von Google unter „www.google.com/chrome/intl/en/features.html“. Es bleibt anzumerken, dass praktisch fast alle Internetbrowser gratis heruntergeladen werden können.

worden. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ist diese Vorgehensweise von Google positiv zu bewerten und verstösst gegen keine kartellrechtlichen Vorschriften.

b) Google Scholar und Google News

Zwei weitere Beispiele eines internen Unternehmenswachstums stellen die von Google angebotenen Suchdienste Google News und Google Scholar dar. Während Google News bereits 2002 lanciert worden sind, kam Google Scholar erst im Jahr 2004 auf den Markt und befindet sich immer noch in der Beta-Phase⁴³⁶. Die beiden Programme bieten jeweils eine spezialisierte Suche an, die sich von der allgemeinen Google Suchmaschine unterscheidet.

Google News ist eine automatisch erstellte Nachrichtenseite, die fortwährend die aktuellsten Schlagzeilen aus verschiedenen Nachrichtenquellen im Internet sucht und wieder verwendet⁴³⁷. Dabei arbeitet der Such-Algorithmus selbständig, ohne dass eine redaktionelle Tätigkeit stattfinden würde⁴³⁸. Wie bereits erwähnt wurde, hatte Google im Zusammenhang mit dem Programm Google News mit verschiedenen Nachrichtenagenturen juristische Streitigkeiten beizulegen, bevor das Programm definitiv angeboten werden konnte⁴³⁹.

Bei Google Scholar bezieht sich die Suche auf wissenschaftliche Texte, welche durch die Zusammenarbeit mit verschiedenen Fachverlagen zur Verfügung gestellt werden können⁴⁴⁰. Derzeit befindet sich das Programm in der Anfangsphase und es ist noch offen, welchen Erfolg Google damit erzielen und wie sich das Programm weiterentwickeln wird⁴⁴¹.

Die beiden Beispiele verdeutlichen die Möglichkeiten eines internen Wachstums. Mit den beiden neu lancierten Dienstleistungen hat Google den Druck auf andere Wettbewerber erhöht und damit den Wettbewerb auf bereits bestehenden Märkten aus eigener Kraft angekurbelt.

⁴³⁶ Sieh dazu: Fn. 433.

⁴³⁷ Siehe dazu: www.google.ch/intl/de_ch/about_google_news.html.

⁴³⁸ NZZ, Die Maschine als eigener Redaktor. Die Suchmaschine Google mit eigenem News-Portal, Artikel vom 11.10.2002, S. 65.

⁴³⁹ Siehe dazu: Vierter Teil, Punkt A.III.3.

⁴⁴⁰ Siehe dazu: www.scholar.google.ch/intl/de/scholar/about.html.

⁴⁴¹ Die Welt, Harvard bietet offenen Zugang, Artikel vom 05.03.2008, Feuilleton Heft 55/2008, S. 28.

B. Externes Wachstum

I. Zusammenschlüsse unter Suchmaschinenbetreibern

1. Vorbemerkungen

Auf dem Suchmaschinenmarkt ist es während den letzten Jahren zu keinem grösseren Unternehmenszusammenschluss gekommen⁴⁴². Lediglich zwischen Yahoo! und Microsoft kam es zu konkreten Übernahmeangeboten. Diese Entwicklung hat Google als Marktführer auf dem Suchmaschinenmarkt bestätigt, während sich Yahoo! und Microsoft als einzige ernst zu nehmende Konkurrenz etablieren konnten. Aber keinem Konkurrenten ist es bis anhin gelungen, an der starken Marktposition von Google etwas zu verändern oder dem Unternehmen Marktanteile abzugewinnen⁴⁴³. Auch durch den Markteintritt von neuen Suchmaschinenbetreibern konnte kein wesentlicher Wettbewerbsdruck auf Google erzeugt werden. Eine Übernahme oder Zusammenarbeit zwischen Microsoft und Yahoo! war daher naheliegend, um die Marktführerschaft von Google ernsthaft anzugreifen⁴⁴⁴. Da Yahoo! über die vergangenen Jahre einen schlechten Geschäftsgang und wirtschaftliche Schwierigkeiten bekundete, war es Anfang 2008 Microsoft, das Yahoo! zum wiederholten Mal ein konkretes Übernahmeangebot vorlegte⁴⁴⁵.

Yahoo! lehnte das Übernahmeangebot ab und auch auf ein zweites, höheres Angebot von Microsoft reagierte Yahoo! mit einer Absage. Nachdem Yahoo! auf die Angebote von Microsoft verzichtet hatte, bot Google ein Projekt zur Zusammenarbeit an. In einer Testphase kooperierten die beiden Unternehmen im Bereich der Online-Werbung miteinander⁴⁴⁶. Nach wenigen Monaten wurde die Zusammenarbeit von Google und Yahoo! aufgrund von kartellrechtlichen Bedenken beendet. Nur wenige Monate später, im Frühjahr 2009, gaben Microsoft und Yahoo! bekannt, eine gemeinsame Vereinbarung getroffen zu haben und in Zukunft zusammen zu arbeiten. Damit wurde aus den anfänglichen Übernahmeplänen von Microsoft eine Zusammenarbeit mit Yahoo!.

⁴⁴² Siehe dazu: Erster Teil, Punkt B.II.

⁴⁴³ Siehe dazu: Erster Teil, Punkt B.IV.

⁴⁴⁴ NZZ, Microsoft interessiert sich für Yahoo, Artikel vom 06.05.2007, S. 49.

⁴⁴⁵ NZZ, Yahoo stürzt ab, Artikel vom 13.06.2008, S. 34; NZZ, Microsoft greift nach Yahoo, Artikel vom 02.02.2008, S. 25.

⁴⁴⁶ NZZ, Yahoo wählt Google als Partner, Artikel vom 14.06.2008, S. 25.

Somit zeigt sich ein Jahr nach dem Übernahmeangebot eine veränderte Situation. Google liegt als Marktführer an der Spitze, steht aber aufgrund der Kooperation von Yahoo! und Microsoft unter höherem Wettbewerbsdruck als zuvor.

In der Folge wird auf die Möglichkeiten der grossen Suchmaschinenbetreiber in Bezug auf Unternehmenszusammenschlüsse eingegangen. Dabei wird zum einen untersucht, ob Google überhaupt die Möglichkeit zur Übernahme einer anderen Suchmaschine besitzt, und zum anderen, ob andere Suchmaschinenanbieter in dieser Hinsicht einen grösseren Spielraum besitzen. In diesem Zusammenhang wird auch auf die Zusammenarbeit der verschiedenen Suchmaschinenanbieter eingegangen.

2. Google als involvierte Partei

Das schweizerische Kartellgesetz beurteilt Unternehmenszusammenschlüsse im Sinn von Art. 10 KG. Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens wird in Art. 4 Abs. 2 KG definiert.

Wie bereits vorstehend dargelegt worden ist, kann Google auf dem Markt für indexierte Websitebetreiber, dem Nutzermarkt und dem Online-Werbemarkt für kontextbezogene Werbung bei Suchmaschinen eine marktbeherrschende Stellung nachgewiesen werden. Da es auf dem Suchmaschinenmarkt innerhalb der letzten Jahre zu keinen Übernahmen gekommen ist, und insbesondere Google keine Akquisitionen auf dem Suchmaschinenmarkt getätigt hat, können lediglich die realistischen Möglichkeiten von Google im Zusammenhang mit Übernahmen beurteilt werden. Unter Einbezug der kartellrechtlichen Vorschriften über die Unternehmenszusammenschlüsse muss konsequenterweise davon ausgegangen werden, dass die Übernahme eines Suchmaschinenbetreibers durch Google faktisch unzulässig wäre. Als Marktbeherrscher könnte Google durch die Übernahme eines anderen Suchmaschinenbetreibers die marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. a KG verstärken. Die Übernahme eines Suchmaschinenbetreibers würde dazu führen, dass Google seine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für indexierte Websitebetreiber, dem Nutzermarkt und dem Online-Werbemarkt für kontextbezogene Werbung bei Suchmaschinen ausbauen könnte. Für den Wettbewerb auf dem Suchmaschinenmarkt hätte die Genehmigung eines derartigen Zusammenschlusses zur Folge, dass sich die Marktstellung des marktbeherrschenden Unternehmens weiter verstärkt und dieses sich in zunehmendem Mass unabhängig von seinen Konkurrenten verhalten könnte. Da Google ohnehin über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, wäre das Unternehmen durch eine Übernahme in noch stärkerem Masse unabhängig. Im Bereich

der Online-Werbung bestünde die begründete Gefahr einer Beseitigung des Wettbewerbs, wenn Google seine marktbeherrschende Stellung weiter ausbauen könnte. Da dieser Bereich im Wesentlichen für die Einnahmen der Suchmaschinenbetreiber verantwortlich ist, hätte eine erhebliche Beschränkung des Wettbewerbes auf dem Markt für Online-Werbung schwerwiegende Folgen für die anderen Suchmaschinenbetreiber. Eine Beseitigung des Wettbewerbs wäre zu befürchten, da potentielle Wettbewerber übernommen und vom Markt verschwinden würden. Aus diesen Gründen ist bei einer Übernahme eines Suchmaschinenbetreibers durch Google davon auszugehen, dass die marktbeherrschende Stellung von Google verstärkt wird, die den wirksamen Wettbewerb beseitigen kann.

Ob Google durch die Übernahme eines anderen Suchmaschinenbetreibers auf anderen Märkten die Wettbewerbsverhältnisse nach Art. 10 Abs. 2 lit. b KG verbessern würde, hängt davon ab, in welchen Bereichen die zu übernehmende Suchmaschine tätig ist.

Handelt es sich um eine reine Suchmaschine ohne weitergehende Angebote, so sind durch die Übernahme keine weiteren Märkte betroffen. Damit fällt auch eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf anderen Märkten ausser Betracht. In diesem Fall würden die Nachteile einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Google auf dem Markt für indizierte Websitebetreiber, dem Nutzermarkt und dem Online-Werbemarkt für kontextbezogene Werbung bei Suchmaschinen nicht zu einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf andern Märkten führen.

Anders liegt der Fall, wenn die Übernahme eine Suchmaschine betrifft, die neben der klassischen Suche auch noch in anderen Geschäftsfeldern tätig ist. Hier könnte eine Akquisition durch Google dazu führen, dass in einem andern Markt eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse bewirkt wird. In diesem Zusammenhang haben die Übernahmen von YouTube und DoubleClick durch Google gezeigt, dass Google durchaus in andere Märkte expandieren kann, ohne den Wettbewerb zu beschränken oder zu beseitigen. Allerdings handelte es sich bei diesen Akquisitionen nicht um Übernahmen von Suchmaschinenbetreibern. YouTube und DoubleClick waren nicht auf dem Suchmaschinenmarkt tätig, sondern im Bereich der Video-Dienstleistungen und der Online-Werbung. Eine Einschätzung über die möglichen Szenarien bei der Übernahme einer Suchmaschine, die neben der klassischen Suche auch noch in anderen Geschäftsfeldern tätig ist, kann nur vermutet werden. Damit ergibt sich die Situation, dass jeweils eine Beurteilung des Einzelfalles vorgenommen werden muss. Es liegt in diesem Fall an den Kartellbehörden, zu beurteilen, ob die Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung von Google auf dem

Markt für indexierte Websitebetreiber, dem Nutzermarkt und dem Online-Werbemarkt für kontextbezogene Werbung bei Suchmaschinen überwiegen.

Auf europäischer Ebene beurteilt man Unternehmenszusammenschlüssen nach der EG Fusionskontrollverordnung Nr. 139/2004⁴⁴⁷.

Die marktbeherrschende Stellung von Google auf dem Markt für indexierte Websitebetreiber, dem Nutzermarkt und dem Online-Werbemarkt für kontextbezogene Werbung bei Suchmaschinen liegt auch auf dem europäischen Markt vor. Bei einem Zusammenschluss von Google mit einem anderen Suchmaschinenbetreiber müsste daher beurteilt werden, ob der wirksame Wettbewerb im Gemeinsamen Markt erheblich behindert würde. Die Erheblichkeit wird dabei unter verschiedenen Gesichtspunkten geprüft und definiert⁴⁴⁸. U.a. werden die Marktanteile, der potentielle Wettbewerb, die Marktzutrittsschranken und die Effizienzgewinne in die Beurteilung miteinbezogen⁴⁴⁹.

Durch die Übernahmen eines Suchmaschinenbetreibers würde Google seine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für indexierte Websitebetreiber, dem Nutzermarkt und dem Online-Werbemarkt für kontextbezogene Werbung bei Suchmaschinen verstärken. Daraus kann allerdings noch nicht geschlossen werden, ob der Zusammenschluss auch zu einer erheblichen Behinderung des wirksamen Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben führen würde. Nach den Kriterien der Erheblichkeit zu urteilen führt ein Zusammenschluss eines Suchmaschinenbetreibers mit Google unweigerlich zu einer (u.U. marginalen) Erhöhung der Marktanteile von Google und dem Wegfall eines potenziellen Wettbewerbers. Die Marktzutrittsschranken würden nur unwesentlich erhöht werden, da diese ohnehin sehr hoch sind und ein Zusammenschluss keine wesentlichen Änderungen bewirken würde. Aufgrund dieser realistischen Einschätzungen könnte die Erheblichkeit durchaus bejaht werden. Dennoch kann auch hier nicht mit letzter Sicherheit bestimmt werden, wie die Beurteilung im Einzelfall ausfallen würde. Einzig die Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung von Google auf dem Markt für indexierte Websitebetreiber, dem Nutzermarkt und dem Online-Werbemarkt für kontextbezogene Werbung bei Suchmaschinen sowie der Wegfall eines potenziellen Konkurrenten können mit Sicherheit angenommen werden. Demnach wird letztendlich auch bei einem Zusammenschluss von Google mit einem Suchmaschinen-

⁴⁴⁷ Fusionskontrollverordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen.

⁴⁴⁸ IMMENGA/KÖRBER, in IMMENGA/MESTMÄCKER, Wettbewerbsrecht EG/Teil 2, Art. 2 FKVO Rn. 183 ff.

⁴⁴⁹ ZÄCH, Europäisches Wirtschaftsrecht, S. 400 ff.

betreiber die Europäische Kommission beurteilen müssen, ob der wirksame Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde oder nicht.

Meines Erachtens kann in Anbetracht der dominanten Stellung von Google auf dem Europäischen Markt und aus den bereits oben erwähnten Gründen davon ausgegangen werden, dass ein Zusammenschluss bzw. eine Übernahme eines Suchmaschinenanbieters durch Google von der Europäischen Kommission mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht genehmigt würde.

Hier ist noch darauf hinzuweisen, dass es für Google derzeit weder attraktiv noch sinnvoll wäre, einen anderen Suchmaschinenanbieter zu übernehmen. Zum einen steigert Google seine Marktanteile aus eigener Kraft und kann sich immer weiter von der Konkurrenz distanzieren, ohne auf die Unterstützung anderer Anbieter angewiesen zu sein. Zum anderen würde sich Google im Falle einer Übernahme, die wohl kaum genehmigt würde, dem Risiko eines Imageschadens aussetzen. Konsumenten können teilweise eher negativ reagieren, wenn marktbeherrschende Unternehmen versuchen, ihre mächtige Stellung auf Kosten kleinerer Unternehmen auszubauen⁴⁵⁰.

3. Google als nicht involvierte Partei

Nachdem Microsoft sein Interesse an Yahoo! bekannt gab und das erste Übernahmeangebot vorgelegt hatte, kam die Frage auf, ob eine derartige Übernahme überhaupt mit dem Kartellrecht vereinbar wäre. Nun zeigt der Blick in das schweizerische und europäische Kartellrecht, dass ein Unternehmenszusammenschluss nur dann zu verbieten ist, wenn er den wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen kann.

Angesichts der starken Marktposition von Google und den eher marginalen Marktanteilen von Yahoo! und Microsoft würde ein Zusammenschluss zwischen Yahoo! und Microsoft kaum zu einer Beseitigung oder erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen. Des Weiteren könnte durch den Zusammenschluss auch keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt werden. Selbstverständlich würde dadurch ein Konkurrent und potentieller Wettbewerber vom Markt verschwinden, doch aufgrund der dominanten Stellung von Google müsste ein derartiger Verlust hingenommen werden, da der Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigt

⁴⁵⁰ Hier kann auf Microsoft verwiesen werden, das sich durch die Übernahmen in den letzten Jahren und den daraus entstandenen Rechtsstreitigkeiten einen eher fragwürdigen Ruf eingehandelt hat. Siehe dazu Fn. 103 und NZZ am Sonntag, Google ist für Microsoft zu teuer und zu erfolgreich, Artikel vom 03.02.2008, S. 19.

und keine marktbeherrschende Stellung begründet würde⁴⁵¹. Ein Zusammenschluss würde im Gegenteil zu einem grösseren Wettbewerbsdruck auf Google führen und in diesem Sinn einen positiven Effekt auf den Wettbewerb auf dem Suchmaschinenmarkt haben⁴⁵². In den USA haben sich denn auch verschiedene Kartellrechtsexperten dahingehend geäußert, dass der Zusammenschluss keine kartellrechtlichen Bedenken aufwerfen und den Wettbewerb auf dem Suchmaschinenmarkt eher verschärfen würde⁴⁵³.

Es ist lediglich eine Vermutung aufgrund der gegenwärtigen Marktsituation möglich. Einerseits kann sich in den kommenden Jahren durchaus eine andere Marktsituation ergeben und andererseits kann nur eine detaillierte Untersuchung im Fall einer Übernahme endgültige Klarheit über die kartellrechtlichen Bedenken verschaffen. Es sei darauf hingewiesen, dass zum einen auch bei der Übernahme von DoubleClick durch Google eine Genehmigung des Zusammenschlusses auf den ersten Blick nicht zu erwarten war⁴⁵⁴. Zum anderen wurde Microsoft in der Vergangenheit immer wieder von den amerikanischen und europäischen Kartellrechtsbehörden für illegale Verhaltensweisen bestraft, weshalb das Unternehmen von den Behörden mit erhöhter Aufmerksamkeit beobachtet wird⁴⁵⁵. Aus diesem Grund ist eine endgültige Prognose hinsichtlich eines möglichen Zusammenschlusses nicht möglich und es bleibt bei Vermutungen.

II. Drei ausgewählte Akquisitionen von Google

1. Android

Mit der Plattform Android für mobile Geräte hat sich Google in einen weiteren Markt vorge- wagt, auf dem das Unternehmen lange Zeit nicht aktiv tätig war. Voraus gegangen ist diesem Schritt allerdings die Übernahme der Jungfirma Android im Jahr 2005⁴⁵⁶. Nach dieser Akqui- sition hat Google zusammen mit der sog. „Open Handset Alliance“ die Software weiter ent- wickelt und arbeitet derzeit an einem System für Mobiltelefone, auf dem Computerprogram-

⁴⁵¹ CBC News, Microsoft-Yahoo merger to get hard look from regulators, Artikel vom 04.02.2008.

⁴⁵² LINDNER ROLAND, Google in Alarmstimmung, Artikel vom 31.03.2009 auf www.FAZ.Net.

⁴⁵³ NZZ, Microsoft will mit Yahoo Google angreifen, Artikel vom 03.02.2008, S. 35; Spiegel Online, Kar- tellrechtsexperten geben Microsoft Vorstoss gute Chancen, Artikel vom 02.02.2008.

⁴⁵⁴ KÜHLING/GAUSS, Expansionslust von Google als Herausforderung für das Kartellrecht, S. 757.

⁴⁵⁵ Siehe dazu: Fn. 103.

⁴⁵⁶ NZZ, Google entert Mobiltelefonie, Artikel vom 06.11.2007, S. 23.

me ausgeführt werden können⁴⁵⁷. Google arbeitet bei diesem Projekt mit anderen Unternehmen der „Open Handset Alliance“ zusammen und erhofft sich so eine höhere Konkurrenzfähigkeit gegenüber den anderen Marktteilnehmern. Trotzdem sollte berücksichtigt werden, dass die Plattform Android im Wesentlichen von Google entwickelt und zum Zweck des Markteintritts eine verhältnismässig kleine Akquisition getätigt worden ist. Da es sich hier nicht um einen klassischen Markteintritt allein aus eigener Kraft handelt, muss von einem externen Unternehmenswachstum ausgegangen werden.

Google ist auf einen bereits existierenden Markt eingedrungen und hat sich als neuer Wettbewerber angemeldet. Die grössten Mitkonkurrenten sind vor allem Apple mit dem iPhone und dem dazu gehörigen Mac OS X-Betriebssystem, Nokia mit dem Betriebssystem Symbian und Microsoft mit Windows Mobile. Das erste Handy mit dem neuen Betriebssystem Android ist in den USA im Oktober 2008 auf den Markt gekommen und mittlerweile auch in Europa erhältlich⁴⁵⁸.

Der markante Unterschied zwischen den bisherigen und dem neuen Betriebssystem Android besteht im „Open-Source-Ansatz“. Dieser ermöglicht es interessierten Unternehmen, an der Gestaltung mitzuwirken und bei der Entwicklung mitzuarbeiten. Dank diesem neuen Ansatz auf dem Markt für mobile Betriebssysteme hat Google bereits über 40 Partner gefunden, die ihr Know-how für die Entwicklung von Android zur Verfügung stellen und an dessen Entstehung mitwirken. Dabei handelt es sich um Netzbetreiber, Telefon-, Chip- und Software-Hersteller, die sich alle zur „Open Handset Alliance“ zusammengefunden haben⁴⁵⁹.

Nachdem die Konkurrenz zurückhaltend auf den neuen Wettbewerber reagiert hatte, zeichnen sich mittlerweile bereits erste Veränderungen auf dem Markt für Handy-Betriebssysteme ab. In dieser Hinsicht ist der Kauf der verbleibenden Anteile von Symbian durch Nokia zu erwähnen und die daraufhin gegründete „Symbian Foundation“⁴⁶⁰. Diese will nun ebenfalls mit dem Open-Source-Ansatz neue Wege gehen und hat bereits mehrere Partnerunternehmen für das Projekt gewinnen können⁴⁶¹.

Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ist der Eintritt von Google in den Markt für Handy-Betriebssysteme unproblematisch. Wie das Beispiel von Nokia zeigt, ist durch den neuen

⁴⁵⁷ Siehe dazu: www.openhandsetalliance.com.

⁴⁵⁸ NZZ, Google Handy vor der Markteinführung, Artikel vom 30.9.2008, S. 62.

⁴⁵⁹ Siehe dazu: www.openhandsetalliance.com/oha_members.html.

⁴⁶⁰ Siehe dazu: www.symbianfoundation.org.

⁴⁶¹ NZZ, Mobiltelefon-Betriebssystem Symbian öffnet sich, Artikel vom 25.06.2008, S. 21; Heise Online, Nokia kauft Symbian, Artikel vom 24.06.2008.

Wettbewerber Druck auf die anderen Marktteilnehmer entstanden und hat erste Veränderungen zugunsten der Konsumenten mit sich gebracht⁴⁶². Bedenken aus kartellrechtlicher Sicht können derzeit ausgeschlossen werden. Die damalige Akquisition von Android durch Google hat gegen keine kartellrechtlichen Bedingungen verstossen und reiht sich nahtlos in die zahlreichen und gewöhnlichen Übernahmen von kleinen innovativen Unternehmen durch grössere und finanzkräftigere Unternehmen ein. Auch was den Einstieg in den Markt für Handy-Betriebssysteme und die neu gegründete „Open-Handset-Alliance“ anbelangt, sind die kartellrechtlichen Anforderungen eingehalten worden. Die Allianz der partnerschaftlichen Unternehmen beruht auf einer freiwilligen Mitarbeit, die jederzeit aufgelöst werden kann. Abreden zur Beeinträchtigung oder Beseitigung des Wettbewerbs können zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht ausgemacht werden und sind auch nicht zu vermuten.

Der Eintritt von Google in den Markt für Handy-Betriebssysteme ist demnach als positiv zu beurteilen. Er trägt dazu bei, dass mehr Wettbewerb auf dem Markt entsteht und Innovationen gefördert werden.

2. YouTube

Ein weiterer Fall von externem Wachstum stellt das im Oktober 2006 zwischen Google und der Video-Plattform YouTube geschlossene Übernahmeabkommen dar⁴⁶³. Google war vor diesem Zeitpunkt bereits mit dem eigenen Portal Google-Video auf dem Markt für Video Up- und Downloads tätig. Das Portal von Google hatte aber nur wenig Erfolg und konnte nach der Lancierung im Jahre 2005 nur geringe Marktanteilswerte für sich behaupten⁴⁶⁴. Das Start-Up Unternehmen YouTube, welches im Februar 2005 gegründet worden ist, stieg innerhalb von nur einem Jahr zu einem der grössten Portale für Video-Dienstleistungen auf. Dabei profitierte YouTube von Sympathien seitens der Internetnutzer, die das Unternehmen trotz seiner durchschnittlichen Technologie zum Erfolg führten. Zum Zeitpunkt der Übernahme war YouTube eines der führenden Video-Portale des Internets und konnte aufgrund des enormen Wachstums mit hoher Wahrscheinlichkeit damit rechnen, Marktführer in diesem Bereich zu werden.

⁴⁶² Die Vorteile für den Konsumenten liegen im breiteren Angebot, den tieferen Preisen und den bessern Produkten.

⁴⁶³ NZZ, Google übernimmt Internet-Videoportal YouTube, Artikel vom 10.10.2006, S. 25.

⁴⁶⁴ NZZ, Google spannt mit YouTube zusammen. Aufschwung auf Rang zwei im Internet-Video-Geschäft, Artikel vom 11.10.2006, S. 19.

Nach der Übernahme wurde Google zum Branchenführer auf dem Markt für Video Up- und Downloads. YouTube wurde bewusst als eigenständige Marke beibehalten und die Homepage in ihrem Erscheinungsbild nicht verändert.

Aus kartellrechtlicher Sicht gibt es am Zusammenschluss von Google und YouTube wenig auszusetzen. Google kann weder vorgeworfen werden, seine marktbeherrschende Stellung missbraucht zu haben, noch kann gestützt auf die Regelungen über die Unternehmenszusammenschlüsse ein Vorbehalt geltend gemacht werden. Durch die Übernahme wurde der Wettbewerb auf dem Markt für Internet-Video-Dienstleistungen in keiner Weise beeinträchtigt. Google kann nicht nachgewiesen werden, sich als marktbeherrschendes Unternehmen unzulässig verhalten zu haben. Keine der Regelungen aus dem Beispielkatalog von Art. 7 Abs. 2 KG wird erfüllt. Google bietet nach wie vor sein eigenes Video-Portal Google-Video an und YouTube existiert weiterhin als eigenständige Marke⁴⁶⁵. Zudem ist auch keine Subsumtion unter die Generalklausel nach Abs. 1 möglich, da immer noch genügend andere Anbieter von Video-Dienstleistungen auf dem Markt tätig sind, die ausreichend Druck auf Google ausüben können⁴⁶⁶. Andere Unternehmen werden weder in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert, noch wird die Marktgegenseite benachteiligt. Trotz der starken Stellung von Google darf nicht vergessen werden, dass das zusammengeschlossene Unternehmen weder über genügend Marktmacht verfügt, um den Markt zu beherrschen, noch über eine einzigartige Technologie verfügt, die nicht von Konkurrenzunternehmen angeboten werden könnte⁴⁶⁷. So finden sich heute mehrere Anbieter von Internet-Video-Dienstleistungen, die einerseits vergleichbar Angebote anbieten und andererseits für genügend Wettbewerb auf dem Markt für Video Up- und Downloads sorgen⁴⁶⁸.

Neben den unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen sind die Eingreifkriterien der Fusionskontrolle zu beachten. Erzielen die beteiligten Unternehmen weltweit einen Umsatz von zusammen mehr als 5 Mrd. Euro, und erreichen zwei der beteiligten Unternehmen einen gemeinschaftsweiten Umsatz von mehr als 250 Millionen Euro, kann der Zusammenschluss nicht vollzogen werden, solange er von der Europäischen Kommission

⁴⁶⁵ Siehe dazu die Homepage von YouTube (www.youtube.com) und die Pressemitteilung von Google zur Übernahme unter „www.google.com/press/pressrel/google_youtube.html“.

⁴⁶⁶ U.a. bieten Microsoft und Yahoo! ebenfalls Video-Dienste an, die dem Angebot von Google in qualitativer Hinsicht in nichts nachstehen.

⁴⁶⁷ Siehe dazu die Marktanteile für Video-Portale in den USA im August 2008 unter „www.comscore.com“.

⁴⁶⁸ Siehe etwa: www.video.yahoo.com, www.video.msn.com, www.video.gmx.net, www.video.aol.com.

nicht freigegeben worden ist. Die Freigabe wird nach europäischem Recht nicht erteilt, wenn durch den Zusammenschluss wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt verhindert wird, insbesondere durch Begründung und Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Google und YouTube haben zwar diese Umsatzschwellen der europäischen Fusionskontrolle erreicht, die Europäische Kommission hat dennoch keine Untersuchung zum Fall eingeleitet, da keine Beeinträchtigungen des Wettbewerbs zu erkennen waren. Die Akquisition wurde ohne Vorbehalt genehmigt.

Nach dem schweizerischen Kartellgesetz fanden die Regelungen nach Art. 9 KG über die Meldung von Unternehmenszusammenschlüssen keine Anwendung, da Google und Youtube die entsprechenden Umsatzschwellen in der Schweiz nicht erreichten.

Ohne näher auf die amerikanische Fusionskontrolle einzugehen, welche von der FTC wahrgenommen wird, kann festgehalten werden, dass der Zusammenschluss auch von der amerikanischen Wettbewerbsbehörde ohne Vorbehalt genehmigt wurde⁴⁶⁹.

3. DoubleClick

Die bis dato grösste und teuerste Übernahme in der Unternehmensgeschichte von Google verlangt eine ausführlichere Untersuchung als die oben erwähnten Akquisitionen⁴⁷⁰. Allerdings soll hier nicht aufgrund der Grösse der Akquisition eine nähere Analyse vorgenommen werden, sondern aufgrund der kartellrechtlichen Bedeutung, die die Übernahme hatte⁴⁷¹. Auch wenn sowohl die amerikanische als auch die europäische Kartellbehörde die Übernahme genehmigt haben, so wirft der Entscheid doch gewisse Fragen auf und verlangt nach einer Aufarbeitung⁴⁷².

Zunächst wird deshalb ein Blick auf die Betätigungsfelder der beteiligten Unternehmen geworfen, bevor auf den Gang der Untersuchung der europäischen Kartellbehörden verwiesen wird. Zuletzt soll auf die kritischen Punkte der Entscheidung eingegangen werden.

Es bleibt vorab darauf hinzuweisen, dass die Akquisition vor allem den Online-Werbemarkt betrifft. Die kartellrechtlichen Untersuchungen beziehen sich denn auch auf die Auswirkungen und Entwicklungen der Übernahme auf demselben.

⁴⁶⁹ Siehe unter „www.ftc.gov/bc/earlyterm/2006/11/et061102.pdf“.

⁴⁷⁰ Siehe dazu Fn. 78/79.

⁴⁷¹ BUCCIROSSI, S. 105 ff.

⁴⁷² Europe Press releases RAPID, Fusionskontrolle: Kommission genehmigt Übernahme von DoubleClick durch Google, 11.03.2008; Federal Trade Commission Closes Google/DoubleClick Investigation, Proposed Acquisition „Unlikely to Substantially Lessen Competition“, 20.12.2007.

a) Beteiligte Unternehmen

Wie vorstehend bereits erwähnt wurde, handelt es sich bei Google um die meistgenutzte Suchmaschine der Welt. Neben der klassischen Suchdienstleistung bietet Google unzählige weitere Dienste an, darunter auch Werbedienstleistungen. Derzeit werden vor allem zwei Werbemodelle von Google zur Verfügung gestellt, mit denen das Unternehmen 99% seiner Einnahmen generiert. Die beiden Werbemodelle unterscheiden sich danach, ob auf den eigenen Websites von Google eine Werbung geschaltet wird (Google AdWords) oder ob auf den Websites von Partnern eine Werbung platziert wird (Google AdSense)⁴⁷³.

DoubleClick ist ebenfalls ein amerikanisches Unternehmen, das vorwiegend im Bereich der Online-Werbung tätig ist⁴⁷⁴. Die Haupttätigkeit von DoubleClick besteht darin, Technologien im Bereich des Ad-serving anzubieten, die Websitebetreibern, Werbetreibenden und Werbeagenturen die Auswertung, Aufschaltung und den Verkauf von Werbung ermöglichen. Die sehr komplexe Ad-serving Software stellt dabei sicher, dass die richtige Anzeige zur richtigen Zeit am richtigen Ort auf der Homepage des Websitebetreibers erscheint.

b) Beschreibung des Markts

Die Europäische Kommission hat in einem ersten Schritt einen genaueren Blick auf den Online-Werbemarkt und dessen Eigenheiten geworfen. Dabei kann zuerst einmal festgehalten werden, dass die Websitebetreiber und die Werbetreibenden als Hauptakteure auf dem Markt für Online-Werbung auftreten. Die Websitebetreiber verkaufen Werbeflächen auf ihren Websites, um Geld zu verdienen, und die Werbetreibenden versuchen ebensolche Werbeflächen zu erwerben, um im Internet bzw. auf den entsprechenden Websites eine Werbung zu schalten.

Die Art der Online-Werbung kann dabei die unterschiedlichsten Formen annehmen. Wie bereits erwähnt wurde, kann eine Unterscheidung zwischen kontextbezogener und nicht kontextbezogener Werbung getroffen werden. Auf die Eigenschaften derselben wurde bereits ausführlich eingegangen⁴⁷⁵. Des Weiteren können Unterschiede in der Erscheinungsform ausschlaggebend für die Wahl einer Online-Werbung sein. Hier ist die Rede von der einfachen Textwerbung, die lediglich aus Text besteht, oder der Display-Werbung, die neben dem herkömmlichen Text noch mit visuellen Effekten arbeitet.

⁴⁷³ Siehe dazu: Erster Teil, Punkt C.II.

⁴⁷⁴ Siehe dazu: www.doubleclick.com/about/about_us.aspx.

⁴⁷⁵ Siehe dazu: Erster Teil, Punkt C.II.

Für die Websitebetreiber gibt es unterschiedliche Möglichkeiten, ihre Werbung zu verkaufen. Zum einen können sie ihre vorhandenen Werbeflächen direkt an Werbetreibende verkaufen und den Verkaufsprozess selber steuern. Zum anderen können sie ihre Werbeflächen über einen Vermittler an Werbewillige verkaufen und den Verkaufsprozess einem Vermittlungsdienst überlassen. Oftmals hängt die Wahl des Verkaufskanals von der Qualität der Werbefläche ab⁴⁷⁶. So werden die besten Werbeflächen der Website normalerweise direkt von den Websitebetreibern an interessierte Werbewillige verkauft, während die Restposten über Vermittler verkauft werden. Die Vermittlungsleistungen werden dabei über eine zentrale Einkaufsstelle, einem sog. „Ad Netzwerk“, angeboten. Diese „Ad Netzwerke“ stellen eine zweiseitige Plattform dar, bei der das Werbeinventar von Websitebetreibern gesammelt wird, um es dann durch den Plattform-Manager an Werbetreibende weiter zu verkaufen⁴⁷⁷.

Ist der Verkauf oder Kauf der Online-Werbung zustande gekommen, so muss sichergestellt werden, dass die Werbung auch zum richtigen Zeitpunkt am richtigen Ort erscheint. Dazu dient die Ad-serving Software. Sie ermöglicht eine Verwaltung und Kontrolle der Werbeflächen durch die Websitebetreiber und eine Kommunikation mit dem Ad-serving Tool des Werbetreibenden. Die Ad-serving Dienstleistungen werden von verschiedenen Unternehmen angeboten und verkauft⁴⁷⁸. Dabei ist festzustellen, dass eine hohe Interoperabilität zwischen den verschiedenen Tools besteht und darum praktisch keine Kommunikationsschwierigkeiten bestehen, wenn der Websitebetreiber und der Werbetreibende einen unterschiedlichen Anbieter gewählt haben sollten⁴⁷⁹.

Zum Schluss sei noch darauf hingewiesen, dass die Websitebetreiber eine grosse Auswahl an Absatzkanälen besitzen. Sie können dabei die verschiedenen Angebote kombinieren und die für sie beste Strategie wählen. Dabei haben sie die Wahl zwischen einem direkten oder ver-

⁴⁷⁶ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Entscheid der Kommission vom 11.03.2008 zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen, Sache COMP/M.4731, Google/DoubleClick, S. 11.

⁴⁷⁷ Daneben gibt es auch noch „Ad Börsen“, bei denen Käufer und Verkäufer in Echtzeit virtuell aufeinander treffen und der Zugang jedermann offen steht. Im Gegensatz dazu sind „Ad Netzwerke“ geschlossene Systeme, bei denen nur eine begrenzte Anzahl Verkäufer und Käufer auftritt.

⁴⁷⁸ Unternehmen wie ADTECH, 24/7 Real Media und aQuantiv/Atlas.

⁴⁷⁹ Es besteht auch die Möglichkeit, selbst ein Ad-serving Tool zu entwickeln und zu verwenden. Vor allem grössere Unternehmen erstellen oft eigenständig ein Ad-serving Tool.

mittelten Verkauf, dem Verkauf von einzelnen oder gebündelten Paketen von Werbeflächen und zwischen einem fremden Adservering Tool oder einem eigenen.

c) Marktabgrenzung

Die Europäische Kommission hat eine Abgrenzung des relevanten Markts vorgenommen, die sich in einigen Punkten mit der Marktabgrenzung in der vorliegenden Arbeit deckt. So wird der Online-Werbemarkt ebenfalls als eigenständiger Markt betrachtet und die Online-Werbung als nicht austauschbar mit der Werbung bei anderen Medien angesehen. Bei der Frage nach einer weiteren Unterscheidung innerhalb des Online-Werbemarktes in kontextbezogene und nicht kontextbezogene bzw. suchgebundene und nicht suchgebundene Werbung kommt die Kommission jedoch zu einem anderen Schluss als die vorliegende Arbeit⁴⁸⁰. Allerdings ist dieser Punkt für das weitere Vorgehen im Fall Google/DoubleClick nicht von Bedeutung.

Neben dem Markt für Online-Werbung besteht ebenfalls ein eigener relevanter Markt für die Vermittlung von Online-Werbung. Begründet wird diese Annahme in erster Linie damit, dass für den Verkauf von Inventar kleinerer Websitebetreiber und für den Verkauf von Teilen des Restinventars grösserer Websitebetreiber kein Ersatz besteht.

Der dritte relevante Markt wurde in der Bereitstellung von Adservering Technologie für Display-Werbung gesehen. Da es zu den Eigenheiten des Online-Werbemarkts gehört, dass Websitebetreiber und Werbetreibende ein Adservering Tool zur Verwaltung ihrer Werbung benötigen, muss von einem eigenen Markt für die Bereitstellung solcher Tools ausgegangen werden. Des Weiteren hat sich gezeigt, dass die technologischen Unterschiede einer einfachen Textwerbung im Vergleich zu einer Display-Werbung dermassen gross sind, dass die Annahme eines eigenen Markts für die Bereitstellung von Adservering Technologie für Display-Werbung gerechtfertigt und vertretbar ist⁴⁸¹.

d) Kartellrechtliche Erwägungen

⁴⁸⁰ Vergleiche dazu die Marktabgrenzung in der vorliegenden Arbeit im zweiten Teil unter Punkt A.II.1. mit derjenigen der Europäischen Kommission unter: Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Entscheidung der Kommission vom 11.03.2008 zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen, Sache COMP/M.4731, Google/DoubleClick, S. 20 ff.

⁴⁸¹ Mit der gleichen Argumentation könnte auch die Unterscheidung von normaler Online-Werbung und kontextbezogener Online-Werbung gerechtfertigt und ein eigener relevanter Markt für kontextbezogene Online-Werbung begründet werden (neben den bereits erwähnten Argumenten im zweiten Teil unter Punkt A.II.1.).

Auf dem Online-Werbemarkt ist Google sowohl als Websitebetreiber als auch Vermittler tätig. Gegenüber den Werbetreibenden tritt Google als Websitebetreiber auf, da das Unternehmen auf den eigenen Websites kontextbezogene Textwerbung anbietet und verkauft. Dazu wird das Werbemodell Google AdWords verwendet, welches bereits vorstehend erläutert wurde⁴⁸². Neben dem Angebot von Google AdWords besteht für Werbetreibende auch noch die Möglichkeit, auf Websites Dritter eine Werbung zu schalten. In diesem Fall tritt Google als Vermittler auf, der mittels des Werbemodells von Google AdSense kontextbezogene Textwerbung auf Websites Dritter ermöglicht⁴⁸³.

Für Websitebetreiber ist Google ausschliesslich als Vermittler von kontextbezogener Textwerbung tätig. Mit dem Google AdSense Programm können sich die Websitebetreiber beim Google Netzwerk anmelden und Google vermittelt ihnen werbetreibende Unternehmen, die eine kontextbezogene Textwerbung auf ihrer Website aufschalten wollen.

Die abgebildete Tabelle zeigt die Marktanteile von Google in den verschiedenen relevanten Märkten. Als Grundlage dienen die Werte aus dem IAB Bericht, welcher im Jahr 2006 auf EWR-Ebene erstellt wurde⁴⁸⁴:

| Markt | Marktgrösse in EUR | Marktanteil von Google |
|---|---------------------------|-------------------------------|
| Online Werbung | 8 000 000 000 | 20-30 % |
| Suchgebundene Werbung | 3 198 134 289 | 60-70 % |
| Nicht suchgebundene Werbung (ausser E-Mail und Kleinanzeigen) | 2 881 865 711 | 0-5 % |
| Vermittlung (suchgebunden) | | |

⁴⁸² Siehe dazu: Erster Teil, Punkt C.II.1.

⁴⁸³ Siehe dazu: Erster Teil, Punkt C.II.2.

⁴⁸⁴ "European Internet Advertising Expenditure Report 2006", Bericht erstellt durch PwC im Auftrag von IAB Europe. Miteinbezogen wurden dabei folgende Länder: Österreich, Belgien, Dänemark, Finnland, Frankreich, Deutschland, Griechenland, Italien, die Niederlande, Slowenien, Spanien und das Vereinigte Königreich. Nach Angaben von Google belaufen sich die Ausgaben für Online-Werbung in den übrigen EWR-Mitgliedstaaten auf weitere 540 Mio. EUR.

| | | |
|--|---------------------------------|---------|
| und nicht suchgebunden, ausser E-Mail und Kleinanzeigen | 1 495 000 000- 2 077 746 284 | 40-60 % |
| Vermittlung von suchgebundener Werbung | 775 000 000- 925 000 000 | 50-60 % |
| Vermittlung von nicht suchgebundener Werbung (ausser E-Mail und Kleinanzeigen) | 720 466 428- 1 152 746 284 | 30-60 % |

Die Tabelle veranschaulicht deutlich die dominante Position von Google auf den verschiedenen relevanten Märkten. Als Konkurrenten stehen Google, abhängig vom betroffenen Markt, unterschiedliche Unternehmen gegenüber. Im Bereich der kontextbezogenen Werbung und der Vermittlung von kontextbezogener Werbung sowie der Vermittlung im Allgemeinen sind vor allem Yahoo! und Microsoft als Konkurrenten zu nennen, welche je nach Markt unterschiedliche Marktanteile für sich behaupten können. Auf dem Markt für die Vermittlung von nicht kontextbezogener Werbung sind Unternehmen wie TradeDoubler und Zanox als Hauptkonkurrenten zu erwähnen.

Für die Europäische Kommission ist als entscheidendes Element am Geschäftsmodell von Google zu erwähnen, dass Google seine Aderving Tools lediglich im Zusammenhang mit seinen beiden Werbemodellen anbietet. Konkret bedeutet dies, dass Google einerseits keine eigenständigen Aderving Tools, unabhängig von der Schaltung einer Werbung, anbietet, und andererseits, dass mit Aderving Tools Dritter die Werbemodelle von Google nicht verwaltet und kontrolliert werden können. Folglich bietet Google zwar Aderving an, dies aber nur im Zusammenhang mit einer Werbung über Google AdWords oder Google AdSense.

Die Haupttätigkeit von DoubleClick begrenzt sich hingegen auf den Verkauf von Display Advertising Technologien. Diese werden sowohl an Werbetreibende als auch Websitebetreiber verkauft. Die Aderving Tools von DoubleClick werden an Dritte verkauft und sind mit anderen Aderving Tools durchaus kompatibel.

Die folgende Tabelle zeigt sowohl die Marktanteile von DoubleClick als auch diejenigen der Hauptkonkurrenten von DoubleClick auf den entsprechenden Märkten im Jahre 2006⁴⁸⁵:

| | Tool für Werbetreibende | Tool für Website-Betreiber | Tool für Werbetreibende u. Website-Betreiber |
|--|-------------------------|----------------------------|--|
| DoubleClick | 30-40 % | 40-50 % | 40-50 % |
| aQuantive/Atlas [Microsoft] | 30-40 % | 0-10 % | 15-25 % |
| 24/7 Real Media / Open Adstream OAS [WPP] | | 15-25 % | 5-15 % |
| ADTECH [AOL] | 0-5 % | 10-20 % | 5-15 % |
| Andere | <15 % | <5 % | <10 % |

Die Europäische Kommission hat sich als erstes mit der Möglichkeit von horizontalen Effekten befasst und dabei die Auswirkungen der Akquisition auf den bestehenden und potenziellen Wettbewerb untersucht. Als weiteres wurden die nicht-horizontalen Effekte der Übernahme analysiert und vor allem auf mögliche Abschottungsstrategien eingegangen, die nach einer Übernahme umgesetzt werden könnten. Es sollen hier in einer kurzen, übersichtlichen und sich auf das Wesentliche konzentrierenden Zusammenfassung die Argumente der Kommission dargestellt und erklärt werden.

aa) Horizontale Effekte - bestehender Wettbewerb

Ganz allgemein kann festgehalten werden, dass Google und DoubleClick keine direkten Konkurrenten sind. Google bietet seinen Kunden Online-Werbeflächen an, währenddessen DoubleClick nicht auf dem Markt für Online-Werbeflächen tätig ist. Des Weiteren ist

⁴⁸⁵ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Entscheidung der Kommission vom 11.03.2008 zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen, Sache COMP/M.4731, Google/DoubleClick, S. 40., Tabelle 6.

DoubleClick der führende Anbieter von Ad-serving Technologie an Dritte, während Google diesen Service lediglich im Zusammenhang mit dem Verkauf von Online-Werbefläche anbietet und keine unabhängige Ad-serving Technologie verkauft. Zusätzlich gilt es herauszustreichen, dass ein Websitebetreiber und ein Werbetreibender eine Vielzahl von Verkaufskanälen besitzen und die verschiedenen Angebote von Ad-serving-Tools, Werbevermittlung und Online-Werbeflächen kombinieren können⁴⁸⁶.

Die Europäische Kommission hat denn auch drei Gründe genannt, weshalb eine gegenseitige Beeinflussung der beteiligten Unternehmen auf horizontaler Ebene nicht gegeben ist. Zum einen wurde festgestellt, dass die Preise für das Ad-serving im Vergleich zu den Gesamtkosten einer Online-Werbung dermassen gering sind, dass ein gegenseitiger Einfluss auf die Preisbildung als minimal einzustufen ist. Durch eingehende Untersuchungen und Befragungen von Werbetreibenden und Websitebetreibern wurde festgestellt, dass die Kosten für das Ad-serving lediglich etwa 2-5% der Gesamtwerbekosten ausmachen. Eine signifikante Preiserhöhung würde demnach kaum dazu führen, dass ein Wechsel zu einem anderen Verkaufskanal erfolgen würde. Die Kommission kam denn auch zum Schluss, dass nur eine begrenzte Austauschbarkeit zwischen den Ad-serving Tools von DoubleClick und den Vermittlungsleistungen von Google besteht und daher eine gemeinsame Preiserhöhung nach dem Zusammenschluss unwahrscheinlich wäre.

Der zweite Grund, warum eine gegenseitige Beeinflussung der beteiligten Unternehmen auf horizontaler Ebene nicht gegeben ist, liegt darin, dass DoubleClick nicht mit Google, sondern vor allem mit anderen Ad-serving Unternehmen in starkem Wettbewerb steht und diese seine Hauptkonkurrenten darstellen. Wie aus der vorstehenden Tabelle ersichtlich ist, sind durchaus starke Ad-serving Anbieter vorhanden, die einen erheblichen Wettbewerbsdruck auf DoubleClick ausüben. Die Untersuchungen der Kommission haben in dieser Hinsicht gezeigt, dass in der Vergangenheit sowohl Websitebetreiber als auch Werbetreibende immer wieder den Ad-serving Anbieter gewechselt haben und sich darum auch die Marktanteile auf dem Markt für unabhängige Ad-serving Tools von Jahr zu Jahr deutlich unterschieden haben⁴⁸⁷.

⁴⁸⁶ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Entscheid der Kommission vom 11.03.2008 zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen, Sache COMP/M.4731, Google/DoubleClick, S. 15, Tabelle 1.

⁴⁸⁷ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Entscheid der Kommission vom 11.03.2008 zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen, Sache COMP/M.4731, Google/DoubleClick, S. 56.

Daraus kann gefolgert werden, dass eine Preiserhöhung der Ad-serving Tools von DoubleClick nach dem Zusammenschluss äusserst unwahrscheinlich wäre, da dadurch kaum ein Wechsel zu Google, sondern viel mehr ein Wechsel zu einem anderen Anbieter von Ad-serving Tools bewirkt würde.

Als dritter Grund wurde der Umstand geltend gemacht, dass das gebündelte Angebot von Google und das ungebündelte Angebot von DoubleClick keine unmittelbaren Konkurrenzprodukte darstellen. Wie bereits erwähnt wurde, bieten beide Unternehmen verschiedene Werbendienstleistungen an und sind mit ihren Produkten jeweils in unterschiedlichen Werbeformaten vertreten. Die Hauptkonkurrenten für Google sind darum auch ähnlich wie bei DoubleClick, die grossen Suchmaschinenbetreiber Yahoo! und Microsoft⁴⁸⁸. Diese bieten, wie Google, Werbeflächen an und haben ähnliche Netzwerke entwickelt wie Google. Für Websitebetreiber und Werbetreibende, die eine kontextbezogene Werbung schalten möchten, stellen die Werbeangebote der Suchmaschinen die erste Wahl dar, als Alternative käme höchstens noch ein „Ad Netzwerk“ in Frage, während die Ad-serving Tools von DoubleClick nicht in dieses Format passen.

Damit sind die drei wesentlichen Gründe gegeben, die nach Ansicht der Europäischen Kommission eine gegenseitige Beeinflussung des bestehenden Wettbewerbs auf horizontaler Ebene ausschliessen oder zumindest als unwahrscheinlich erscheinen lassen.

bb) Horizontale Effekte – potenzieller Wettbewerb

Als erstes ist zu überprüfen, ob der Wegfall von DoubleClick als potenzieller Konkurrent von Google den wirksamen Wettbewerb im Bereich der Online-Werbevermittlung erheblich beeinflusst⁴⁸⁹. Bei der Untersuchung des potenziellen Wettbewerbs muss vor allem darauf eingegangen werden, ob DoubleClick von einem potenziellen zu einem effektiven Wettbewerber geworden wäre, und ob nach einem Zusammenschluss nur eine unzureichende Anzahl von Mitbewerbern übrig bleiben würde, die nicht genügend Wettbewerbsdruck auf die beteiligten Unternehmen ausüben könnte⁴⁹⁰.

DoubleClick hatte vor einigen Jahren den Einstieg in die Vermittlungstätigkeit gewagt, indem das Unternehmen eine „Ad Börse“ lancierte. Diese „Ad Börse“ hatte aber bis Ende 2007 noch

⁴⁸⁸ Siehe dazu: Erster Teil, Punkt B.IV.

⁴⁸⁹ KOREHNKE, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 11 Marktanalyse, Rn. 25 ff.

⁴⁹⁰ ZÄCH, Kartellrecht, S. 273 f.

keine Einnahmen verzeichnen können und keine nennenswerte Marktposition erreicht⁴⁹¹. Von Gegnern des Zusammenschlusses wurde geltend gemacht, dass DoubleClick aufgrund seiner einzigartigen Position durchaus von einem unbedeutenden potenziellen Wettbewerber zu einem ernst zu nehmenden effektiven Wettbewerber geworden wäre. Diese Ansicht wurde von der Europäischen Kommission aber widerlegt. Zum einen ist DoubleClick keineswegs der einzige Anbieter von Ad-serving Tools und einer Vermittlungsplattform. Tatsächlich kann ein Trend zur vertikalen Integration von Vermittlungsleistungen und Ad-serving Tools beobachtet werden. In diesem Zusammenhang kann etwa auf Yahoo! und Microsoft verwiesen werden, die ebenfalls eine Kombination von beiden Produkten bzw. Dienstleistungen anbieten und zu den wirtschaftlich stärksten Konkurrenten gehören. Die Kommission kommt zum Schluss, dass das kombinierte Angebot von DoubleClick möglicherweise ausgereicht hätte, um zu einem Mitbewerber auf dem Online-Werbevermittlungsmarkt zu werden. Trotzdem muss berücksichtigt werden, dass andere Vermittlungsanbieter ebenfalls von einer ähnlichen Kombination von Ad-serving Tools und Vermittlungstätigkeiten profitieren und auf dem Vermittlungsmarkt bereits eine stärkere Position innehaben als DoubleClick. Daher ist nicht erwiesen, dass DoubleClick durch diese Kombination in einer einzigartigen Position gewesen wäre.

Ein weiterer Vorteil bezog sich auf den Kundenstamm von DoubleClick, der das Unternehmen zu einem potenziellen Wettbewerber von Google hätte machen können. Der grosse Kundenstamm von Websitebetreibern und Werbetreibenden habe, so wird es zumindest von Kritikern der Übernahme geltend gemacht, bei einem Einstieg von DoubleClick in den Markt für Vermittlungsdienstleistung ohne weiteres übernommen werden können. Diese These wurde allerdings von der Europäischen Kommission nicht für realistisch angesehen. Da die Werbetreibenden und Websitebetreiber im Regelfall mehrere „Ad Netzwerke“ und „Ad Börsen“ benutzen, besteht für sie aufgrund der Austauschbarkeit der Angebote kein Anreiz, diese zu wechseln. Die Angebote von DoubleClick sind denn auch nicht dermassen einzigartig, dass mit einer hohen Wechselquote zugunsten von DoubleClick zu rechnen wäre.

Der dritte Vorteil von DoubleClick in der Rolle als potenzieller Wettbewerber von Google könnte darin bestehen, dass die von DoubleClick gesammelten Daten zu einem Netzwerkef-

⁴⁹¹ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Entscheidung der Kommission vom 11.03.2008 zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen, Sache COMP/M.4731, Google/DoubleClick, S. 70 f.

fekt führen⁴⁹². Sobald eine Werbung über ein Ad-serving Tool von DoubleClick geschaltet wird, sammelt das Unternehmen eine beträchtliche Menge von Daten über das betreffende Kunden- und Konsumentenverhalten. Diese Daten dürfen aber nur zur Verbesserung des Ad-servings des betreffenden Werbetreibenden verwendet und nicht an Dritte weiter gegeben werden. Die vertragliche Einschränkung verbietet es DoubleClick, die gespeicherten und generierten Daten an Websitebetreiber oder Werbetreibende weiter zu leiten, die nichts mit der Website zu tun haben, auf welche sich die Daten beziehen⁴⁹³. Die Untersuchungen der Kommission haben ergeben, dass es im Interesse der Werbetreibenden und Websitebetreiber liegt, dass ihre gespeicherten Daten nicht an Dritte weiter gegeben werden dürfen. Es ist darum auch zu vermuten, dass DoubleClick mit einer Vertragsänderung, die eine anderweitige Nutzung der gespeicherten Daten erlauben würde, Gefahr laufen würde, viele seiner Kunden zu verlieren. Die Marktmacht von DoubleClick würde nicht ausreichen, eine derartige Änderung vorzunehmen und sie läge sicherlich auch nicht im Interesse von DoubleClick selbst, da sich das Unternehmen dank seiner Neutralität einen guten Ruf als Service Provider erarbeiten konnte.

Es gilt anzumerken, dass selbst im Falle einer Loslösung von der vertraglichen Einschränkung andere Unternehmen genau die gleichen Leistungen wie DoubleClick anbieten können. Wenn also entgegen der Vermutung der Kommission, die sich auf Umfragen und Marktuntersuchungen stützt, die Werbetreibenden und Websitebetreiber doch zu einer umfangreichen Nutzung ihrer Daten bereit sind, so könnten andere Unternehmen wie Yahoo! und Microsoft den gleichen, wenn nicht sogar besseren Service anbieten als DoubleClick⁴⁹⁴. Selbst bei einem Zusammenschluss mit Google würde kein Zugang zu einzigartigen, nicht replizierbaren Daten möglich sein, da andere Unternehmen ähnliche Informationen sammeln und Datenbanken anlegen, die für die gleichen Zielgruppen interessant sind.

Die Europäische Kommission kam aufgrund der genannten Überlegungen zum Schluss, „dass der geplante Zusammenschluss und der damit einhergehende Wegfall von DoubleClick als potenziellem Wettbewerber von Google trotz der starken Präsenz von Google auf dem Vermittlungsmarkt keine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zur Folge haben werden. Obwohl nicht ausgeschlossen werden kann, dass DoubleClick für Google zu einem wirksa-

⁴⁹² Zur Definition und Problematik des Netzwerkeffektes kann auf Punkt A.IV. im vierten Teil verwiesen werden.

⁴⁹³ Siehe dazu die Datenschutzrichtlinie unter „www.doubleclick.com“.

⁴⁹⁴ Denkbar wäre hier, rein theoretisch, eine zusätzliche Offenlegung von Informationen über das Suchverhalten einzelner Unternehmen oder Personen.

men Wettbewerber im Bereich Online-Vermittlungsleistungen geworden wäre, ist es recht wahrscheinlich, dass eine ausreichende Anzahl Wettbewerber auf dem Markt verbleibt, die nach dem Zusammenschluss noch genügend Wettbewerbsdruck ausüben können⁴⁹⁵.

Es bleibt anzufügen, dass auch Google kaum als potenzieller Wettbewerber im Bereich der Ad-serving Tools angesehen werden kann. Zum einen hat Google im Bereich des Ad-servings für Display-Werbung sehr wenig Erfahrung und stellt den Werbetreibenden nicht die gewünschten Messdaten zur Verfügung, sodass Kunden lieber andere Netzwerke als Google AdSense wählen, um eine Display-Werbung zu schalten. Zum anderen ist auch bei einem Einstieg in den Ad-serving Markt für Display-Werbung nicht ersichtlich, warum ausgerechnet Google eine bessere Wettbewerbsposition erreichen würde als andere, bereits etablierte Unternehmen in diesem Markt. Auf diesen Punkt wird allerdings später noch ausführlicher eingegangen⁴⁹⁶.

cc) Nicht-horizontale Effekte – Abschottungsstrategien von DoubleClick

Kritiker und betroffene Parteien des Zusammenschlusses haben gegenüber der Europäischen Kommission die Besorgnis geäußert, dass die Gefahr einer Abschottungsstrategie des zusammengeschlossenen Unternehmens bestehe und als durchaus realistisch einzuschätzen sei. Es wurde vor allem befürchtet, dass eine Reihe von ausschließenden Preis- und anderen Strategien eingeführt werden könnten, um dieses Ziel zu erreichen. Die Kommission hat sich dieser Befürchtungen und Vermutungen angenommen und die Fähigkeit des neuen Unternehmens hinsichtlich einer Abschottung geprüft. Im Wesentlichen stützen sich die Abschottungstheorien auf die hohen Wechselkosten der Ad-serving Tools, den hohen Grad an Marktmacht des zusammengeschlossenen Unternehmens und die direkten und indirekten Netzwerkeffekte. Betrachtet man die Entwicklungen der letzten Jahre, so haben die Ad-serving Anbieter des Öfteren einen Wechsel ihrer Kunden zu anderen Ad-serving Anbietern hinnehmen müssen⁴⁹⁷. Die Befragung der Websitebetreiber und Werbetreibenden hat diesbezüglich gezeigt, dass die Wechselkosten zwar nicht unerheblich, aber dennoch tragbar sind. Aus diesem Grund kann

⁴⁹⁵ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, *Entscheid der Kommission vom 11.03.2008 zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen*, Sache COMP/M.4731, Google/DoubleClick, S. 83.

⁴⁹⁶ Siehe dazu: *Vierter Teil*, Punkt B.II.

⁴⁹⁷ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, *Entscheid der Kommission vom 11.03.2008 zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen*, Sache COMP/M.4731, Google/DoubleClick, S. 40., Tabelle 7.

der Vermutung widersprochen werden, dass hohe Wechselkosten eine Abschottung ermöglichen könnten.

Die Untersuchungen über die Marktmacht wurden bereits erwähnt⁴⁹⁸. DoubleClick befindet sich in einem scharfen Wettbewerb mit Konkurrenten, die erheblichen Wettbewerbsdruck auf DoubleClick ausüben. Daher kann nicht davon ausgegangen werden, dass DoubleClick über genügend Marktmacht verfügt, um sich auf dem Markt abschotten zu können.

Betrachtet man die Netzwerkeffekte, so kommt man zum Schluss, dass zweifellos derartige Effekte vorhanden sind. Diese Netzwerkeffekte wirken sich in der Praxis so aus, dass ein „Ad-Netzwerk“ für Werbetreibende umso attraktiver wird, je mehr Websitebetreiber ihm angehören (und umgekehrt). Allerdings zeigte sich bei den verschiedenen Untersuchungen, dass die vorhandenen Netzwerkeffekte nicht stark genug sind, um den Wettbewerb zum Erliegen zu bringen oder anders ausgedrückt, um den beteiligten Unternehmen die Fähigkeit zur Abschottung zu geben.

Zusammenfassend kommt die Europäische Kommission zum Schluss, dass bei einem Zusammenschluss von DoubleClick und Google eine Abschottungsstrategie auf Basis der Marktposition von DoubleClick in erster Linie an dessen Fähigkeit zur Abschottung scheitern würde. Des Weiteren kann auch festgestellt werden, dass für die beteiligten Unternehmen kein Anreiz zu einer Abschottung besteht, da sie zum einen nicht die Marktmacht dafür besitzen und zum anderen hohe Risiken eingehen müssten, die mit dem Verlust von Kunden verbunden wäre.

dd) Nicht-horizontale Effekte – Abschottungsstrategien von Google

Die zweite Abschottungstheorie betrifft die Marktposition von Google und geht davon aus, „dass die Übernahme von DoubleClick Google die Möglichkeit und den Anreiz geben könnte, seine starke Marktposition hinsichtlich der Bereitstellung von Online-Werbefläche für suchgebundene Werbung oder der Bereitstellung von Vermittlungsleistungen für (suchgebundene) Werbung auf dem Markt für die Bereitstellung von Ad-serving für Display-Werbung auszunutzen, wodurch die Möglichkeiten und das Interesse potenzieller Konkurrenten gemindert werden könnte, an dem Wettbewerb auf dem Markt teilzunehmen. Schliesslich könnte es die Strategie des zusammengeschlossenen Unternehmens sein, seine gestärkte Position auf dem Ad-serving-Markt zu nutzen, um Werbetreibenden und Website-Betreibern ein noch breiter gefächertes Produktbündel aufzuzwingen, das auch die Vermittlungsleistungen von Google

⁴⁹⁸ Siehe dazu: Vierter Teil, Punkt B.II.3.d.

für nicht suchgebundene Werbung beinhalten würde, wodurch auch bestehende und potenzielle Konkurrenten im Bereich nicht suchgebundener Werbung ausgeschlossen würden⁴⁹⁹.

In diesem Fall ist die Kommission zum Ergebnis gekommen, dass Google zwar die Fähigkeit hätte, seine Konkurrenten durch die oben genannte Bündelung auszuschliessen, Google aber für eine derartige Abschottung jeglicher Anreiz fehlt. Da das Unternehmen mit einer derartigen Bündelungsstrategie höchstwahrscheinlich einen grossen Verlust im Kerngeschäft riskieren würde, um eher geringe Einnahmen im Ad-serving Bereich zu erzielen, wäre eine solche Strategie aus wirtschaftlicher Sicht unvertretbar.

Selbst wenn eine solche Strategie tatsächlich umgesetzt würde, so verblieben immer noch genügend andere starke Wettbewerber auf dem Markt, die genügend Wettbewerbsdruck erzeugen könnten. In diesem Sinne kann auch hier davon ausgegangen werden, dass selbst bei einer Abschottungsstrategie auf Basis der Marktposition von Google durch eine Bündelung des Angebotes keine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs zu befürchten wäre.

ee) Nicht-horizontale Effekte – Abschottungsstrategien auf Basis der Zusammenlegung der Vermögenswerte

Die dritte und letzte Kategorie der Abschottungstheorien bezieht sich darauf, dass durch die Zusammenführung der Daten von Google und DoubleClick ein Unternehmen entsteht, das aufgrund der gesammelten Daten eine Position erreicht, die für die Konkurrenten nicht einzuholen ist. Hier kann wiederum an die oben gemachten Ausführungen angeknüpft werden, die in Bezug auf die Verwendung der gesammelten Daten von DoubleClick gemacht wurden⁵⁰⁰. Wie bereits erwähnt wurde, unterstehen die gesammelten Daten einer vertraglichen Einschränkung und dürfen nicht beliebig weiter verwendet werden. Demnach sind die beteiligten Unternehmen gar nicht dazu fähig, sich aus diesen gesammelten Daten einen Vorteil zu verschaffen.

ff) Fazit

Da der geplante Zusammenschluss nach Ansicht der Europäischen Kommission den wirksamen Wettbewerb im gemeinsamen Markt oder einem erheblichen Teil desselben nicht nennenswert beeinträchtigt, wurde der Zusammenschluss im März 2008 nach Art. 8 Abs. 1 Fusi-

⁴⁹⁹ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Entscheidung der Kommission vom 11.03.2008 zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen, Sache COMP/M.4731, Google/DoubleClick, S. 101.

⁵⁰⁰ Siehe dazu: Vierter Teil, Punkt B.II.3.d.

onskontrollverordnung und Art. 57 EWR-Abkommen für mit dem gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen vereinbar erklärt⁵⁰¹.

Die amerikanische Kartellrechtsbehörde hatte die Genehmigung zum Zusammenschluss bereits im Dezember 2007 gegeben⁵⁰².

4. Kritik an der herrschenden Praxis

Google hat durch die Expansionen der letzten Jahre Aufmerksamkeit erregt. Die Expansionen aufgrund eines internen Wachstums sind dabei aus kartellrechtlicher Sicht unbedenklich und nicht Teil der kritischen Diskussionen. Beim externen Wachstum ergibt sich hingegen ein anderes Bild. Hier haben vor allem die Genehmigungen der Übernahmen von DoubleClick und YouTube durch Google für Kritik gesorgt⁵⁰³. Im Folgenden wird eine kritische Analyse der Zusammenschlüsse und Argumente der Gegner vorgenommen.

a) YouTube

Bei der Übernahme von YouTube handelte es sich um einen horizontalen Zusammenschluss, da sowohl Google als auch YouTube auf dem Markt für Video Up- und Downloads tätig sind. Horizontale Zusammenschlüsse sind nach dem Kartellgesetz relativ einfach zu beurteilen, da man die Marktbeherrschungseffekte in erster Linie aufgrund der Marktanteile bewerten kann⁵⁰⁴. Im Fall von YouTube ist die amerikanische Kartellrechtsbehörde offensichtlich zum Schluss gekommen, dass durch den Zusammenschluss keine Marktbeherrschungseffekte entstehen und aufgrund der bestehenden Marktanteile keine negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb zu befürchten sind. Selbstverständlich sind neben den Marktanteilen auch noch andere Kriterien zu beachten, ansonsten wäre über die Genehmigung des Zusammenschlusses

⁵⁰¹ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Entscheid der Kommission vom 11.03.2008 zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen, Sache COMP/M.4731, Google/DoubleClick, Rn. 367 ff.; siehe ebenfalls: Stellungnahme des beratenden Ausschusses für die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Sache COMP/M.4731 Google/DoubleClick, 28.02.2008.

⁵⁰² Statement of Federal Trade Commission, Concerning Google/DoubleClick, FTC File No. 071-0170, abrufbar unter "www.ftc.gov/os/caselist/0710170/071220statement.pdf".

⁵⁰³ U.a. LEIBOWITZ JON, Concurring Statement of Commissioner Jon Leibowitz, Google/DoubleClick, FTC File No. 071-0170; HARBOUR PAMELA JONES, Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour, In the matter of Google/DoubleClick, FTC File No. 071-0170; GIUSSANI BRUNO, Die Google-Apokalypse, Artikel im NZZ Folio, Ausgabe 06 vom 01.06.2008; Zeit Online, Google erfasst das ganze Leben, Artikel vom 11.03.2008.

⁵⁰⁴ KÜHLING/GAUSS, Expansionslust von Google als Herausforderung für das Kartellrecht, S. 754.

nicht derart schnell entschieden worden, da Google nach dem Zusammenschluss innerhalb von kurzer Zeit einen sehr hohen Marktanteil auf dem Markt für Video Up- und Downloads erreichte und diese Entwicklung absehbar war.

Meines Erachtens ist dieser Entscheidung zuzustimmen, da Google weder seine marktbeherrschende Stellung missbraucht, noch die Regelungen über die Unternehmenszusammenschlüsse verletzt hat. Es sind immer noch genügend andere Anbieter von Video-Dienstleistungen auf dem Markt tätig, die genügend Druck auf Google ausüben können⁵⁰⁵. Das zusammengeslossene Unternehmen verfügt weder über genügend Marktmacht, um den Markt zu beherrschen, noch über eine einzigartige Technologie, die nicht von Konkurrenzunternehmen angeboten werden könnte⁵⁰⁶. Der Zusammenschluss ist folglich mit den kartellrechtlichen Vorgaben vereinbar.

Trotzdem gilt es auf einen Punkt hinzuweisen, vor dessen Hintergrund zukünftige horizontale Zusammenschlüsse beurteilt werden sollten, falls Google als Partei beteiligt ist.

Google ist in erster Linie auf dem Suchmaschinenmarkt tätig und dieser Geschäftsbereich bildet das Kerngeschäft des Unternehmens. Aufgrund der dominanten Stellung in diesem Bereich ist es Google möglich, in neue Märkte vorzudringen. Angesichts der starken Position von Google muss auf die Gefahr einer missbräuchlichen Marktmachtverlagerung aufmerksam gemacht werden⁵⁰⁷. Ein sogenanntes Leveraging liegt vor, wenn die marktbeherrschende Stellung auf einem Primärmarkt dazu eingesetzt wird, um auf einem Drittmarkt den Wettbewerb zu benachteiligen oder zu behindern und selbst einen Wettbewerbsvorteil zu erlangen⁵⁰⁸. Konkret könnte dies bedeuten, dass Google seine marktbeherrschende Stellung auf dem Suchmaschinenmarkt dazu benutzt, um auf Drittmärkten, wie z.B. dem Markt für Video Up- und Downloads, den Wettbewerb zu beeinträchtigen oder zu behindern. Eine solche Benachteiligung könnte etwa darin bestehen, dass Google seine Trefferlisten dahingehend manipuliert, dass z.B. Websites von YouTube eher als Treffer erscheinen als die Websites anderer Anbieter. Ziel einer solchen Manipulation wäre es, mehr Internetnutzer auf die Websites von YouTube zu leiten, so dass mehr Internetnutzer auf diese Websites aufmerksam werden und dadurch mehr Werbeeinnahmen generiert werden könnten. Hauptziel wäre aber sicherlich,

⁵⁰⁵ Microsoft und Yahoo! bieten ebenfalls Video-Dienste an, die dem Angebot von Google in qualitativer Hinsicht in nichts nachstehen.

⁵⁰⁶ Siehe dazu die Marktanteile für Video-Portale in den USA im August 2008 unter „www.comscore.com“.

⁵⁰⁷ KÜHLING/GAUSS, Expansionslust von Google als Herausforderung für das Kartellrecht, S. 755 f.

⁵⁰⁸ KOREHNKE, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 11 Marktanalyse, Rn. 85 ff.

dass die Marktmacht auf den neuen Markt der Video Up- und Downloads ausgedehnt und andere Anbieter benachteiligt oder behindert würden. Google könnte damit selbst einen Wettbewerbsvorteil erlangen.

Eine derartige Marktmachtverlagerung würde zur Umgehung des Leistungswettbewerbs und einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen und sowohl gegen das schweizerische als auch gegen das europäische Kartellrecht verstossen⁵⁰⁹.

Das hypothetische Beispiel veranschaulicht gut, wie leicht Google eine Marktmachtverlagerung vom Primärmarkt auf einen Drittmarkt umsetzen könnte. Gegenwärtig sind aber noch keine missbräuchlichen Marktmachtverlagerungen von Google zu erkennen. Dies mag vor allem daran liegen, dass durch eine Manipulation der Trefferliste die Qualität der Suchmaschine gefährdet und die Internetnutzer schnell zu einer anderen Suchmaschine wechseln würden. Wie bereits erwähnt wurde, bestehen derzeit weder missbräuchliche Lock-In Effekte noch hohe Umstiegskosten, sodass die Internetnutzer jederzeit ohne Nachteile die Suchmaschine wechseln können⁵¹⁰. Solange diese Art der Selbstregulierung funktioniert, ist nicht mit einer missbräuchlichen Marktmachtverlagerung zu rechnen. Trotzdem muss in Zukunft stets geprüft werden, ob derartige Verhaltensweisen angewandt werden. Gerade für Google wird mit zunehmenden Expansionen der Reiz einer Marktmachtverlagerung grösser. Das alleinige Vertrauen in die Selbstregulierungsmechanismen wird mit Sicherheit nicht ausreichen, um Google von missbräuchlichen Aktivitäten abzuhalten⁵¹¹.

b) DoubleClick

Die Genehmigung des Zusammenschlusses von Google und DoubleClick mag auf den ersten Blick erstaunen, lässt sich aber bei genauerer Betrachtung durchaus im Sinne der Europäischen Kommission rechtfertigen. Der Entscheid hat aber nicht nur bei den Konkurrenten von Google und DoubleClick für Unverständnis gesorgt, sondern auch neutrale Beobachter zeigten sich überrascht und haben Kritik am Zusammenschluss geäussert⁵¹². Im Folgenden soll darum auf die wichtigsten Argumente eingegangen werden, die von den Gegnern der Übernahme vorgebracht wurden.

⁵⁰⁹ ZÄCH, Kartellrecht, S. 340 ff.; KOREHNKE, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 11 Marktanalyse, Rn. 85.

⁵¹⁰ Siehe dazu: Vierter Teil, Punkt A.II.

⁵¹¹ KÜHLING/GAUSS, Expansionslust von Google als Herausforderung für das Kartellrecht, S. 756.

⁵¹² NZZ, Google darf DoubleClick übernehmen, Artikel vom 21.12.2007, S. 26; MÖLLER, S. XVI.

Eine erste Kritik bezieht sich auf den potenziellen Wettbewerb zwischen Google und DoubleClick im Bereich der Ad-serving Tools für Display-Werbung. Google befand sich zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses in der Entwicklungsphase für zwei neue Servicetools im Bereich der Display-Werbung, nämlich für Google for Advertisers (GFA) und Google for Publishers (GFP)⁵¹³. Diese beiden Produkte sollten es Websitebetreibern und Werbetreibenden ermöglichen, unabhängig vom Google AdSense Programm eine Display-Werbung zu schalten. Damit wäre Google ebenfalls in den Markt für unabhängige Ad-serving Tools für Display-Werbung eingestiegen und hätte direkt mit DoubleClick konkurriert. Die Europäische Kommission hat diesen Punkt durchaus in ihre Entscheidung miteinbezogen⁵¹⁴. Sie kam allerdings zum Schluss, dass es kein Anzeichen dafür gebe, dass Google mit den neuen Produkten zu einem ernsthaften Konkurrenten geworden und selbst bei einem erfolgreichen Markteintritt lediglich einer von vielen Konkurrenten innerhalb dieses Markts geworden wäre.

Die eigentliche Schwäche dieser Argumentation besteht darin, dass eine hypothetische Annahme getroffen werden musste und die Entscheidung darauf basiert. Die Kritiker stellen sich denn auch auf den entgegengesetzten Standpunkt. Ihrer Ansicht nach wäre Google aufgrund seiner finanziellen und innovativen Stärke auf jeden Fall zu einem starken Konkurrenten im Bereich der Ad-serving Tools für Display-Werbung geworden⁵¹⁵. So wie Google auch erfolgreich in andere Märkte eingedrungen ist, so wäre auch in diesem Fall mit einem erfolgreichen Markteintritt zu rechnen gewesen. Ihrer Meinung nach hätte Google als neuer Wettbewerber einen starken Wettbewerbsdruck auf die anderen Wettbewerbsteilnehmer ausüben können und damit für einen positiven Effekt auf dem Markt für Ad-serving Tools für Display-Werbung sorgen können. Aus diesem Grund wäre denn auch ein selbständiger Eintritt von Google in den Markt für den Wettbewerb besser gewesen als die Übernahme von DoubleClick. Die Übernahme, so die Kritiker, führe daher zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs und sei darum zu verbieten.

⁵¹³ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Entscheidung der Kommission vom 11.03.2008 zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen, Sache COMP/M.4731, Google/DoubleClick, S. 83.

⁵¹⁴ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Entscheidung der Kommission vom 11.03.2008 zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen, Sache COMP/M.4731, Google/DoubleClick, S. 84.

⁵¹⁵ HARBOUR PAMELA JONES, Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour, In the matter of Google/DoubleClick, FTC File No. 071-0170.

Es zeigt sich hier die Komplexität der kartellrechtlichen Entscheidung. Zum einen kann die zukünftige Entwicklung lediglich vermutet werden, und zum anderen spielt sie doch eine wesentliche Rolle bei der Entscheidungsfindung⁵¹⁶. Die Untersuchung der Europäischen Kommission kommt den Argumenten der Kritiker zumindest in einem Punkt entgegen, nämlich in der Anerkennung einer realistischen Möglichkeit eines Markteintrittes von Google in den Markt für Ad-serving Tools für Display-Werbung. Nach Ansicht der Kommission und aufgrund der entwickelten Servicetools von Google war mit einem Markteintritt von Google zu rechnen. Im Gegensatz zu den Kritikern sah die Kommission es aber nicht als erwiesen an, dass Google zwingend zu einem starken Konkurrenten geworden wäre und mehr Erfolg gehabt hätte als andere Anbieter. Die Annahme der Kommission stützte sich dabei vor allem auf die Tatsache, dass Google im Bereich der Display-Werbung über keinerlei Erfahrungen verfügte und eine komplett neue Software hätte entwickeln müssen, die sich nicht mit den bisherigen Werbetools hätte verbinden lassen. Des Weiteren bestehen auf dem Markt für Ad-serving Tools für Display-Werbung bereits etablierte Unternehmen mit langjähriger Erfahrung.

Es ist eine Tatsache, dass sich nie mit letzter Sicherheit nachweisen lassen wird, ob Google zu einem potenziellen Wettbewerber geworden wäre, der innerhalb einer kurzen Frist genügend Marktanteile auf dem Markt für Ad-serving Tools für Display-Werbung hätte erreichen können, um eine disziplinierende Wirkung auf den Markt zu haben. Meiner Meinung nach darf das alleinige Abstellen auf die Grösse und die Innovationsstärke von Google in diesem Fall nicht ausreichen, um automatisch von einem potenziellen Wettbewerber auszugehen. Erstens kann nicht nachgewiesen werden, dass Google als potenzieller Wettbewerber ein wirksamer Wettbewerber geworden wäre, und zweitens fehlt der Beweis, dass eine nur unzureichende Anzahl anderer Wettbewerber übrig geblieben wäre, die nach dem Zusammenschluss noch Wettbewerbsdruck hätte ausüben können.

Schliesslich bedeutet der Wegfall von Google als potenzieller Wettbewerber noch keine Beeinträchtigung des Wettbewerbs, und die Übernahme hat nach zwei Jahren noch keine nachteiligen Entwicklungen mit sich gebracht.

Ein weiterer Kritikpunkt betrifft den kurz vor dem Zusammenschluss erfolgten Eintritt von DoubleClick in den Markt für Vermittlungsleistungen von Online-Werbung. DoubleClick hat-

⁵¹⁶ KOREHNKE, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 11 Marktanalyse, Rn. 24.

te zu diesem Zweck die AdBörse „DoubleClick AdExchange“ lanciert⁵¹⁷. Ähnlich wie im bereits erwähnten Fall wurde auch hier geltend gemacht, dass DoubleClick als potenzieller Wettbewerber durchaus zu einem effektiven Wettbewerber auf dem Vermittlungsmarkt hätte werden können. Hier kann auf die Ausführungen zum horizontalen Wettbewerb verwiesen werden, wo detailliert auf die Problematik eingegangen wurde⁵¹⁸.

Es muss aber festgehalten werden, dass die Europäische Kommission in diesem Fall zumindest nicht ausschliessen konnte, dass DoubleClick für Google zu einem ernst zu nehmenden Wettbewerber im Bereich der Online-Vermittlungsleistungen hätte werden können. Dennoch war es für die Kommission ebenso wahrscheinlich, dass eine ausreichende Anzahl Wettbewerber auf dem Markt verbleiben würde, die nach dem Zusammenschluss noch genügend Wettbewerbsdruck ausüben können.

Faktisch wird sich auch hier nicht mit Sicherheit nachweisen lassen, ob DoubleClick zu einem potenziellen Wettbewerber von Google geworden wäre, der genügend Marktanteile auf dem Markt für Online-Vermittlungsleistungen hätte erreichen können, um eine disziplinierende Wirkung zu haben. Meines Erachtens sollten in diesem Fall das Abstellen auf den Markteintritt von DoubleClick und dessen Möglichkeiten auf dem Markt nicht genügen, um von einem potenziellen Wettbewerber auszugehen. Zum einen kann nicht nachgewiesen werden, dass DoubleClick als potenzieller Wettbewerber zu einem wirksamen Wettbewerber geworden wäre, zum anderen ist es unzutreffend, dass eine nur unzureichende Anzahl anderer Wettbewerber übrig geblieben wäre, die nach dem Zusammenschluss noch Wettbewerbsdruck hätten ausüben können.

Des Weiteren bedeutet der Wegfall von DoubleClick als potenzieller Wettbewerber noch keine Beeinträchtigung des Wettbewerbs, denn die Übernahme hat bis heute keine nachteiligen Entwicklungen auf dem Markt für Online-Vermittlungsleistungen mit sich gebracht.

Ein dritter Kritikpunkt bezieht sich auf die Netzwerkeffekte, die bei einem Zusammenschluss entstehen können. Im Zentrum steht dabei die vollständig personalisierte Werbung, das so-

⁵¹⁷ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Entscheid der Kommission vom 11.03.2008 zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen, Sache COMP/M.4731, Google/DoubleClick, S. 69.

⁵¹⁸ Siehe dazu: Vierter Teil, Punkt B.II.3.d.

nannte Behavioral Targeting⁵¹⁹. Kritiker weisen darauf hin, dass sowohl Google als auch DoubleClick eine Unmenge von Daten sammeln und speichern⁵²⁰. Bei Google handelt es sich dabei um Daten über das Suchverhalten und bei DoubleClick um das werbespezifische Verhalten der Internetnutzer. Zusammen, so die Kritik, verfügen die Unternehmen über einen uneinholbaren Vorsprung an Datensätzen über das Nutzerverhalten⁵²¹. Diese Ansammlung von Daten führe zu Netzwerkeffekten und könne dazu missbraucht werden, sich von anderen Netzwerken abzuschotten.

In der Theorie ist diesen Annahmen bis zu einem gewissen Grad durchaus zuzustimmen. Selbstverständlich sammeln beide Unternehmen (und alle anderen Unternehmen in den entsprechenden Branchen) grosse Mengen von Daten und versuchen daraus einen Nutzen zu ziehen. Konsequenterweise wäre dann auch bei einem Zusammenschluss die Zusammenlegung dieser Datensammlungen denkbar. An dieser Stelle zeigen jedoch die Nutzungsbestimmungen beider Unternehmen klar, dass eine solche Nutzung der gesammelten Daten aus vertraglichen Gründen nicht durchführbar ist und vor allem die Websitebetreiber selbst diese Eingrenzung verlangen⁵²². Websitebetreiber bestehen in der Regel darauf, dass die Nutzungseinschränkungen für Daten in ihre Vertragsbedingungen aufgenommen werden. Die Theorie über die Behinderung des Wettbewerbs, die auf der Kombination der Datensammlungen beruht, würde demnach voraussetzen, dass das neue Unternehmen diese Bedingungen, trotz der Tatsache, dass die Kunden die Vertraulichkeit ihrer Datensätze sehr zu schätzen wissen, neu verhandeln müsste.

Auch wenn die Kritik in der Theorie durchaus ihre Berechtigung hat, so scheitert sie meines Erachtens an den tatsächlichen Umständen. In dieser Hinsicht erweckt die Beurteilung des Zusammenschlusses, unter Einbezug der aktuellen Rechtslage, keine kartellrechtlichen Bedenken.

Es ist anzumerken, dass neben den bereits erwähnten Punkten auch noch der Schutz der Privatsphäre als Grund für eine Verweigerung des Zusammenschlusses vorgebracht wurde. Es

⁵¹⁹ Online Behavioural Advertising, Moving the Discussion Forward to Possible Self-Regulatory Principles, Statement of the Bureau of Consumer Protection Proposing Governing Principles For Online Behavioural Advertising and Requesting Comment, abrufbar unter “www.ftc.gov”.

⁵²⁰ LEIBOWITZ JON, Concurring Statement of Commissioner Jon Leibowitz, Google/DoubleClick, FTC File No. 071-0170.

⁵²¹ HARBOUR PAMELA JONES, Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour, In the matter of Google/DoubleClick, FTC File No. 071-0170.

⁵²² Siehe dazu: Vierter Teil, Punkt B.II.3.d.

geht hier vor allem um die grosse Menge von Daten, die Google nach dem Zusammenschluss zur Verfügung steht und die sehr viel über das Konsumentenverhalten aussagt⁵²³.

In Anbetracht der Tatsache, dass sich diese Arbeit auf die kartellrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit Suchmaschinen konzentriert, wird auf diesen Punkt nicht näher eingegangen. Zudem müssen in diesen Bereichen andere rechtliche Instrumente als das Kartellrecht zur Beurteilung herangezogen werden⁵²⁴.

III. Konglomerate Zusammenschlüsse und Kooperationen

1. Konglomerate

Das Merkmal von konglomeraten Zusammenschlüssen besteht darin, dass sich Unternehmen verbinden, die weder aktuelle Wettbewerber sind noch in einem aktuellen oder potenziellen Bezugs- oder Lieferverhältnis zueinander stehen⁵²⁵. Aus diesem Grund werden bei konglomeraten Zusammenschlüssen in der Regel keine wettbewerbswidrigen Auswirkungen vermutet, auch wenn solche in bestimmten Fällen durchaus möglich sind⁵²⁶. Konglomerate Zusammenschlüsse gehören wie alle Zusammenschlüsse in den Bereich des externen Wachstums. Der wesentliche Unterschied zu den vertikalen Zusammenschlüssen besteht darin, dass sich die Unternehmen nicht auf zwei verschiedenen Stufen des Produktionsprozesses befinden, wie etwa ein Hersteller und ein Lieferant⁵²⁷. Das europäische und das schweizerische Kartellrecht können konglomerate Zusammenschlüsse mithilfe der bereits erwähnten Bestimmungen über die Unternehmenszusammenschlüsse und durch die Missbrauchskontrolle untersuchen⁵²⁸.

Grundsätzlich können sich konglomerate Zusammenschlüsse sowohl strukturell positiv als auch negativ auf den Wettbewerb auswirken⁵²⁹. So können kleinere Unternehmen durch einen

⁵²³ LEIBOWITZ JON, Concurring Statement of Commissioner Jon Leibowitz, Google/DoubleClick, FTC File No. 071-0170.

⁵²⁴ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Entscheid der Kommission vom 11.03.2008 zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen, Sache COMP/M.4731, Google/DoubleClick, S. 114, weist zutreffend darauf hin, dass die Genehmigung des Zusammenschlusses aus wettbewerbsrechtlicher Sicht beurteilt wurde, ohne Einbezug der Normen über die Privatsphäre und den Datenschutz.

⁵²⁵ DAUSES, Rn. 107; LOEWENHEIM, Rn. 117; ULRICH, S. 40 f.

⁵²⁶ WIEDEMANN, Rn. 133; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, Rn. 66; GRUBER, S. 552-554.

⁵²⁷ MESTMÄCKER/SCHWEITZER, Rn. 64.

⁵²⁸ KÜHLING/GAUSS, Expansionslust von Google als Herausforderung für das Kartellrecht, S. 754.

⁵²⁹ BUCCIROSSI, S. 183 ff.; ULRICH, S. 43 f.

Zusammenschluss mit einem grossen Suchmaschinenbetreiber beispielsweise von dessen Finanzkraft profitieren und in ihrer Innovationstätigkeit gestärkt werden. Auf der anderen Seite besteht eine grosse Gefahr von negativen strukturellen Effekten, die nicht einfach dadurch abzulehnen sind, dass ein Marktdiversifikationszusammenschluss vorliegt. Konglomerate Zusammenschlüsse können durchaus zu einem Wegfall von potenziellen Wettbewerbern, einem negativen Portfolioeffekt, Koppelungsgeschäften und Marktmachtverlagerungen führen⁵³⁰. Stellt man sich den Einstieg von Google in einen konglomeraten Markt vor, so könnte dessen Präsenz auf viele Wettbewerber eine abschreckende Wirkung haben und möglicherweise zu einer kompletten Strukturveränderung auf dem entsprechenden Markt führen, was erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen mit sich bringen könnte.

Für den Branchenführer Google werden konglomerate Zusammenschlüsse in Zukunft stark an Bedeutung gewinnen, da die Expansionen auf horizontaler Ebene durch die dominante Marktstellung zunehmend erschwert werden und vertikale Expansionen aufgrund der Marktstruktur keine relevante Rolle spielen. Google wird auch in Zukunft seine Aktivitäten auf eine Vielzahl verschiedener Märkte mit verschiedenen unternehmerischen Funktionen ausweiten. Das Wettbewerbsrecht darf dabei die besonderen strategischen Möglichkeiten von Mehr-Produkt- und Mehr-Markt-Unternehmen wie Google, die auf einem oder mehreren Märkten über eine beherrschende Stellung verfügen, nicht ausser Acht lassen. Das gilt sowohl für den Missbrauch einer beherrschenden Stellung auf dem beherrschten Markt als auch auf einem anderen. Es gilt aber genau so für die Entstehung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung durch einen Zusammenschluss von Unternehmen, die auf verschiedenen Märkten tätig sind⁵³¹.

Ein konglomerater Zusammenschluss würde etwa dann vorliegen, wenn Google einen Inhalte-Anbieter übernehmen würde, ohne dass Google selbst auf dem entsprechenden Markt tätig wäre. Die Auswirkungen auf das akquirierte Unternehmen und den entsprechenden Zielmarkt fallen dabei sowohl positiv als auch negativ aus. Einerseits gewinnt das akquirierte Unternehmen durch Google an zusätzlicher Finanzkraft und kann in der eigenen Innovationstätigkeit bestärkt werden. Gerade für umsatzschwache Unternehmen bedeutet eine Übernahme durch Google die Möglichkeit zur Weiterentwicklung, die vorher nicht im gleichen Mass möglich gewesen wäre. Dies stellt für das betroffene Unternehmen einen Wettbewerbsvorteil gegenüber den anderen Wettbewerbsteilnehmern dar. Andererseits löst der Markteintritt von

⁵³⁰ DAUSES, Rn. 109.

⁵³¹ MESTMÄCKER/SCHWEITZER, Rn. 64 f.

Google Finanzkrafteffekte aus, die zu negativen strukturellen Effekten führen können. Aktuelle und potenzielle Wettbewerber könnten durch die Finanzkraft von Google abgeschreckt werden und aus dem Markt austreten oder einen Einstieg in den Markt ablehnen. Weiter können negative Portfolioeffekte oder der Wegfall von Randsubstitution als negative strukturelle Effekte auftreten.

Aufgrund der Entwicklungen der letzten Jahre auf dem Suchmaschinenmarkt lässt sich zudem feststellen, dass sich konglomerate Zusammenschlüsse häufig im amerikanischen Wirtschaftsraum abspielen und oftmals kleinere Unternehmen davon betroffen sind⁵³². Diese Entwicklungen wirken sich unmittelbar auf das europäische und schweizerische Kartellrecht aus. Zum einen setzen die Umsatzschwellen der Anwendung der Fusionskontrolle erste Schranken⁵³³. Die Aufgreifkriterien werden gerade bei Übernahmen von umsatzschwachen Unternehmen durch einen umsatzstarken Suchmaschinenbetreiber nicht überschritten, sodass ein Eingreifen der Fusionskontrolle verhindert wird. Zum anderen gilt im europäischen und schweizerischen Kartellrecht das Auswirkungsprinzip⁵³⁴. Bei Zusammenschlüssen unter amerikanischen Unternehmen kommt es oftmals zu keinen negativen wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen in Europa und insbesondere der Schweiz. Vor allem Google übernimmt in erster Linie amerikanische Unternehmen, ohne dass dabei negative wettbewerbsrechtliche Auswirkungen auf dem europäischen oder dem schweizerischen Markt entstehen.

Die Expansionslust der Suchmaschinen deutet darauf hin, dass sich die Suchmaschinenbetreiber immer weiter von ihrem Kerngeschäft entfernen und in neue Märkte eindringen. Neben den erwähnten negativen Auswirkungen auf den potenziellen Wettbewerb und dem Portfolioeffekt, der Gefahr von Koppelungsgeschäften und Marktmachtverlagerung, muss beachtet werden, dass auch bei konglomeraten Zusammenschlüssen zwischen Suchmaschinen und Inhaltanbietern gewisse Berührungspunkte bestehen, die auf eine Annäherung der Märkte hin-

⁵³² Als Beispiel seien die Übernahmen der beiden amerikanischen Unternehmen Picasa und Keyhole Corp. durch Google genannt: NZZ, Das Fotoalbum wandert ins Web. Bildverwaltung und Foto-Sharing erobern das Internet, Artikel vom 23.07.2004, S. 11; NZZ, Google steigt ins Geschäft mit Satellitenbildern ein, Artikel vom 29.10.2004, S. 69.

⁵³³ Im schweizerischen Kartellgesetz regeln Art. 9 Abs. 1 lit. a und b KG die Umsatzschwellen. Die europäische Fusionskontrollverordnung Nr. 139/2004 regelt in Art. 1 Abs. 2 und 3 EG-FKVO Nr. 139/2004 systematisch ähnlich die Aufgreifkriterien; Siehe dazu VENTURI, in TERCIER/BOVET, Commentaire Romand, Art. 9 KG Rn. 22 ff.

⁵³⁴ Das Auswirkungsprinzip wird in Art. 2 Abs. 2 KG geregelt.

weisen⁵³⁵. Diese Berührungspunkte zeigen sich darin, dass praktisch jeder Inhabitant eine eigene Suchmaschine für seine Website benötigt, um die gespeicherten Inhalte bereitstellen zu können. Diese Entwicklung wird durch die zunehmende Speicherung jedweder Inhalte gefördert. Damit spielt auch bei den Inhabitanten die Suchfunktion eine immer bedeutendere Rolle.

Zusätzlich zu den negativen strukturellen Auswirkungen konglomerater Zusammenschlüsse können auch künftige missbräuchliche Verhaltensweisen der beteiligten Unternehmen ein Verbot des Zusammenschlusses bewirken. Bei solchen „Prognoseentscheidungen“ auf Internetmärkten ist allerdings grosse Vorsicht geboten. Gerade auf Internetmärkten darf den Prognosen über zukünftige Verhaltensweisen nicht ein allzu wichtiger Wert beigemessen werden⁵³⁶. Die hohe Dynamik und die schnelle Entwicklung des Internets verlangt in dieser Hinsicht eher Zurückhaltung bei unsicheren Prognosen über die Zukunft.

Durch die Berührungspunkte zwischen den Suchmaschinen- und Inhaltmärkten und die konglomeraten Zusammenschlüsse können sich vermehrt negative strukturelle Auswirkungen auf den Wettbewerb ergeben. Die Beurteilung konglomerater Zusammenschlüsse erfordert dabei eine ausführliche kartellrechtliche Untersuchung, da sich auch Marktdiversifikationszusammenschlüsse negativ auf den Wettbewerb auswirken können. Meines Erachtens muss aus diesem Grund die Annäherung und Verschmelzung der Märkte auch durch die fusionskontrollrechtliche Prognoseentscheidung beachtet werden. Sie verlangt in Zukunft eine Einbeziehung in die Beurteilung konglomerater Unternehmenszusammenschlüsse und eine grobe Einschätzung der zukünftigen Entwicklung. Dennoch gebieten die verhaltensbezogenen Auswirkungen von konglomeraten Zusammenschlüssen aufgrund der Dynamik der Märkte in erster Linie eine Kontrolle durch die Missbrauchsaufsicht⁵³⁷. Wegen des stark spekulativen Charakters von Prognosen besteht die Gefahr, künftige Missbrauchsmöglichkeiten falsch einzuschätzen. Zudem sollte die Freigabe eines konglomeraten Zusammenschlusses nicht zu einer laufenden Verhaltenskontrolle durch die Kartellbehörden führen. Aus diesen Gründen ist bei einem konglomeraten Zusammenschluss zwischen einem Suchmaschinenbetreiber und einem Inhal-

⁵³⁵ KÜHLING/GAUSS, *Expansionslust von Google als Herausforderung für das Kartellrecht*, S. 755.

⁵³⁶ ULRICH, S. 32 f.

⁵³⁷ ULRICH, S. 32 f.

te-Anbieter der Missbrauchskontrolle prinzipiell eine stärkere Gewichtung beizumessen als der Fusionskontrolle⁵³⁸.

2. Kooperationen

a) Vorbemerkungen

In den letzten Jahren kam es des Öfteren zu Vereinbarungen zwischen einzelnen Suchmaschinenbetreibern über die gegenseitige Nutzung des Such-Algorithmus oder anderer Technologien⁵³⁹. Bis heute gab es aber, mit einer Ausnahme, noch keinen Fall einer Kooperation unter Suchmaschinenbetreibern, die ein Eingreifen von Seiten der Kartellrechtsbehörden nötig gemacht hätte. Die einzige Ausnahme bildete die Kooperation zwischen Google und Yahoo!, auf die im Folgenden eingegangen wird. Die aktuelle Zusammenarbeit zwischen Yahoo! und Microsoft ist kartellrechtlich unproblematisch, da sie zu keiner Beeinträchtigung oder Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führt und weder von der amerikanischen Kartellrechtsbehörde noch von der europäischen Kommission eine Untersuchung eingeleitet wurde.

Zunächst gilt es festzustellen, dass Kooperationen unter Suchmaschinenbetreibern grundsätzlich zulässig sind. Kartellrechtlich relevant wird eine Zusammenarbeit erst dann, wenn es sich um Abreden nach Art. 5 KG handelt⁵⁴⁰. Auf europäischer Ebene regelt Art. 81 EGV die Bestimmungen über die kartellrechtlichen Abreden. Solche horizontalen Abreden unter Suchmaschinen konnten bisher nicht festgestellt werden. Dies mag daran liegen, dass tatsächlich noch keine derartigen Abreden vorgekommen sind oder die getroffenen Abreden nicht aufgedeckt werden konnten.

b). Die Zusammenarbeit zwischen Google und Yahoo!

Der erste Fall auf dem Suchmaschinenmarkt, bei dem eine Kooperation zwischen zwei Suchmaschinenbetreibern aufgrund kartellrechtlicher Bedenken aufgegeben wurde, betraf die Zusammenarbeit zwischen Google und Yahoo! im Jahr 2008. Nachdem Yahoo! das letzte Kaufangebot von Microsoft zurückgewiesen und sich Microsoft zurückgezogen hatte, kündigte Yahoo! an, mit Google eine Kooperation im Bereich der Online-Werbung einzugehen. Zwei Tatsachen an dieser Vereinbarung gilt es hervorzuheben. Zum einen sind Google, als marktbeherrschendem Unternehmen, sehr enge Grenzen gesetzt, was die Zusammenarbeit mit anderen Suchmaschinenbetreibern anbelangt. Aus kartellrechtlicher Sicht war daher die An-

⁵³⁸ KÜHLING/GAUSS, *Expansionslust von Google als Herausforderung für das Kartellrecht*, S. 756.

⁵³⁹ NZZ, *Google nach eigenem Gusto. Email und neue Funktionen im Test*, Artikel vom 08.04.2004, S. 71.

⁵⁴⁰ GUGLER/ZURKINDEN, in: *TERCIER/BOVET, Commentaire Romand, Art. 5 KG Rn. 14 ff.*

lehnung von Yahoo! an Google als Kooperationspartner kritisch und rief sogleich wettbewerbsrechtliche Bedenken hervor. Zum anderen konnte zwar durchaus über die Höhe des Kaufangebots von Microsoft gestritten werden, eine Zusammenarbeit mit Microsoft wäre allerdings aus kartellrechtlicher Perspektive um einiges unproblematischer gewesen als eine solche mit Google, was die aktuelle Entwicklung zeigt.

Trotzdem versuchten sich die beiden Suchmaschinenbetreiber in einer Kooperation im Werbereich. Stark vereinfacht ausgedrückt, beinhaltete die Zusammenarbeit ein Abkommen, wonach Yahoo! durch die Nutzung des Google AdSense Programms neben den eigenen Anzeigen auch Werbung von Google-Partnern auf den Websites von Yahoo! und auf Websites Dritter aufschalten konnte⁵⁴¹. Dadurch wären auf den Internetseiten von Yahoo! und Partnerwebsites von Dritten auch Werbeanzeigen von Google-Partnern zu sehen gewesen. Die Erlöse aus der Zusammenarbeit hätten sich die beiden Unternehmen geteilt⁵⁴². Yahoo! hätte dabei selbst entscheiden können, bei welchen Websites bzw. Werbeflächen eine Google AdSense Werbung aufgeschaltet worden wäre. Yahoo! hätte so die Möglichkeit gehabt, mit dem Werbemodell von Google zusätzliche Einnahmen zu generieren, ohne dabei in der Handlungsfreiheit beschränkt zu werden.

Das Abkommen betraf lediglich den amerikanischen und kanadischen Markt und wäre auf eine beschränkte Zeitdauer von vier Jahren geschlossen worden. Um etwaige kartellrechtliche Bedenken bereits im Vorfeld zu erkennen, sollte das Abkommen erst nach dreieinhalb Monaten in Kraft treten. In dieser Zeitspanne sollten die Wettbewerbsbehörden das Abkommen überprüfen und den betroffenen Unternehmen mitteilen, ob über die Kooperation ein Verfahren eingeleitet werden würde oder nicht.

Nach dem Verstreichen der Frist von dreieinhalb Monaten gab das Department of Justice den beteiligten Suchmaschinen Google und Yahoo! bekannt, dass im Falle einer Zusammenarbeit eine Untersuchung eingeleitet würde⁵⁴³. Daraufhin verzichteten die beiden Unternehmen auf eine Kooperation. Die Untersuchungen des Department of Justice hatten ergeben, dass ein Abkommen zwischen Google und Yahoo! zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen könnte und darum kartellrechtlich untersucht werden müsste. Die Argu-

⁵⁴¹ Die Details zum Abkommen finden sich unter „www.google.com/intl/en/press/pressrel/20080612_yahoo.html“.

⁵⁴² NZZ, Yahoo wählt Google als Partner, Artikel vom 14.06.2008, S. 25.

⁵⁴³ Department of Justice, Yahoo! Inc. and Google Inc. Abandon Their Advertising Agreement, Release vom 05.11.2008.

mentation beruhte vor allem darauf, dass Google und Yahoo! in jedem relevanten Markt („each relevant market“) zusammen über 90% der Marktanteile besitzen würden und eine Zusammenarbeit den Wettbewerb beschränken könnte. Mit relevanten Märkten waren sowohl der Markt für Suchmaschinenwerbung als auch der gesamte Suchmaschinenmarkt gemeint („Internet search advertising“ und „Internet search syndication“). Die Untersuchung stellte die Vermutung auf, dass Google und Yahoo! durch das Abkommen weniger zu Konkurrenten als vielmehr zu Kollaborateuren würden und im Werbebereich die Rivalität und der Wettbewerbsdruck der Unternehmen reduziert würden. Durch die Kooperation, so die Vermutung, würde Yahoo! keine Investitionen mehr in denjenigen Bereichen der Internetwerbung tätigen, wo das Unternehmen mit Google kooperiert. Konkret ergäbe sich die Situation, dass Yahoo! Werbeanzeigen von Google in Bereichen aufschalten würde, wo es ökonomisch sinnvoll wäre für Yahoo!. Aus diesem Grund könnte Yahoo! in diesen Bereichen auf die Investitionen in eigene Werbemodelle und Konkurrenzprodukte zu Google verzichten, da das Unternehmen eher Werbeanzeigen von Google aufschalten und die Erlöse teilen würde, als eigene Investitionen zu tätigen und so Google zu konkurrenzieren⁵⁴⁴. In der Folge würde sich daraus eine erhebliche Beschränkung bzw. Beseitigung des Wettbewerbs auf dem Markt für Suchmaschinenwerbung ergeben.

Obwohl beide Unternehmen verschiedene Änderungen des Abkommens angeboten hatten, konnten sie die Bedenken des Departments of Justice nicht zerstreuen und es blieb bei der Androhung einer Untersuchung. Ob Google und Yahoo! im Fall einer Untersuchung durch die Kartellbehörden an ihrer Zusammenarbeit hätten festhalten können, bleibt daher offen und kann nur vermutet werden. Dennoch muss der Untersuchung des Department of Justice genügend Rechnung getragen werden, da die Analyse des Abkommens über drei Monate hinweg in Zusammenarbeit mit dem Canadian Competition Bureau und Rechtsanwälten aus 15 amerikanischen Bundesstaaten geführt worden war⁵⁴⁵.

Untersucht man die geplante Zusammenarbeit nach dem schweizerischen und europäischen Kartellrecht, so wären die Bestimmungen nach Art. 5 Abs. 1 KG und Art. 81 Abs. 1 EGV heranzuziehen. Die Tatbestände nach Art. 5 Abs. 3 lit. a - c KG und Art. 81 Abs. 1 lit. a - e

⁵⁴⁴ Department of Justice, Yahoo! Inc. and Google Inc. Abandon Their Advertising Agreement, Release vom 05.11.2008, S. 2.

⁵⁴⁵ Department of Justice, Yahoo! Inc. and Google Inc. Abandon Their Advertising Agreement, Release vom 05.11.2008, S. 1.

EGV, bei denen eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbes vermutet wird, kommen nicht zur Anwendung. Die geplante Zusammenarbeit über die Nutzung des Google AdSense Programms durch Yahoo! enthält keine Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, keine Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen, keine Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern, keine Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern und keine an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung über die Annahme zusätzlicher Leistungen. Hierbei gilt es zu erwähnen, dass Yahoo! selbst über die Nutzung des Google AdSense Programms hätte bestimmen können. Dabei ergibt sich auch der Preis für die Werbung aus dem Preis-pro-Klick Verfahren, dass ebenfalls beim Google AdWords Programm verwendet wird. Bei der Kooperation ging es lediglich um die Nutzung eines Werbeprogramms und die Aufteilung der daraus resultierenden Einnahmen ohne weitergehende Bedingungen oder Einschränkungen.

Folglich muss die geplante Zusammenarbeit zwischen Yahoo! und Google daraufhin untersucht werden, ob die Kooperation im Bereich der kontextbezogenen Werbung den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen oder beseitigen kann. Der Begriff der Erheblichkeit wurde durch die Bekanntmachung der Wettbewerbskommission über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 18. Februar 2002 weitgehend geklärt⁵⁴⁶. Die Regeln der Bekanntmachung finden dabei sowohl auf vertikale wie horizontale Abreden Anwendung, und damit auch auf die geplante Zusammenarbeit zwischen Yahoo! und Google. Ziffer 3 lit. a - f der Bekanntmachung beschreibt die Klauseln, welche eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs darstellen. Auch hier kann festgestellt werden, dass durch die geplante Zusammenarbeit weder Preise fixiert noch Absatzgebiete beschränkt werden. Zudem liegen keine Beschränkungen von Querlieferungen, Lieferanten oder Händlern vor. Es braucht nicht näher auf die entsprechenden Tatbestände eingegangen zu werden, um zu erkennen, dass die Zusammenarbeit zwischen Google und Yahoo! unter keine der Bestimmungen subsumiert werden kann. Damit ergibt sich die Situation, dass keine der Kernbeschränkungen nach Ziffer 3 der Bekanntmachung betroffen ist. Auch wenn die Bekanntmachung zur Beurteilung der Erheblichkeit ausschliesslich auf qualitative Kriterien abstellt, sollen im vorliegenden Fall die quantitativen Merkmale wie Marktanteile und Umsatz erwähnt werden. In der Praxis wird die Erheblichkeit auch aufgrund von quantitativen Kriterien beurteilt⁵⁴⁷.

⁵⁴⁶ RPW 2002/2, S. 404 ff.

⁵⁴⁷ Zäch, Kartellrecht, S. 193.

Auf dem Online-Werbemarkt für kontextbezogene Werbung bei Suchmaschinen besitzt Google eine marktbeherrschende Stellung⁵⁴⁸. Die Analyse der verschiedenen marktstruktur- und unternehmensbezogenen Kriterien, die von der Europäischen Kommission veröffentlichten Marktanteile auf dem Online-Werbemarkt, der grosse Abstand von Google zur Konkurrenz im Bereich der kontextbezogenen Werbung bei Suchmaschinen und das enge Zusammenspiel zwischen dem Nutzer- und dem Werbemarkt rechtfertigen die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung von Google auf dem Markt für kontextbezogene Werbung bei Suchmaschinen. Bei der geplanten Zusammenarbeit hätte Google seine Position weiter ausbauen und im Bereich der kontextbezogenen Werbung seine Stellung verstärken können. Konkret hätten Yahoo! und Google im Falle einer Kooperation zusammen über 90% der Marktanteile auf dem Markt für Suchmaschinenwerbung besessen und demnach in diesem Geschäftsbereich die höchsten Umsätze erzielt⁵⁴⁹.

Zusammenfassend ergibt sich die Situation, dass die geplante Zusammenarbeit von Yahoo! und Google im Bereich der kontextbezogenen Werbung bei Suchmaschinen keine der qualitativen Kernbeschränkungen zur Beurteilung der Erheblichkeit tangiert. Dennoch erreichen die beiden Unternehmen durch die Zusammenarbeit einen Marktanteil, der durchaus zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen könnte. Unter diesen Voraussetzungen hätte der Entscheid über die Genehmigung der Zusammenarbeit getroffen werden müssen. Da der genaue Inhalt des Abkommens nur dem Department of Justice vorgelegt wurde, kann hier nur darüber spekuliert werden, ob der Zusammenschluss genehmigt worden wäre oder nicht. Zudem ergeben sich zwischen dem amerikanischen und europäischen, sowie dem schweizerischen Recht Unterschiede in der Beurteilung von kartellrechtlichen Abreden.

Meines Erachtens hätte die Zusammenarbeit zwischen Yahoo! und Google wenige Chancen auf eine Genehmigung gehabt. Aufgrund seiner dominanten Marktstellung sind Google sehr enge Grenzen bei Kooperationen gesetzt. Im Bereich der Online-Werbung bei Suchmaschinen hätte eine Zusammenarbeit allein aufgrund der Marktanteile der beiden Unternehmen dazu geführt, dass zwei Unternehmen zusammen über 90% der Suchmaschinenwerbung kontrollieren könnten. Hier eine Kooperation zuzulassen, hätte mit Sicherheit negative Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb gehabt. Der Restwettbewerb auf dem Markt für Suchmaschinenwerbung wäre nach Genehmigung der Zusammenarbeit nur noch marginal gewesen.

⁵⁴⁸ Siehe dazu: Zweiter Teil, Punkt II.2.b.

⁵⁴⁹ Department of Justice, Yahoo! Inc. and Google Inc. Abandon Their Advertising Agreement, Release vom 05.11.2008.

Microsoft und andere Suchmaschinenanbieter hätten mit ihren geringen Marktanteilen auf dem Markt für Suchmaschinenwerbung praktisch keinen Wettbewerbsdruck mehr auf Google und Yahoo! erzeugen können. Dadurch entsteht die Gefahr, dass sich Yahoo! und Google bei einer Genehmigung der Zusammenarbeit in hohem Masse unabhängig von der Konkurrenz hätten verhalten können, da kein Wettbewerbsdruck mehr vorhanden gewesen wäre. Aufgrund der quantitativen Kriterien könnte also ohne weiteres eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs festgestellt werden. Da die Werbeeinnahmen für alle Suchmaschinenbetreiber die grösste Einnahmequelle darstellen, besteht zudem der begründete Verdacht, dass die Zusammenarbeit von Yahoo! und Google zu einer Beseitigung des Wettbewerbs hätte führen können⁵⁵⁰. Falls zwei Unternehmen denjenigen Markt kontrollieren können, der für die Existenz aller anderen Konkurrenten verantwortlich ist, besteht die Gefahr einer Ausschaltung des Wettbewerbs und der Konkurrenz. Die Abwägung der Risiken und Gefahren im Falle einer Zusammenarbeit, im Vergleich zu den vermeintlichen Vorteilen einer Kooperation, hätte meines Erachtens zu einer Verweigerung der Zusammenarbeit zwischen Yahoo! und Google führen müssen.

Nach der Ankündigung der Untersuchung durch das Department of Justice zog sich Google sofort aus den Verhandlungen zurück und verzichtete auf die Zusammenarbeit mit Yahoo!. Während Yahoo! eine Auseinandersetzung vor Gericht nicht gescheut hätte, wollte Google die Anstrengungen eines Verfahrens nicht auf sich nehmen und verzichtete deshalb ganz auf eine Zusammenarbeit⁵⁵¹.

Das Verhalten von Google kann durchaus kritisch betrachtet werden. Google ist sogleich nach der Ablehnung des Übernahmeangebotes von Microsoft durch Yahoo! als Kooperationspartner aufgetreten. Yahoo! wurde eine Zusammenarbeit angeboten und beide Unternehmen schienen überzeugt zu sein, dass man auch vor den Kartellbehörden bestehen könne. Als aber eine (keinesfalls überraschende) Untersuchung angekündigt wurde, zog sich Google sofort zurück. Dies, obwohl Google immer wieder betonte, dass es an die kartellrechtliche Unbedenklichkeit des Abkommens glaube und Yahoo! unbedingt zur Seite stehen wolle⁵⁵².

⁵⁵⁰ Anderer Ansicht: STROSS RANDALL, Why the Google-Yahoo deal is nothing to fear, Artikel vom 20.10.2008 in The New York Times; DRUMMOND DAVID, The Google-Yahoo Agreement and the Future of Internet Advertising, Artikel vom 15.07.2008.

⁵⁵¹ HELFT MIGUEL, Google and Yahoo say deal would have survived a suit, Artikel vom 06.11.2008 in The New York Times.

⁵⁵² Siehe dazu die Statements von Google auf der eigenen Homepage zum Abkommen unter „www.Google.com/yahoogooglefacts/“.

IV. Fazit

Aufgrund der marktbeherrschenden Stellung auf dem Suchmaschinenmarkt und der bedeutenden Stellung auf dem Markt für Online-Werbung ist es Google möglich, vielfältige Expansionen zu wagen und in neue Märkte vor- bzw. einzudringen. Diese Entwicklung hat dazu geführt, dass Google derzeit neben seinen Suchdienstleistungen auch verschiedene weitere Dienstleistungen anbietet und nicht mehr als reine Suchmaschine wahrgenommen wird.

Aus kartellrechtlicher Sicht sind die Expansionen unterschiedlich zu beurteilen. Die Expansionen aufgrund eines internen Wachstums sind kartellrechtlich unbedenklich. Anders liegt der Fall bei den externen Expansionen. Diese verlangen eine kartellrechtliche Begleitung. Durch den Eintritt von Google in Märkte ausserhalb seines Kerngeschäfts besteht vermehrt die Gefahr von negativen strukturellen Auswirkungen. Dabei muss zwar die Annäherung des Suchmaschinenmarkts an die Inhaltmärkte als künftige Entwicklung hingenommen werden, trotzdem dürfen die horizontalen (oder allenfalls vertikalen) Effekte dieser Expansionen nicht unbeachtet bleiben. Im Fall von DoubleClick wurden denn auch ebendiese horizontalen Effekte genauestens untersucht, bevor der Zusammenschluss genehmigt worden ist.

Grundsätzlich sind Zusammenschlüsse und Kooperationen unter Suchmaschinenbetreibern erlaubt. Sie können dazu beitragen, dass der Wettbewerb gefördert wird und mehr Wettbewerbsdruck unter den Suchmaschinenbetreibern entsteht. Der gegenwärtige Suchmaschinenmarkt zeichnet sich einerseits durch eine hohe Marktkonzentration und andererseits durch eine marktbeherrschende Stellung von Google auf dem Markt für indexierte Websitebetreiber, dem Nutzermarkt und dem Online-Werbemarkt für kontextbezogene Werbung aus. Unter diesen Voraussetzungen und der Berücksichtigung der kartellrechtlichen Bestimmungen bieten sich den Suchmaschinenbetreibern in Bezug auf Zusammenschlüsse und Kooperationen unterschiedliche Möglichkeiten.

Dem Marktführer Google sind dabei klare Grenzen gesetzt. Während Übernahmen von anderen Suchmaschinenbetreibern durch Google aus kartellrechtlicher Sicht praktisch unmöglich sind, werden auch etwaige Kooperationen mit anderen Suchmaschinen untersucht und beobachtet. Meines Erachtens kommen Zusammenschlüsse und Kooperationen für Google aufgrund der anhaltenden Marktführerschaft und des grossen Abstands zur Konkurrenz fast nur auf benachbarten Märkten in Frage.

Bei Yahoo! und Microsoft zeigt sich hingegen ein anderes Bild. Die beiden Konkurrenten von Google besitzen aufgrund des grossen Abstands zu Google mehr Spielraum in Bezug auf Zu-

sammenschlüsse und Kooperationen. Beide Unternehmen können in Zukunft Übernahmen oder Kooperationen untereinander oder mit anderen Suchmaschinenanbietern anstreben. Das Kartellrecht wird zwar auch in diesen Fällen wachsam die Auswirkungen auf den Wettbewerb beobachten, allerdings wird den Unternehmen ein grösserer Handlungsspielraum zugestanden werden müssen als Google.

Die Expansionen von Google auf den schnell wachsenden und sich verändernden Internetmärkten verlangen vom Kartellrecht, dass es diesen Gegebenheiten Rechnung trägt und bevorstehende Marktentwicklungen voraussieht. Dies bedeutet, dass vor allem die Fusionskontrolle und Missbrauchsaufsicht bei künftigen Zusammenschlüssen von Suchmaschinen und Inhaltanbietern gefordert sein werden. Meiner Meinung nach deuten die aktuellen Entwicklungen aber darauf hin, dass das Kartellrecht die gestellten Anforderungen erfüllt und für künftige Veränderungen auf dem Suchmaschinenmarkt bereit ist.

Fazit und Ausblick

Suchmaschinen sind innerhalb von wenigen Jahren zu den Torwächern des Internet geworden. Nachdem zu Anfang des dritten Jahrtausends die erste grosse Flurbereinigung auf dem Suchmaschinenmarkt stattgefunden hat, zeigt sich nun ein klareres Bild. Eine hohe Marktkonzentration und das Triumvirat der gossen drei Suchmaschinen, Google, Yahoo! und MSN zeichnet den Suchmaschinenmarkt von heute aus. Die aktuellste Entwicklung auf dem Suchmaschinenmarkt betrifft die Zusammenarbeit zwischen Yahoo! und Microsoft, welche durch eine Kooperation im Such- und Werbebereich eine Verbesserung ihrer Marktpositionen erreichen wollen.

Die Analyse der Marktanteile zeigt einen deutlichen Trend. Google ist der dominante Marktführer und konnte in den letzten Jahren seine Position verstärken und Marktanteile dazu gewinnen. Yahoo! und MSN haben es in den vergangenen Jahren nicht geschafft, dem Branchenführer Google Marktanteile abzunehmen und können lediglich geringe Marktanteilswerte vorweisen.

Aus rechtlicher Sicht bildet der Suchmaschinenmarkt ein interessantes Gebiet. Neben dem Kartellrecht stellen sich in mehreren Bereichen rechtliche Herausforderungen, die nach einer juristischen Beurteilung verlangen. Aktuell sind vor allem urheberrechtliche Probleme, welche sowohl beim Internet im Allgemeinen, als auch bei den Suchmaschinen im Besonderen einer juristischen Lösung bedürfen. Daneben sind es die Bereiche des Datenschutzes und der Transparenz, die im Zusammenhang mit Suchmaschinen aufzuarbeiten sind.

Die kartellrechtliche Analyse des Suchmaschinenmarkts beginnt mit der Abgrenzung der verschiedenen relevanten Märkte. In dieser Hinsicht ist hervorzuheben, dass es sich bei der Suchmaschine um eine Multi-Sided Platform handelt. Die Suchmaschine kommt grundsätzlich mit verschiedenen Parteien in Kontakt, den werbenden Unternehmen und Privaten, den Internetnutzern und den Websitebetreibern, wobei selbstverständlich auch eine einzige Person allein alle drei Eigenschaften besitzen kann⁵⁵³. Jede dieser Parteien profitiert von der Zusammenarbeit mit der Suchmaschine auf eine andere Weise und hat, je nach dem, in hohem oder

⁵⁵³ Natürlich sind je nach Suchart noch andere Parteien involviert: bei der Buchsuche sind es die Autoren und Verleger, bei der Bildersuche die Künstler und Galerien, bei der Nachrichtensuche Autoren und Nachrichtentagungen. In diesen Bereichen sind aber kartellrechtliche Fragen noch nicht aktuell geworden (bis auf die Büchersuche von Google) und aufgrund der eher marginalen Bedeutung gegenüber der herkömmlichen Suche wird hier nicht näher darauf eingegangen.

geringem Mass mit den anderen Parteien zu tun. Die Marktabgrenzung knüpft denn auch an diese Bedingungen an und unterscheidet grob zwischen einem Werbemarkt, einem Nutzermarkt und einem Markt für indexierte Websitebetreiber.

Suchmaschinen agieren vorwiegend im Internet. Internetspezifische Dienstleistungen können mehrere Vorteile der traditionellen Kommunikationsmittel kombinieren und ermöglichen eine schnellere und ortsunabhängigere Kommunikation. Diese erweiterten Funktionen führen dazu, eine Substituierbarkeit mit den traditionellen Kommunikationsmöglichkeiten auszuschliessen. Internet-Dienstleistungen fallen also meistens nicht in die bestehenden herkömmlichen Kommunikationsmärkte, sondern sind von den übrigen interaktiven Kommunikationsmedien als eigener Markt abzugrenzen.

Aus diesem Grund ist die Existenz eines Marktes für Online-Werbbedienstleistungen, bei dem die Suchmaschinen als Anbieter von Online-Werbung und die werbende Wirtschaft als Nachfrager derselben auftritt, anzunehmen⁵⁵⁴. Die wesentlichen Unterscheidungsmerkmale zwischen der Online-Werbung und der Werbung bei herkömmlichen Medien bestehen im Adressatenkreis und dem Preis. Die Online-Werbung zeichnet sich vor allem durch ein qualitatives Element aus, das bei der Werbung in anderen Medien nicht angeboten wird. Online-Werbung unterscheidet sich demnach hinsichtlich des Verwendungszwecks, der Eigenschaften der Dienstleistung, der Verbraucherpräferenzen und des Preises von der Werbung in herkömmlichen Medien.

Eine weitere Abgrenzung des relevanten Marktes kann innerhalb der Online-Werbung vorgenommen werden. Dabei geht es um die Trennung von kontextbezogener und nicht kontextbezogener Online-Werbung⁵⁵⁵. Das wesentliche Unterscheidungsmerkmal liegt in der besonderen Zielorientiertheit der kontextbezogenen Werbung, die für die werbenden Unternehmen ein äusserst wichtiges Qualitätsmerkmal darstellt⁵⁵⁶. Zum einen sind die Eigenschaften der beiden Werbemodelle verschieden, da die kontextbezogene Werbung stets eine Verbindung mit der Website oder der Suchanfrage aufweist, während die nicht kontextbezogene Werbung unabhängig und zusammenhangslos erscheint. So weist die kontextbezogene Werbung eine starke Zielgruppenorientiertheit auf und wird dazu verwendet, bestimmte Konsumentengruppen zu

⁵⁵⁴ HEINEMANN, S.18.

⁵⁵⁵ Kontextbezogene Werbung wird hier als Oberbegriff verwendet und beinhaltet sowohl die inhalts- als auch die suchbezogene Werbung auf Ergebnisseiten Dritter.

⁵⁵⁶ OTT, Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, S. 198 ff.

erreichen, die spezifische Websites nachschlagen und aufsuchen⁵⁵⁷. Demgegenüber wird die nicht kontextbezogene Werbung sehr weit gestreut, um ein möglichst breites Publikum zu erreichen. Letztlich ergeben sich auch erhebliche Unterschiede beim Preis. Da fast alle Werbemodelle mit dem Preis-Pro-Klick Verfahren angeboten werden, entstehen bei der kontextbezogenen Werbung aufgrund des höheren Erfolges auch höhere Klickraten und mehr Kosten als bei der nicht kontextbezogenen Werbung, die aufgrund mangelnder Effizienz weit weniger Klicks und damit weniger Kosten verursacht.

Damit muss auch hier, nach dem Konzept der funktionellen Austauschbarkeit, von einem sachlich relevanten Markt für kontextbezogene Online-Werbung und einem Markt für nicht kontextbezogene Online-Werbung ausgegangen werden.

Parallel zur Abgrenzung des Online-Werbemarktes in einen sachlich relevanten Markt für kontextbezogene Werbung und einen Markt für nicht kontextbezogene Werbung muss untersucht werden, ob ein sachlich relevanter Markt für Online-Werbung bei Suchmaschinen und ein Markt für Online-Werbung bei anderen Internetanbietern besteht. Während Suchmaschinen eine Torwächter-Funktion einnehmen, die für die Orientierung im Internet essentiell geworden ist, sind alle anderen Websitebetreiber nicht mehr als Anbieter von Produkten und Dienstleistungen in eigener Sache⁵⁵⁸. Die Wichtigkeit einer Suchmaschine ist für den Internetnutzer also bedeutend höher als der Nutzen einer normalen Website. Suchmaschinen verfügen dank ihrer wichtigen und bedeutenden Rolle im Internet über einen weitaus grösseren potenziellen Adressatenkreis als andere Inhalt-Anbieter⁵⁵⁹. Meines Erachtens muss also auch hier ein sachlich relevanter Markt für Online-Werbung bei Suchmaschinen und ein sachlich relevanter Markt für Online-Werbung bei anderen Inhalt-Anbietern angenommen werden.

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass ein sachlich relevanter Online-Werbemarkt für Suchmaschinen anzunehmen ist, der weiter in einen kontextbezogenen und einen nicht kontextbezogenen Werbemarkt abzugrenzen ist.

Für die räumliche Marktabgrenzung ergibt sich sowohl nach schweizerischem als auch nach europäischem Recht eine räumlich relevante Marktabgrenzung in die verschiedenen Sprach-

⁵⁵⁷ HEINEMANN, S. 19.

⁵⁵⁸ OTT, Marktbeherrschende und öffentlichrechtliche Suchmaschinen, K&R 2007, S. 378; MACHILL/BEILER/ZENKER, Suchmaschinenforschung. Überblick und Systematisierung eines interdisziplinären Forschungsfeldes, S. 7 ff.

⁵⁵⁹ WIEBE, S. 183.

regionen⁵⁶⁰. Oftmals stimmen diese mit den nationalen Ländergrenzen überein, aber gerade der deutsche Sprachraum zeigt, dass dies nicht zwingend der Fall sein muss⁵⁶¹.

Der zweite relevante Markt bei Suchmaschinen betrifft den Nutzermarkt. Trotz der Unentgeltlichkeit der Dienstleistung auf dem Nutzermarkt für Suchmaschinen kommt es sowohl zu einem Wettbewerb um Aufmerksamkeit als auch zu einer indirekten finanziellen Gegenleistung über die Werbung⁵⁶². Die Internetnutzer können die Waren und Dienstleistungen, die von den Suchmaschinenbetreibern angeboten werden, hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorhergesehenen Verwendungszwecks nicht mit anderen Online-Dienstleistungen substituieren⁵⁶³. Darum ist davon auszugehen, dass ein sachlich relevanter Nutzermarkt bei Suchmaschinen besteht. Was die räumliche Marktabgrenzung anbelangt, so ist beim Nutzermarkt von Suchmaschinen eine weltweite räumliche Marktabgrenzung vorzunehmen.

Der Markt für indexierte Websites bildet ebenfalls einen sachlich relevanten Markt. Selbst wenn, ähnlich wie beim Nutzermarkt erwähnt wurde, einige Autoren aufgrund der mangelnden monetären Gegenleistung das Bestehen eines Marktes verneinen würden, sind die Argumente für die Bejahung eines Marktes überzeugender. Vor allem aufgrund der starken Interdependenzen zwischen dem Nutzer- und Werbemarkt. Hinsichtlich der Eigenschaften der Dienstleistung, der Präferenzen der Websitebetreiber, des Verwendungszwecks und der mangelnden Substituierbarkeit ist die Annahme eines sachlich relevanten Marktes für indexierte Websites gerechtfertigt⁵⁶⁴.

Daher kann auch hier von einem weltweiten räumlich relevanten Markt für indexierte Websitebetreiber ausgegangen werden.

Nach der Abgrenzung der relevanten Märkte kann die Stellung von Google auf denselben beurteilt werden. Auf dem Online-Werbemarkt für kontextbezogene Werbung bei Suchmaschinen und dem Nutzermarkt von Suchmaschinen ist von einer marktbeherrschenden Stellung

⁵⁶⁰ In diese Richtung weisend: WIEBE, S. 81.

⁵⁶¹ Siehe dazu die Ausführungen bei CALLISS/RUFFERT, S. 927, wo ausführlich über den gemeinsamen Markt und nationale Grenzen diskutiert wird.

⁵⁶² TRAFKOWSKI, S. 635 f.

⁵⁶³ Der Logik von TRAFKOWSKI folgend, muss man in diesem Fall zu einem solchen Resultat kommen und für Suchmaschinen einen eigenen relevanten Nutzermarkt abgrenzen. Siehe dazu: TRAFKOWSKI, S. 635 f.

⁵⁶⁴ Gegen die Annahme eines entsprechenden Marktes: PARLASCA, S. 214 und SCHULZ/HELD/LAUDIEN, S. 59 f.

von Google auszugehen. Die Beurteilung der verschiedenen marktstruktur- und unternehmensbezogenen Kriterien rechtfertigt diese Annahme. Aufgrund der veröffentlichten Marktanteile, des grossen Abstands von Google zur Konkurrenz und des engen Zusammenspiels zwischen dem Nutzer- und dem Werbemarkt liegt eine berechtigte Annahme einer marktbeherrschenden Stellung von Google auf dem Markt für kontextbezogene Werbung bei Suchmaschinen und dem Nutzermarkt von Suchmaschinen vor. Verstärkend wirken sich die hohen Marktzutrittsschranken aus, welche nicht nur potenzielle Konkurrenten von einem Markteintritt abschrecken, sondern auch die aktuellen Wettbewerber an der Verstärkung ihrer Marktstellung hindern. Dies, obwohl durchaus eine horizontale und vertikale Gegenmacht bestehen würde, die Google unter genügend Wettbewerbsdruck setzen könnte. Die Analyse der Marktsituation zeigt aber deutlich, dass aufgrund der effektiven Kräfteverhältnisse auf dem Markt kein solcher Druck ausgeübt wird. Google kann sich auf dem Online-Werbemarkt für kontextbezogene Werbung bei Suchmaschinen und dem Nutzermarkt von Suchmaschinen weitgehend und in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten und verfügt auf diesen Märkten über eine marktbeherrschende Stellung.

Auf dem Markt für indexierte Websitebetreiber kann auch von einer marktbeherrschenden Stellung des Unternehmens Google ausgegangen werden⁵⁶⁵. Für einen Websitebetreiber macht es einen grundlegenden Unterschied, ob und bei welcher Suchmaschine seine Website indexiert wird. Für den Websitebetreiber ist die Anzahl der Internetnutzer einer Suchmaschine von grösster Wichtigkeit und letztlich entscheidend für seinen Erfolg im Internet. Das enge Zusammenspiel zwischen dem Markt für indexierte Websitebetreiber und dem Nutzermarkt von Suchmaschinen darf also keineswegs vernachlässigt werden, und ist für viele Online-Unternehmen von existenzieller Bedeutung.

Aufgrund der marktbeherrschenden Stellung von Google auf dem Online-Werbemarkt für kontextbezogene Werbung, dem Nutzermarkt und dem Markt für indexierte Websites bei Suchmaschinen ergeben sich für Google verschiedene Verpflichtungen. Wird eine Website nicht in den Index aufgenommen oder aus dem Index gelöscht, so kann dieses Verhalten unter Art. 7 Abs. 2 lit. b KG subsumiert werden⁵⁶⁶. Durch die Verweigerung der Aufnahme oder

⁵⁶⁵ HEINEMANN, S. 23.

⁵⁶⁶ In dieser Richtung: OTT, Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, S. 200 f. der nach deutschem Recht ebenfalls einen Anspruch auf Unterlassung der Ungleichbehandlung anerkennt, der zu einer Verpflichtung zur Aufnahme in den Index führt.

den Ausschluss aus dem Index findet einerseits auf dem beherrschten Markt für indexierte Websitebetreiber eine Diskriminierung statt, andererseits wirkt sich eine solche Verhaltensweise auch auf den Wettbewerb auf dem Drittmarkt für Websitebetreiber aus⁵⁶⁷. Die Aufnahme der Website in den Index von anderen Suchmaschinen (z.B. von Yahoo! und MSN) reicht für die Websitebetreiber nicht aus, um wettbewerbsfähig zu bleiben. Entscheidend ist, dass nur Google eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Websitebetreiber innehat und es aus diesem Grund keine relevante Alternative für die Websitebetreiber darstellt, wenn sie stattdessen bei Yahoo! und MSN indexiert sind.

Wird einem Unternehmen untersagt, dem Werbeprogramm von Google beizutreten und auf Google eine Werbung zu schalten, so kann dieses Verhalten von Google als eine Verweigerung bzw. Nichtaufnahme von Geschäftsbeziehungen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen gewertet unter Art. 7 Abs. 2 lit. a KG subsumiert werden⁵⁶⁸. Google verletzt in diesem Fall das Gleichheitsgebot, indem es nicht allen Unternehmen geschäftliche Beziehungen zu gleichen Bedingungen anbietet und sich weigert, mit gewissen Unternehmen Geschäftsbeziehungen aufzunehmen⁵⁶⁹.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass aus dem Kartellrecht durchaus eine Verpflichtung für Google zur Aufnahme von Websitebetreibern in den Index und Aufnahme von werbenden Unternehmen in das Werbeprogramm von Google besteht⁵⁷⁰. Diese Verpflichtung ergibt sich aufgrund der marktbeherrschenden Stellung von Google auf dem Markt für kontextsensitive Werbung bei Suchmaschinen und dem Markt für indexierte Websites.

Da aber auch einem marktbeherrschenden Unternehmen wie Google ein unternehmerischer Freiraum zugewillt werden muss, darf das Unternehmen aus sachlich gerechtfertigten Gründen die Geschäftsbeziehungen zu Geschäftspartnern verweigern oder abbrechen. Verstößt ein Geschäftspartner gegen geltendes Recht, gegen die Richtlinien von Google oder liegen die Gründe in der nachfragenden Person bzw. dem nachfragenden Unternehmen selbst, so liegen sachlich gerechtfertigte Gründe für einen Abbruch oder eine Verweigerung der Geschäftsbeziehungen vor. Wird von Google der Nachweis eines derartigen Verstosses erbracht, so kann

⁵⁶⁷ WIEBE, S. 181.

⁵⁶⁸ Im Zusammenhang mit deutschem Recht: OTT, Ich will hier rein! Suchmaschinen und das Kartellrecht, MMR 2006, S. 200 f.

⁵⁶⁹ ZÄCH, Kartellrecht, S. 321.

⁵⁷⁰ BAHR, Rechtsanspruch auf Aufnahme in den Suchmaschinen-Index (am Beispiel von Google)?, Aufsatz nur in elektronischer Form vorhanden, abrufbar unter: „www.suchmaschinen-und-recht.de“.

den Ansprüchen auf Aufnahme in den Index oder das Werbeprogramm nicht entsprochen werden, und es liegt kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vor. Es gilt darauf zu achten, dass in dieser Hinsicht das marktbeherrschende Unternehmen zu einer transparenten Haltung aufgefordert und dazu verpflichtet wird, den Nachweis eines Verstosses zu erbringen.

Der Auskunftsanspruch gegenüber Google sollte sich darin erschöpfen, dass dem interessierten Unternehmen der Grund für seine schlechte Position in der Trefferliste mitgeteilt und die Erklärung entsprechend begründet und belegt wird. Ein weitergehender Anspruch auf Offenlegung des Such-Algorithmus sollte aber nicht bestehen. Lediglich im Falle eines begründeten Verdachts auf willkürliche Benachteiligung könnte die Möglichkeit in Betracht gezogen werden, dass gegenüber der Kartellrechtsbehörde, welche zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, der Such-Algorithmus offen gelegt wird⁵⁷¹.

Der gegenwärtige Suchmaschinenmarkt zeichnet sich einerseits durch eine hohe Marktkonzentration und andererseits durch eine marktbeherrschende Stellung von Google auf dem Markt für indexierte Websitebetreiber, dem Nutzermarkt und dem Online-Werbemarkt für kontextbezogene Werbung bei Suchmaschinen aus. Unter diesen Voraussetzungen und der Berücksichtigung der kartellrechtlichen Bestimmungen bieten sich den Suchmaschinenbetreibern in Bezug auf Zusammenschlüsse und Kooperationen unterschiedliche Möglichkeiten.

Dem Marktführer Google sind dabei allerdings klare Grenzen gesetzt. Während Übernahmen von anderen Suchmaschinenbetreibern durch Google aus kartellrechtlicher Sicht praktisch unmöglich sind, werden auch etwaige Kooperationen mit anderen Suchmaschinen untersucht und beobachtet. Meines Erachtens kommen Zusammenschlüsse und Kooperationen für Google aufgrund der anhaltenden Marktführerschaft und des grossen Abstands zur Konkurrenz fast nur auf benachbarten Märkten in Frage.

Bei Yahoo! und Microsoft zeigt sich hingegen ein anderes Bild. Die beiden Konkurrenten von Google besitzen aufgrund des grossen Abstands zu Google mehr Spielraum in Bezug auf Zusammenschlüsse und Kooperationen. Beide Unternehmen können in Zukunft Übernahmen oder Kooperationen untereinander oder mit anderen Suchmaschinenanbietern anstreben. Das Kartellrecht wird zwar auch in diesen Fällen wachsam die Auswirkungen auf den Wettbewerb beobachten, allerdings wird den Unternehmen ein grösserer Handlungsspielraum zugestanden werden müssen als Google.

⁵⁷¹ In Art. 16 KG wird den betroffenen Unternehmen in zivilrechtlichen Verfahren die Wahrung der Geschäftsgeheimnisse garantiert.

Im Zusammenhang mit dem internen Wachstum sind allfällige missbräuchliche Lock-In Effekte und Koppelungsgeschäfte zu erwähnen. Vor allem aufgrund des grundsätzlich kostenlosen Angebots und den eher zaghaften Techniken zur Kundenbindung entstehen für die Internetnutzer bei einem Wechsel des Suchmaschinenanbieters keine „switching costs“ und demzufolge auch keine missbräuchlichen Lock-In Effekte. Des Weiteren lässt die empirische Untersuchung keinen Zweifel daran, dass Google keine Koppelungsgeschäfte betreibt. Derzeit stehen, mit wenigen Ausnahmen, praktisch alle Produkt- und Dienstleistungsangebote von Google kostenlos zur Verfügung⁵⁷². Zudem werden die sachlich und nach Handelsgebrauch unterschiedlichen Produkte und Dienstleistungen jeweils unabhängig voneinander angeboten, und es besteht für den Internetnutzer keine Pflicht, neben der Hauptleistung zusätzliche Leistungen anzunehmen, die er gar nicht haben will. Zumindest solange ein Grossteil der Angebote kostenlos angeboten wird, spielen die Koppelungsgeschäfte eine marginale Rolle. Sollte sich dies ändern, so bekommt sowohl der missbräuchliche Lock-In Effekt als auch die Koppelung eine neue Bedeutung.

Die Expansionslust der Suchmaschinenbetreiber in andere Märkte zeigt deutlich, dass eine diesbezügliche Tendenz besteht, die auch noch über die nächsten Jahre anhalten wird. Bis anhin haben vor allem die Akquisitionen von YouTube und DoubleClick durch Google für Aufsehen gesorgt. Meiner Meinung nach ist der Genehmigung dieser Zusammenschlüsse zuzustimmen, da Google weder seine marktbeherrschende Stellung missbraucht noch die Regelungen über die Unternehmenszusammenschlüsse verletzt hat. Es sind immer noch genügend andere Anbieter auf dem Markt tätig, die ausreichend Druck auf Google ausüben können⁵⁷³. Aufgrund der Zusammenschlüsse verfügt Google weder über genügend Marktmacht, um den Markt zu beherrschen, noch über eine einzigartige Technologie, die nicht von Konkurrenzunternehmen angeboten werden könnte⁵⁷⁴. Die Zusammenschlüsse sind mit den fusionskontrollrechtlichen Anforderungen vereinbar und kartellrechtlich unproblematisch.

Die Prognosen über die zukünftige Weiterentwicklung des Suchmaschinenmarkts lassen die Vermutung zu, dass konglomerate Zusammenschlüsse mit einer Beteiligung von Suchma-

⁵⁷² Kostenpflichtig ist z.B. eine professionelle Version von Google Earth (Google Earth Pro). Praktisch alle anderen Services und Tools von Google sind jedoch kostenlos.

⁵⁷³ Microsoft und Yahoo! bieten ebenfalls Video-Dienste an, die dem Angebot von Google in qualitativer Hinsicht in nichts nachstehen.

⁵⁷⁴ Siehe dazu die Marktanteile für Video-Portale in den USA im August 2008 unter „www.comscore.com“.

schinenbetreibern an Bedeutung gewinnen werden und sich die Suchmaschinenbetreiber immer weiter von ihrem Kerngeschäft entfernen, um in neue Märkte einzudringen. Neben negativen Auswirkungen auf den potenziellen Wettbewerb und dem Portfolioeffekt, der Gefahr von Koppelungsgeschäften und Marktmachtverlagerungen, muss beachtet werden, dass auch bei konglomeraten Zusammenschlüssen zwischen Suchmaschinen und Inhaltanbietern gewisse Berührungspunkte bestehen, die auf eine Annäherung der Märkte hinweisen⁵⁷⁵.

Zusätzlich zu den negativen strukturellen Auswirkungen konglomerater Zusammenschlüsse können auch künftige missbräuchliche Verhaltensweisen der beteiligten Unternehmen ein Verbot des Zusammenschlusses bewirken. Bei solchen „Prognoseentscheiden“ auf Internetmärkten ist Vorsicht geboten. Gerade auf Internetmärkten darf den Prognosen über zukünftige Verhaltensweisen nicht allzu grosser Wert beigemessen werden⁵⁷⁶. Die verhaltensbezogenen Auswirkungen von konglomeraten Zusammenschlüssen verlangen aufgrund der Dynamik der Märkte in erster Linie eine Kontrolle durch die Missbrauchsaufsicht⁵⁷⁷. Wegen des stark spekulativen Charakters von Prognosen besteht die Gefahr, künftige Missbrauchsmöglichkeiten falsch einzuschätzen. Zudem sollte die Freigabe eines konglomeraten Zusammenschlusses nicht zu einer laufenden Verhaltenskontrolle durch die Kartellbehörden führen. Aus diesen Gründen ist bei einem konglomeraten Zusammenschluss zwischen einem Suchmaschinenbetreiber und einem Inhalte-Anbieter der Missbrauchskontrolle prinzipiell eine stärkere Gewichtung beizumessen als der Fusionskontrolle⁵⁷⁸.

⁵⁷⁵ KÜHLING/GAUSS, Expansionslust von Google als Herausforderung für das Kartellrecht, S. 755.

⁵⁷⁶ ULRICH, S. 32 f.

⁵⁷⁷ ULRICH, S. 32 f.

⁵⁷⁸ KÜHLING/GAUSS, Expansionslust von Google als Herausforderung für das Kartellrecht, S. 756.

Lebenslauf

Ich wurde am 22. August 1980 in Zürich geboren, besuchte die Primarschule in Herrliberg (ZH) und von 1996 bis 2000 das Wirtschaftsgymnasium Hottingen in Zürich (Matura Typus E). Es folgte von 2000 bis 2006 das Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Zürich. Während meines Studiums verbrachte ich sowohl ein Austauschsemester an der Universität von Sevilla (Spanien) als auch ein Austauschsemester an der Universität von Rom (Italien). Seither bin ich als wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Andreas Heinemann für Handels-, Wirtschafts- und Europarecht tätig.