

RECHTSGUTACHTEN

GOOGLES ANKÜNDIGUNGEN EINER (IMPLIZITEN) AUSLISTUNG SOWIE
DER VERKÜRZTEN ANZEIGE DER INHALTE DER PRESSEVERLEGER ALS
MISSBRAUCH EINER MARKTBEHERRSCHENDEN STELLUNG

IM AUFTRAG DER

VG MEDIA PRESSEVERLEGER

GESELLSCHAFT ZUR VERWERTUNG DER URHEBER- UND
LEISTUNGSSCHUTZRECHTE VON MEDIENUNTERNEHMEN MBH

VON

UNIV.-PROF. DR. IUR. CHRISTIAN KOENIG LL.M. (LSE)

DIREKTOR AM ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE INTEGRATIONSFORSCHUNG UND MITGLIED DER
RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT BONN

UNTER MITARBEIT VON

DR. IUR. MATTI MEYER

WISSENSCHAFTLICHER REFERENT AM

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE INTEGRATIONSFORSCHUNG DER UNIVERSITÄT BONN

21. OKTOBER 2014

Gliederung

A. Executive Summary	1
B. Der Sachverhalt und die rechtsgutachterlich zu beantwortenden Fragen	5
C. Die rechtliche Begutachtung.....	9
I. Kann die (implizite) Auslistungsandrohung Googles gegenüber den Verlegern bzw. die Ankündigung der nur noch verkürzten Anzeige ihrer Inhalte als kartellrechtlich relevantes Verhalten im Rahmen der Missbrauchskontrolle zugrunde gelegt werden?	9
1. Denkbare Verhaltensweisen für eine Tatbestandsanknüpfung	9
2. Anknüpfung an vorgelagerte Verhaltensweisen im GWB.....	10
3. Gesteigerte Verhaltensanforderungen an Quasimonopolisten	12
4. Quasimonopolistische Stellung Googles	17
5. Marktmachtmissbrauch durch die Durchsetzung einer unentgeltlichen Lizenz unabhängig von der Annahme eines „margin squeeze“	19
6. Anknüpfung an vorgelagerte Verhaltensweisen bei Quasimonopolisten innerhalb der Missbrauchskontrolle.....	20
7. Ergebnis	22
II. Verstößt eine tatsächliche Auslistung bzw. die verkürzte Anzeige der Inhalte der Verleger zum 23. Oktober 2014 gegen das Diskriminierungsverbot der §§ 19, 20 GWB?	23
1. Normadressateneigenschaft	23
2. Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot.....	23
a) Unterschiedliche Behandlung	24
b) Gleichartige Unternehmen.....	26
c) Kein sachlich gerechtfertigter Grund.....	26
3. Ergebnis	28

A. Executive Summary

I.

Sowohl die (implizite) Auslistungsandrohung *Googles* gegenüber den Verlegern als auch die Androhung einer nur verkürzten Darstellung der Verlegerinhalte müssen als kartellrechtlich relevantes Verhalten im Rahmen der Missbrauchskontrolle nach den §§ 19, 20 GWB zugrunde gelegt werden. Begründet die Umsetzung des angedrohten Verhaltens den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, so muss dies auch bereits für die Androhung dieses Verhaltens selbst gelten, wenn auf die vorgelagerte Androhung kein nachgelagertes Marktverhalten des Marktbeherrschers mehr folgt. Könnte ein auf die Disziplinierung der Marktgegenseite ausgerichtetes Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens und das dadurch herbeigeführte Marktergebnis nur bei nachgelagerten Verhaltensweisen einer Prüfung zugeführt werden, so würde die Missbrauchskontrolle der §§ 19, 20 GWB an dieser Stelle ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt. Die (implizite) Auslistungsandrohung *Googles* sowie die Androhung einer gänzlichen Auslistung der Bilder auf der einen und einer nur verkürzten Darstellung der Verlegerinhalte auf der anderen Seite bilden die einzig anknüpfbaren Verhaltensweisen, da der *Disziplinierungseffekt* der Marktgegenseite bereits eingetreten ist. Die weit überwiegende Anzahl der Verleger hat *Google* bereits eine unentgeltliche Lizenz eingeräumt und damit auf die Geltendmachung ihrer Leistungsschutzrechte verzichtet.

II.

Die nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 102 AEUV aus der quasimonopolistischen Stellung folgende gesteigerte Verantwortung hat *Google* auch gegenüber den Verlegern. Die in einem Vertikalverhältnis zu *Google* stehenden Verleger erzeugen gegenüber *Google* kein, die Nachfragemacht dieses marktbeherrschenden Unternehmens nach Presseerzeugnissen ausgleichendes, Marktmachtgegengewicht. Der englische Begriff für die Preis-Kosten-Schere, nämlich „*margin squeeze*“, spiegelt genau den die Presseverleger schädigenden Effekt durch *Googles* Verhalten wider: vorliegend externalisiert *Google* die Erzeugungskosten für die journalistischen Beiträge (Recherche, journalistisch geschliffene Fertigung etc.) auf die Presseverleger, indem sich *Google* für die Nutzung der Presseerzeugnisse als Vorleistung eine „*Gratislizenz*“ einräumen lässt und die Presseerzeugnisse unentgeltlich

nutzt. Dann nimmt *Google* die gewinnbringenden positiven Effekte mit (sog. „Eyeballs“ und steigende Aufrufe der Google-Suchmaschine erhöhen den erzielbaren Werbeertragseffekt). Dabei ist es den Verlegern durch *Googles* missbräuchliches Verhalten nicht möglich, ein ihre Erzeugungskosten teilweise kompensierendes Lizenzentgelt für die Nutzung der Presseerzeugnisse durchzusetzen, obwohl § 87f Abs. 1 Satz 1 UrhG den Verlegern für diese Presseerzeugnisse ein ausschließliches Recht einräumt. Damit setzt *Google* als Quasimonopolist einseitig und entgegen dem Gesetzeszweck von § 87f Abs. 1 Satz 1 UrhG für die Verwertung der Presseerzeugnisse in der allgemeinen *Google*-Suche, d. h. in allen „Google Such- und Nachrichtendiensten“ und somit auch in *Google News*, einen für die Verleger überhaupt nicht auskömmlichen Margendeckungsbeitrag in Höhe von 0,00 Euro fest. Aufgrund dieses einseitig durchgesetzten Margendeckungsbeitrages von Null verweigert sich *Google* also dem von § 87f Abs. 1 Satz 1 UrhG bezweckten Verhandlungsanliegen der Verleger, dass die Erzeugungskosten für die journalistischen Beiträge in Bezug auf die für *Google* gewinnbringenden positiven Werbeertragseffekte zumindest teilweise angemessen kompensiert werden. Damit wird der erzielbare Margendeckungsbeitrag in Anlehnung an den englischsprachigen Terminus „margin squeeze“ durch die alleine auf Verlegerseite verbleibenden Kosten „zusammengedrückt“ bzw. „gequetscht“ (im Englischen: „to squeeze“).

III.

Kann *Google* aufgrund ihrer beträchtlichen Marktmacht die im Rahmen der – der Verwertung von Presseerzeugnissen vorgelagerten – Wertschöpfung (Herstellung der Presseerzeugnisse) anfallenden Kosten einseitig und entgegen dem Gesetzeszweck von § 87f Abs. 1 Satz 1 UrhG vollständig zu Lasten der Verleger externalisieren, so ist *Google* darüber hinaus in der Lage, diese Kostenexternalisierung – einer „klassischen“ Preis-Kosten-Schere entsprechend – gegenüber alternativen Suchmaschinenbetreibern wie *Qwant* wettbewerbswidrig zu nutzen. Denn sobald alternative Suchmaschinenbetreiber die vom Gesetzgeber vorgesehene angemessene Vergütung für die Verwertung der Presseerzeugnisse zahlen, müssen diese Unternehmen die hierdurch entstehenden Kostenpositionen – z. B. im Rahmen einer (geringeren) Rabattgewährung für Werbekunden – berücksichtigen. Demgegenüber könnte *Google* diese Kostenpositionen in ihrer Preisbildung weiterhin unberücksichtigt lassen. Im Zuge dessen wäre es *Google* z. B. möglich, Werbekunden vergleichsweise höhere Rabatte einzuräumen. Bei einer solchen Rabattpolitik *Googles* würden alternative Suchmaschinenbetreiber langfristig aus den nachgelagerten, für Werbekunden relevanten Suchmaschinenmärkten verdrängt. Die vorlie-

gende Konstellation geht sogar über ein klassisches Preis-Kosten-Scheren Szenario hinaus: In einem klassischen Preis-Kosten-Scheren Szenario ist die Kostenexternalisierung einer nachgelagerten Unternehmenseinheit üblicherweise das Ergebnis einer konzerninternen Quersubventionierung. Somit verbleibt der entstehende Kostennachteil im Konzern. Demgegenüber entledigt sich *Google* vorliegend sogar des für die Preis-Kosten-Schere üblichen quersubventionsbedingten Kostennachteils im Konzern und lagert diesen auf konzernfremde Drittunternehmen (die Verleger) aus. Wenn in klassischen Preis-Kosten-Scheren Szenarien trotz des in einem Konzern verbleibenden Kostennachteils die Missbräuchlichkeit eines Marktverhaltens bereits angenommen wird, so muss dies *a fortiori* in Fällen gelten, in denen es dem marktbeherrschenden Unternehmen sogar gelingt, diesen Kostennachteil auf konzernfremde Drittunternehmen abzuwälzen.

IV.

Unabhängig von der Annahme eines „margin squeeze“ erfüllt die Durchsetzung einer unentgeltlichen Lizenz seitens *Googles* auch die Missbrauchsvoraussetzungen des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB. Nach dieser Vorschrift dürfen marktbeherrschende Anbieter oder Nachfrager keine unangemessenen Einkaufspreise erzwingen, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden. Eine Lizenzgebühr in Höhe von 0,00 Euro leistet – entgegen dem Gesetzeszweck von § 87f Abs. 1 Satz 1 UrhG – überhaupt keinen – in Bezug auf die für *Google* gewinnbringenden positiven Werbeertragseffekte – zumindest teilweise angemessenen Margendeckungsbeitrag für die Gestehungskosten der journalistischen Beiträge. *Googles* Totalverweigerung eines angemessenen Margendeckungsbeitrags in Form einer verhandelten Lizenzgebühr steht in keinem angemessenen Verhältnis zum Wert der Presseerzeugnisse der Verleger, insbesondere nicht im Hinblick auf die für *Google* gewinnbringenden positiven Werbeertragseffekte, und ist somit missbräuchlich im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB.

V.

Sowohl mit einer tatsächlichen Auslistung als auch mit der zum 23. Oktober 2014 angekündigten Verfahrensweise, keine Presseerzeugnisse der von der *VG Media* vertretenen Verleger mehr in *Google News* und der allgemeinen Google-Suche anzuzeigen, verstößt *Google* gegen das Diskriminierungsverbot der §§ 19, 20 GWB. Da die Verbraucher vorrangig diejenigen Webseiten aufsuchen, deren Verlegerinhalte in *Google News* und der allgemeinen Google-Suche mit attraktiven Presseerzeugnissen vertreten sind, setzt *Google* zum 23. Oktober 2014 eine Substitution der online zugänglichen Presseerzeugnisse der Verleger der *VG Media* durch die Erzeugnisse derjenigen Verleger in Gang, die gegenüber *Google* auf die Geltendmachung ihres Leistungsschutzrechtes entgegen dem Gesetzeszweck von § 87f Abs. 1 Satz 1 UrhG verzichtet haben. Die von der *VG Media* vertretenen Verleger werden, sofern sie der angekündigten Ungleichbehandlung dauerhaft ausgesetzt sind, langfristig Marktanteile zu Lasten ihrer Wettbewerber auf dem Markt für die Nutzung von Presseerzeugnissen in Suchmaschinen verlieren.

Aus der kartellrechtlichen Pflicht *Googles* zur Gleichbehandlung der Verleger folgt jedoch nicht, dass *Google* mit den von der *VG Media* vertretenen Verlegern zwangsweise Lizenzverträge abschließen muss. Denn die Anwendung des Diskriminierungsverbotes nach §§ 19, 20 GWB darf im Ergebnis nicht zu einer Zwangslizenz führen, die der Gesetzgeber gerade nicht eingeführt hat. Den Vorgaben des Diskriminierungsverbotes könnte *Google* schon dadurch entsprechen, dass auch die Verlegerinhalte derjenigen Verleger, die gegenüber *Google* auf die Geltendmachung ihres Leistungsschutzrechtes verzichtet haben, gleich der gegenüber den von der *VG Media* vertretenen Verlegern angewandten Verfahrensweise, nur verlinkt und mit Überschriften angezeigt werden.

B. Der Sachverhalt und die rechtsgutachterlich zu beantwortenden Fragen

Am 1. August 2013 trat das Achte Gesetz zur Änderung des Urheberrechts in Kraft.¹ Im Zuge dessen wurde das Urhebergesetz um ein Leistungsschutzrecht für Presseverleger ergänzt. Herstellern von Presseerzeugnissen² wird in § 87f Abs. 1 Satz 1 UrhG nunmehr das ausschließliche Recht eingeräumt, das Presseerzeugnis oder Teile davon zu gewerblichen Zwecken öffentlich zugänglich zu machen. Die *VG Media* ist eine von zwölf in Deutschland existierenden Verwertungsgesellschaften. Sie nimmt u. a. die Rechte der Verleger aus § 87f Abs. 1 UrhG wahr. Neben sog. News-Aggregatoren (Alt. 2) richtet sich dieses Recht gemäß § 87g Abs. 4 Satz 1 UrhG gegen gewerbliche Anbieter von Suchmaschinen.

Der bekannteste Suchmaschinenbetreiber ist das Unternehmen *Google Inc.* – dessen Niederlassung in Deutschland die *Google Germany GmbH* ist – (im Folgenden: „*Google*“). *Google* bietet seinen Nutzern verschiedene miteinander verknüpfte und vernetzte Suchfunktionen sowie weitere Funktionen und Oberflächen an. Die konkreten Details der genauen Wirkungsweise ihrer Suchmaschine, die dieser zugrundeliegenden Algorithmen sowie die zwischen der Suchmaschine und anderen Oberflächen existierenden Verknüpfungen hält *Google* geheim. Die Oberflächen *Google Web*, *Google News*, *Google NewsOne Box* und *Google News Magazin* verwerten Textauszüge aus den verlegerischen Erzeugnissen.

Mit Schreiben vom 28. Mai 2014 beantragte eine Gruppe von Verlegern sowie deren Verwertungsgesellschaft beim Bundeskartellamt die Einleitung eines Missbrauchsverfahrens gegen *Google*. Die Beschwerdeführer sind der Ansicht, *Google* verstoße gegen die §§ 19, 20 GWB, indem dieses Unternehmen mit seiner Marktmacht die Verleger dazu zwingt, auf eine angemessene Vergütung zu verzichten. Diesen Antrag stützen die Verleger im Wesentlichen auf folgenden Sachvortrag:

Mit Inkrafttreten des Leistungsschutzrechtes der Verleger verlangte *Google* von diesen die Einwilligung in eine kostenlose Verwertung ihrer Presseerzeugnisse durch die verschiedenen *Google* Oberflächen, insbesondere auch durch *Google News* (sog.: „Opt-In-Erklärung“). Für

¹ BGBl. Jahrgang 2013, Teil I Nr. 23, S. 1161.

² Nach der Legaldefinition des § 87f Abs. 2 UrhG ist ein „Presseerzeugnis“ die redaktionell-technische Festlegung journalistischer Beiträge im Rahmen einer unter einem Titel auf beliebigen Trägern periodisch veröffentlichten Sammlung, die bei Würdigung der Gesamtumstände als überwiegend verlagstypisch anzusehen ist und die nicht überwiegend der Eigenwerbung dient. Presseerzeugnisse sind in § 87f Abs. 1 UrhG von „kleinsten Textausschnitten“ abzugrenzen.

den Fall der Nichterteilung dieser unentgeltlichen Lizenz drohte *Google* (implizit) mit einer „Auslistung“. Das konkrete Ausmaß der mit einer Auslistung einhergehenden Nachteile legt *Google* indes nicht offen. Aus der Perspektive der Verleger erscheint die (implizite) Auslistungsandrohung hinsichtlich der möglichen negativen Folgen für die Verlegerseite intransparent. Die Beschwerdeführer gehen davon aus, dass sich eine nicht unterzeichnete Opt-In Erklärung massiv in allen Bestandteilen der Google-Suchmaschine auswirkt. Insbesondere gehen die Verleger davon aus, dass sich ein fehlender Opt-In negativ auf die Positionierung ihrer Angebote innerhalb der Google-Suchfunktionen auswirkt. Die Anzeige der Presseergebnisse und insbesondere deren Positionierung in den einzelnen Google-Suchfunktionen sind für die Verleger von großer wirtschaftlicher Bedeutung. Denn nach Angaben der Beschwerdeführer gelangen in einzelnen Fällen bis zu über 80 % und durchschnittlich ca. 42 % der Besucher über die Suchergebnislisten der Google-Suchmaschine auf die Webseiten der Verleger. Aus diesem Grund wirkt die (implizite) Auslistungsandrohung bereits so imperativ, dass nahezu alle Verleger die Opt-In Erklärung unterzeichnet haben. Vorgelagert hat sich das Drohszenario darüber hinaus weiterhin bereits dahingehend materialisiert, dass viele Verleger gar nicht erst der *VG Media* ihre Rechte zur Durchsetzung eingeräumt haben.

Auf die Beschwerde vom 28. Mai 2014 teilte das Bundeskartellamt mit Schreiben vom 11. August 2014 mit, dass es auf der Grundlage des Vortrages der Beschwerdeführer kein Verfahren gegen *Google* eröffnen wird. Hierzu behauptet das Bundeskartellamt, dass die in der Beschwerde vorgetragene „Anknüpfungspunkte für ein eventuell kartellrechtswidriges Verhalten wechseln“. Des Weiteren beruhten diese teilweise nur auf Mutmaßungen über *Googles* Verhalten und die Zusammenhänge zwischen den einzelnen Elementen der Google-Dienste. Zudem ist das Bundeskartellamt der Ansicht, dass für die Eröffnung eines Verwaltungsverfahrens erforderliche *öffentliche Interesse* bestünde gegenwärtig nicht. Hierzu behauptet das Bundeskartellamt, die Beschwerdeführer haben keinen hinreichenden Versuch unternommen, ihre Vorwürfe und Annahmen durch einen direkten Kontakt mit *Google* aufzuklären. Insbesondere habe die *VG Media* mit Schreiben vom 22. Mai 2014 *Google* lediglich dazu aufgefordert, für den Abschluss von Lizenzverträgen in Berlin zu erscheinen. Hierzu habe die *VG Media* verschiedene Termine genannt. Ohne die Antwort *Googles* abzuwarten, die am 3. Juni 2014 sowie am 18. Juni 2014 erfolgte, sei die Beschwerde bereits 6 Tage später beim Bundeskartellamt eingereicht worden. Das Bundeskartellamt vertritt die Auffassung, die Tatsache, dass *Google* für die Listung von Suchergebnissen in den Google-Diensten grundsätzlich kein Entgelt bezahlen will, begründe als solche keinen *hinreichenden Anfangsverdacht*

für einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Eine kartellrechtliche Verpflichtung zum entgeltlichen Erwerb von Leistungsschutzrechten sei aus Sicht des Amtes nicht anzunehmen. Ferner sei das Beschwerdeziel im Ergebnis unklar. Eine Verfahrenseinleitung von Amts wegen – losgelöst von der eingereichten Beschwerde – behält sich das Bundeskartellamt ausdrücklich vor. Dabei sieht das Amt einen möglichen missbräuchlichen Bezugspunkt offenbar erst in der tatsächlichen Auslistung von Verlegern durch *Google* als Reaktion auf die konkrete Geltendmachung der Leistungsschutzrechte des § 87f Abs. 1 UrhG.

Am 1. Oktober 2014 kündigte *Philipp Justus*, Managing Director von *Google Germany*, im offiziellen „Google Produkt-Blog“ an, dass ab dem 9. Oktober 2014 keine Presseerzeugnisse der von der *VG Media* vertretenen Verleger mehr in *Google News* und der allgemeinen *Google*-Suche angezeigt werden.³ Stattdessen werden diese Presseerzeugnisse nur noch mit der Überschrift angezeigt und verlinkt. Demgegenüber werden die Presseerzeugnisse derjenigen Verleger, die eine Geltendmachung ihrer Rechte gegenüber *Google* nicht wagen, weiterhin angezeigt. Auf Bitten der in der *VG Media* organisierten Verleger gewährte *Google* einen Aufschub bis zum 23. Oktober 2014.⁴ Die verkürzte Darstellung der Presseinhalte in *Google News* und der allgemeinen *Google*-Suche kündigte *Google* gegenüber den in der *VG Media* organisierten Verlegern bereits mit Schreiben vom 30. September 2014 an und forderte diese – sollten sie eine Anzeige ihrer Texte und Thumbnails weiterhin wünschen – gleichzeitig zur Abgabe einer unmissverständlichen, schriftlichen Erklärung gegenüber *Google* auf. Diese Erklärung soll die folgenden Punkte beinhalten:

- die Zustimmung zur Darstellung der Verlegerinhalte als Presseerzeugnisse und Thumbnails in den *Google*-Produkten
- die Zustimmung, dass weder die *VG Media* noch die Verleger selbst eine Vergütung für eine solche Darstellung beanspruchen und
- die Bestätigungserklärung, dass die Verleger berechtigt sind, eine Einwilligungserklärung bezüglich der vorangegangenen Punkte zu erteilen.

Die von der *VG Media* vertretenen Verleger gehen davon aus, dass eine unterschiedliche Darstellung der Presseerzeugnisse in *Google News* und der allgemeinen *Google*-Suche dazu füh-

³ Der Blogeintrag vom 1. Oktober 2014 ist abrufbar im Internet unter: <http://google-produkte.blogspot.de/2014/10/news-zu-news-bei-google.html>.

⁴ Vgl. <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Leistungsschutzrecht-Google-gewaehrt-Verlagen-Aufschub-2414723.html>.

ren wird, dass die Besucherzahlen der Webseiten der von der *VG Media* vertretenen Verleger, die über die Suchergebnislisten der Google-Suchmaschine erzielt werden, zunächst um den Anteil abnehmen, der über *Google* zugeführt wird. Diese Ankündigung veranlasste weitere Verleger dazu, auf die Geltendmachung ihrer Leistungsschutzrechte aus § 87 Abs. 1 UrhG gegenüber *Google* zu verzichten.

Dieses Rechtsgutachten wird angesichts des dargestellten Sachverhaltes die folgenden Rechtsfragen beantworten:

I. Kann die (implizite) Auslistungsandrohung Googles gegenüber den Verlegern bzw. die Ankündigung der nur noch verkürzten Anzeige ihrer Inhalte als kartellrechtlich relevantes Verhalten im Rahmen der Missbrauchskontrolle zugrunde gelegt werden?

II. Verstößt eine tatsächliche Auslistung bzw. die verkürzte Anzeige der Inhalte der Verleger zum 23. Oktober 2014 gegen das Diskriminierungsverbot der §§ 19, 20 GWB?

C. Die rechtliche Begutachtung

I. Kann die (implizite) Auslistungsandrohung Googles gegenüber den Verlegern bzw. die Ankündigung der nur noch verkürzten Anzeige ihrer Inhalte als kartellrechtlich relevantes Verhalten im Rahmen der Missbrauchskontrolle zugrunde gelegt werden?

1. Denkbare Verhaltensweisen für eine Tatbestandsanknüpfung

Ein Markt ist kein statisches Gebilde, sondern befindet sich in ständiger Bewegung. Auf diesem können Unternehmen auf unterschiedliche Art und Weise agieren. Ein Marktverhalten findet seinen Ausdruck z. B. in der Festlegung von Entgelten für bestimmte Produkte oder sonstiger Geschäftsbedingungen. Diese Verhaltensweisen wirken nicht nur sichtbar auf die Marktgegenseite ein, sondern bilden zugleich einen tauglichen Anknüpfungspunkt im Rahmen der Missbrauchskontrolle nach den §§ 19, 20 GWB. So können Preise nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB auf das Vorliegen missbräuchlicher Kampfpreise überprüft werden.⁵ Ferner bietet § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB den Anknüpfungspunkt für die Preishöhenkontrolle.⁶ Ebenso werden nach § 19 GWB auch nicht unmittelbar preisbezogene Maßnahmen, wie z. B. die Fälle der missbräuchlichen Liefer- oder Zugangsverweigerung, erfasst.⁷

Bevor sich ein Marktverhalten jedoch in den dargestellten Verhaltensweisen manifestiert, kann es bereits im Vorfeld zu Interaktionen zwischen den Marktakteuren kommen. Insbesondere in Vertikalverhältnissen (z. B. in bestehenden Lieferverhältnissen) werden Handelsbeziehungen von Kommunikationsprozessen begleitet. Diese Kommunikationsprozesse können in Einzelfällen dazu genutzt werden, dass Unternehmen ihren Interessen durch *Druckausübung* oder *Drohungen* Geltung verschaffen wollen.

Beispiel: *Ein Lieferant fordert seine Abnehmer auf, einer unverbindlichen Preisempfehlung (UVP) Folge zu leisten und kündigt für den Fall der Zuwiderhandlung Sanktionen an (z. B. die Einstellung der Belieferung).*

⁵ Zu den Maßstäben, die im Rahmen der Prüfung von Kampfpreisen angelegt werden, vgl. zum deutschen Recht *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 2007, § 19, Rn. 122 ff. und zum europäischen Recht *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 2014, Bd. 2, Art. 102, Rn. 304 ff.

⁶ Siehe hierzu *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 2007, § 19, Rn. 154 ff.

⁷ Siehe zur Lieferverweigerung im deutschen Recht *Kling/Thomas*, Kartellrecht, S. 674 ff. und vgl. zur Rechtsfigur der „Essential Facilities Doctrine“ *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 2007, § 19, Rn. 186.

Drohungen und *Druckausübung* sind einem manifestierten Marktverhalten (z. B. Einstellung der Belieferung) zeitlich vorgelagert. Für den Fall, dass sich die Marktgegenseite diesen zeitlich vorgelagerten Handlungen beugt, wird die Umsetzung des angedrohten Verhaltens obsolet. Denn dann ist der beabsichtigte *Disziplinierungseffekt* bereits eingetreten.

Eine solche Konstellation beinhaltet der vorliegend zu begutachtende Fall. Denn die (implizite) Auslistungsandrohung *Googles* wirkte bereits so imperativ, dass nahezu alle Verleger die Opt-In Erklärung unterzeichnet bzw. viele Verleger sogar davon abgesehen haben, der *VG Media* ihre Rechte zur Durchsetzung einzuräumen. Auf die der Androhung *Googles* zeitlich nachfolgende Auslistung haben es diese Verleger gar nicht mehr ankommen lassen. Der Droheffekt hat sich vielmehr bereits im willfährigen Verzicht der Verleger auf die Geltendmachung des Leistungsschutzrechtes des § 87f Abs. 1 Satz 1 UrhG manifestiert.

Eine weitere Drohung enthält das Schreiben *Googles* vom 30. September 2014 gegenüber den in der *VG Media* organisierten Verlegern. In diesem hat *Google* angekündigt, ab dem 9. Oktober 2014 keine Bilder und nur sehr kurze Texte der von der *VG Media* vertretenen Verleger mehr in den Such- und Nachrichtendiensten, d. h. sowohl in *Google News* als auch in der allgemeinen Google-Suche, anzuzeigen. Demgegenüber werden die Verlegerinhalte derjenigen Verleger, die auf die Geltendmachung ihres Leistungsschutzrechtes aus § 87f Abs. 1 Satz 1 UrhG gegenüber *Google* verzichtet haben, weiterhin unverändert in vollständigem Umfang als Presseerzeugnis angezeigt. Auf Bitten der in der *VG Media* organisierten Verleger gewährte *Google* einen Aufschub bis zum 23. Oktober 2014. Auch diesbezüglich steht zu befürchten, dass sich der beabsichtigte *Disziplinierungseffekt* bereits aufgrund der bloßen Drohung *Googles* einstellen wird.

Gerade in Fällen der vorliegenden Art, in denen es der Umsetzung des angedrohten Verhaltens gar nicht mehr bedarf, stellt sich die Frage, ob die Instrumente der Missbrauchskontrolle der §§ 19, 20 GWB auch an diese vorgelagerten Verhaltensweisen anknüpfen müssen.

2. Anknüpfung an vorgelagerte Verhaltensweisen im GWB

Dem deutschen Kartellrecht ist das Abstellen auf vorgelagerte Verhaltensweisen bekannt. So lässt § 1 GWB im Rahmen der rechtlichen Beurteilung einer Vereinbarung zwischen Unternehmen eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung als kartellrechtswidrigen Anknüpfungs-

punkt ausreichen. Demnach kann bereits die reine *Aufforderung* zu einem kartellrechtswidrigen Verhalten tatbestandsmäßig sein.⁸ Auf deren tatsächliche Umsetzung im Markt kommt es dann nicht mehr an. Daneben spielen im Rahmen der Abgrenzung zwischen zulässiger Preisempfehlung und unzulässiger Preisbindung vorgelagerte Verhaltensweisen eine tragende Rolle. So sind nach Art. 4 lit. a) der Vertikal-GVO⁹, der über § 2 Abs. 2 GWB im deutschen Kartellrecht Anwendung findet, die Ausübung von *Druck* oder die *Gewährung von Anreizen* unzulässig. Gerade in diesem Zusammenhang hat das Bundeskartellamt im Beschluss „*CIBA Vision*“ (Az. B3-123/08) die besondere Bedeutung vorgelagerter Kontaktaufnahmen deutlich herausgestellt: „*Jede Kontaktaufnahme, die über die reine Übermittlung von UVP hinausgeht (...) ist (...) als Druckausübung (...) zu werten.*“¹⁰

Des Weiteren dürfen nach dem Boykottverbot des § 21 Abs. 1 GWB Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen ein anderes Unternehmen nicht in der Absicht, „*bestimmte Unternehmen unbillig zu beeinträchtigen, zu Liefersperren oder Bezugssperren auffordern.*“ Es ist nicht erforderlich, dass der Adressat tatsächlich das veranlasste wettbewerbswidrige Verhalten nachgelagert ausführt.¹¹ Denn der Tatbestand des § 21 Abs. 1 GWB knüpft bereits an die vorgelagerte *Aufforderung* zu Liefer- und Bezugssperren an.

Das „Verbot sonstigen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens“ des § 21 Abs. 2 GWB ist in zweifacher Hinsicht sogar noch weiter gefasst als das Boykottverbot des § 21 Abs. 1 GWB. Nach dieser Norm dürfen „*Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen anderen Unternehmen keine Nachteile androhen (...), um sie zu einem Verhalten zu veranlassen, das (...) nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf (...).*“ Diese Bestimmung erfasst neben Liefer- und Bezugssperren alle Verhaltensweisen, die nach dem GWB und den Art. 101, 102 AEUV nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden dürfen. Indem im Tatbestand des § 21 Abs. 2 GWB auf das bloße *Androhen* abgestellt wird, knüpft diese Norm sogar an Verhaltensweisen an, die selbst einem Boykottaufruf im Sinne des § 21 Abs. 1 GWB vorgelagert sind. Denn nach § 21 Abs. 2 GWB ist das bloße Androhen des Boykottaufrufes, das der Ausführung einer Liefer- bzw. Bezugssperre selbst schon vorgelagert ist, bereits tatbestandsmäßig. Zugleich bedeutet dies, dass auch das

⁸ BGH, Beschl. v. 14.08.2008, Az. KVR 54/07, Tz. 28 – *Lottoblock*.

⁹ Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, Amtsblatt Nr. L 102 v. 23.04.2010, S. 1–7.

¹⁰ BKartA, Beschl. v. 25.09.2009, Az. 123/08, Tz. 44 – *CIBA Vision*.

¹¹ BGH 01.12.1966, Az. KRB 1/66 = WuW/E BGH 858, 862 – *Konkurrenzfiliale*.

vorliegend in Rede stehende Verhalten des *Androhens* dem GWB als unzulässige vorgelagerte Verhaltensweise bekannt ist.

Eine Subsumtion zeitlich vorgelagerter Verhaltensweisen (Druckausübung, Drohung) unter die §§ 19, 20 GWB erscheint im Lichte dieser systematischen Erwägungen nicht nur möglich, vielmehr insbesondere im Falle der Tatbestandsmäßigkeit nach § 21 Abs. 2 GWB gerade geboten. Der offene Wortlaut des § 19 Abs. 1 GWB „*missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung*“, auf den § 20 Abs. 1, Abs. 2 GWB Bezug nimmt, steht diesen systematischen Erwägungen nicht entgegen.

3. Gesteigerte Verhaltensanforderungen an Quasimonopolisten

Der Möglichkeit einer Anknüpfung an vorgelagerte Verhaltensweisen im Rahmen der Missbrauchskontrolle stehen grundrechtlich verankerte Interessen des marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber (Art. 12 GG, Art. 2 Abs. 1 GG). Je früher eine Wettbewerbsbehörde interveniert, desto eingriffintensiver ist dies für das marktbeherrschende Unternehmen. Am deutlichsten lässt sich dies am Beispiel der sektorspezifischen Regulierung in den Netzindustrien (Telekommunikation, Energie, Post und Eisenbahn) aufzeigen. In diesen Sektoren reicht die Kompetenz der Bundesnetzagentur sogar so weit, dass einem Incumbent ein Marktverhalten erst dann möglich wird, wenn dieses vorab genehmigt worden ist (Ex-ante Regulierung). Verglichen mit dieser weiten Eingriffsbefugnis wäre eine Anknüpfung an ein vorgelagertes Verhalten im Rahmen der Missbrauchskontrolle eine eingriffsschwächere Exekutivmaßnahme. Allerdings zielt das sektorspezifische Regulierungsrecht auch bereits auf die *Förderung* eines funktionsfähigen Wettbewerbs ab (vgl. § 1 TKG, § 1 PostG), während das allgemeine Wettbewerbsrecht selbsttragende Wettbewerbsstrukturen voraussetzt. Dennoch hat sich in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur europäischen Missbrauchskontrolle (Art. 102 AEUV), deren Maßstäbe den §§ 19, 20 GWB als Mindestmaß zugrunde zu legen sind, eine klare Vorgabe dahingehend verdichtet, dass Unternehmen in marktbeherrschender Stellung eine *gesteigerte Verantwortung* für den bestehenden Restwettbewerb auf diesen Märkten zukommt.¹² In seinem Urteil „*Post Danmark*“ vom 27.03.2012 (Rs. C-209/10) führt der Europäische Gerichtshof aus, dass dies in besonderem Maße für ein Unternehmen mit einer Monopolstellung gilt, das „*eine besondere Verantwortung dafür [trägt], dass es durch*

¹² EuGH, Ur. v. 02.04.2009, Rs. C-202/07 P, Rn. 105 – *France Télécom/Kommission*.

*sein Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigt“.*¹³

Besonders zielt die vom Europäischen Gerichtshof judizierte gesteigerte Verantwortung eines beherrschenden Unternehmens darauf, Nachteilen der Verbraucher entgegen zu wirken,¹⁴ die etwa dadurch eintreten, dass die Erzeugnisse schwächerer Marktteilnehmer vom Markt verschwinden – ein Gesichtspunkt, der insbesondere bei journalistisch aufwendig hergestellten Presseerzeugnissen relevant wird. Die gesteigerte Verantwortung hat das marktbeherrschende Unternehmen primär gegenüber seinen horizontalen Wettbewerbern. Im vorliegenden Fall des Marktbeherrschers *Google* sind dies alternative Suchmaschinenbetreiber. Die aus der gesteigerten Verantwortung des marktbeherrschenden Unternehmens folgenden Verhaltensmaßstäbe gelten darüber hinaus auch in Vertikalverhältnissen, wenn der Marktgegenseite kein, die quasimonopolistische Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens ausgleichendes, Marktmachtgegengewicht zufällt.

Aus dieser *gesteigerten Verantwortung* folgt in ausgeprägten Marktmachtkonstellationen die Verpflichtung der Monopolisten und Quasimonopolisten zur Einhaltung *besonderer Verhaltensweisen* zum Schutz der schwächeren Marktteilnehmer. In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hat dies insbesondere in Fällen der Preis-Kosten-Schere eine Rolle gespielt, in denen die Wettbewerber von den Vorleistungen des Marktbeherrschers abhängig sind. Die Preis-Kosten-Schere steht für einen Sachverhalt, bei dem ein Unternehmen nach Abzug seiner Erträge den Aufwand für das entsprechende Produkt nicht decken kann.¹⁵ Das Szenario der Preis-Kosten-Schere bilden vertikal integrierte Märkte. Die Missbräuchlichkeit der Preis-Kosten-Schere wird durch den Nachweis belegt, dass die nachgeordnete Sparte eines marktbeherrschenden, vertikal integrierten, Unternehmens selbst nicht wirtschaftlich im Endkundenmarkt arbeiten könnte, sofern der den Wettbewerbern für die Nutzung der vorgelegerten Einrichtungen berechnete Vorleistungspreis als Kostenposition mitberücksichtigt würde.¹⁶ In der Praxis wird die Preis-Kosten-Schere regelmäßig dadurch realisiert, dass die von Wettbewerbern an das marktbeherrschende Unternehmen zu entrichtenden Vorleistungsentgelte im Rahmen eines „konzerninternen Transfers“ dieser Vorleistung nicht berücksichtigt werden. Ein nachgelagert im Wettbewerb stehendes Tochterunternehmen des marktbeherr-

¹³ EuGH, Urt. v. 27.03.2012, Rs. C-209/10, Rn. 23 – *Post Danmark*.

¹⁴ EuGH, Urt. v. 27.03.2012, Rs. C-209/10, Rn. 24 – *Post Danmark*.

¹⁵ *Henk-Merten*, Die Kosten-Preis-Schere im Kartellrecht, S. 1.

¹⁶ So auch *Klotz*, MMR 2008, 650.

schenden Unternehmens erlangt durch eine solche „Kostenexternalisierung“ zu Lasten einer konzernintern vorgelagerten Unternehmenseinheit gegenüber seinen horizontalen Wettbewerbern einen wettbewerbswidrigen Vorteil.

Die Nichtbeachtung der gesteigerten Verpflichtung ist als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu bewerten. So stellte der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache „*Deutsche Telekom*“ vom 14.10.2010 (Rs. C-280/08 P) das Vorliegen einer missbräuchlichen Preis-Kosten-Schere fest, obwohl die Vorleistungs- und Endkundenentgelte sogar jeweils ex ante von der damaligen Regulierungsbehörde (RegTP) genehmigt worden sind. Allerdings hatte die *Deutsche Telekom* ihren bestehenden *Handlungsspielraum* zur Änderung ihrer Endkundenentgelte für Endkundenzugangsdienste nicht ausgeschöpft, insbesondere bei der RegTP nicht die Genehmigung für die Änderung dieser Entgelte beantragt, um eine Preis-Kosten-Schere zulasten marktschwächerer Wettbewerber zu vermeiden.¹⁷ Der Beantragung höherer Endkundenentgelte für Endkundenzugangsdienste hätte es nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs in Anbetracht der Monopolstellung der *Deutschen Telekom* jedoch bedurft.¹⁸ Dieses Beispiel zeigt deutlich: Je unangreifbarer und ausgereifter die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens, desto größer ist auch die daraus folgende Verantwortung dieses Unternehmens für den beherrschten Markt. Diesen Grundsatz hat der Europäische Gerichtshof auch in seiner weiteren Entscheidungspraxis zur Preis-Kosten-Schere bestätigt. Prominenteste Entscheidungen aus jüngster Zeit sind die Rechtssache „*TeliaSonera*“ vom 17.02.2011 (Rs. C-52/09) und die Rechtssache „*Telefónica*“ vom 14.07.2014 (Rs. C-295/12 P).

Zwar entspricht das vorliegende Szenario bezogen auf die Presseverleger nicht exakt dem Leitbild der Preis-Kosten-Schere. Die in den Fällen der Preis-Kosten-Schere entwickelten Grundsätze, wonach Quasimonopolisten gesteigerte Verhaltensanforderungen zu beachten haben, sind auf den vorliegenden Fall aber übertragbar. Zwar stehen die Verleger und *Google* – anders als bei einer klassischen Preis-Kosten-Schere – in keinem nachgelagerten horizontalen Wettbewerbsverhältnis zueinander, auf dem diese einer Verdrängungspreispolitik durch *Google* ausgesetzt werden können. Die aus der quasimonopolistischen Stellung folgende gesteigerte Verantwortung hat *Google* allerdings auch gegenüber den Verlegern. Die Online-Verbreitung der Presseerzeugnisse der Verleger erfolgt zum einen weit überwiegend über die Google-Suchmaschine. Zum anderen kann *Google* erst durch den Rückgriff auf Leistungen

¹⁷ EuGH, Urt. v. 14.10.2010, Rs. C-280/08 P, Rn. 85, 125 – *Deutsche Telekom*.

¹⁸ EuGH, Urt. v. 14.10.2010, Rs. C-280/08 P, Rn. 183 – *Deutsche Telekom*.

der Verleger (Presseerzeugnisse) einen Leistungsinhalt wie Google-News anbieten. In dieser Konstellation stehen *Google* und die Verleger in einem Vertikalverhältnis zueinander. Die Verleger erzeugen gegenüber *Google* kein, die Nachfragemacht dieses marktbeherrschenden Unternehmens nach Presseerzeugnissen ausgleichendes, Marktmachtgegengewicht. Der englische Begriff für die Preis-Kosten-Schere, nämlich „*margin squeeze*“, spiegelt genau den die Presseverleger schädigenden Effekt durch *Googles* Verhalten wider. Der englische Begriff verdeutlicht den vorliegend zu Tage tretenden Effekt, dass eine aus der Produktvermarktung erzielbare Marge nicht ausreicht, die im Zuge der Herstellung des Produktes anfallenden Erzeugungskosten zu amortisieren. Vorliegend externalisiert *Google* die Erzeugungskosten für die journalistischen Beiträge (Recherche, journalistisch geschliffene Fertigung etc.) auf die Presseverleger, indem sich *Google* für die Nutzung der Presseerzeugnisse als Vorleistung eine „*Gratislizenz*“ einräumen lässt und die Presseerzeugnisse unentgeltlich nutzt. Dann nimmt *Google* die gewinnbringenden positiven Effekte mit (sog. „*Eyeballs*“ und steigende Aufrufe der Google-Suchmaschine erhöhen den erzielbaren Werbeertragseffekt). Dabei ist *Google* nicht bereit, die Presseverleger angemessen für die Überlassung der – gerade die „*Eyeballs*“ anziehenden – Presseinhalte zu vergüten, um die Erzeugungskosten für die journalistischen Beiträge in Bezug auf die für *Google* gewinnbringenden positiven Werbeertragseffekte zumindest teilweise zu kompensieren. Es ist den Verlegern durch *Googles* Verhalten nicht möglich, ein ihre Erzeugungskosten teilweise kompensierendes Lizenzentgelt für die Nutzung der Presseerzeugnisse durchzusetzen, obwohl § 87f Abs. 1 Satz 1 UrhG den Verlegern für diese Presseerzeugnisse ein ausschließliches Recht einräumt. Damit setzt *Google* als Quasimonopolist einseitig und entgegen dem Gesetzeszweck von § 87f Abs. 1 Satz 1 UrhG für die Verwertung der Presseerzeugnisse in *Google News* und der allgemeinen *Google*-Suche einen für die Verleger überhaupt nicht auskömmlichen Margendeckungsbeitrag in Höhe von 0,00 Euro fest. Aufgrund dieses einseitig durchgesetzten Margendeckungsbeitrages von Null verweigert sich *Google* also dem von § 87f Abs. 1 Satz 1 UrhG bezweckten Verhandlungsanliegen der Verleger, dass die Erzeugungskosten für die journalistischen Beiträge in Bezug auf die für *Google* gewinnbringenden positiven Werbeertragseffekte zumindest teilweise angemessen kompensiert werden. Damit wird der erzielbare Margendeckungsbeitrag in Anlehnung an den englischsprachigen Terminus „*margin squeeze*“ durch die alleine auf Verlegerseite verbleibenden Kosten „*zusammengedrückt*“ bzw. „*gequetscht*“ (im Englischen: „*to squeeze*“). Hieran zeigt sich, dass die wettbewerbsrechtsdogmatische Figur, welche mit dem deutschen Begriff der Preis-Kosten-Schere belegt ist, effektorientiert zu verstehen ist, was aus deren englischer Bezeichnung viel anschaulicher hervortritt.

Darüber hinaus liegt ein klassischer Fall der Preis-Kosten-Schere bezogen auf alternative Suchmaschinenbetreiber vor. Die für die Preis-Kosten-Schere typische „Kostenexternalisierung“ konnte *Google* in einem ersten Schritt bereits zu Lasten der Verleger realisieren. Die vorliegende Konstellation geht sogar über ein klassisches Preis-Kosten-Scheren Szenario hinaus: In einem klassischen Preis-Kosten-Scheren Szenario ist die Kostenexternalisierung einer nachgelagerten Unternehmenseinheit üblicherweise das Ergebnis einer konzerninternen Quersubventionierung. Somit verbleibt der entstehende Kostennachteil im Konzern. Demgegenüber entledigt sich *Google* vorliegend sogar des für die Preis-Kosten-Schere üblichen quersubventionsbedingten Kostennachteils im Konzern und lagert diesen auf konzernfremde Drittunternehmen (die Verleger) aus. Wenn in klassischen Preis-Kosten-Scheren Szenarien trotz des in einem Konzern verbleibenden Kostennachteils die Missbräuchlichkeit eines Marktverhaltens bereits angenommen wird, so muss dies *a fortiori* in Fällen gelten, in denen es dem marktbeherrschenden Unternehmen sogar gelingt, diesen Kostennachteil auf konzernfremde Drittunternehmen abzuwälzen.

Zugleich birgt die erzielte Kostenexternalisierung *Googles* zum jetzigen Zeitpunkt bereits auch die für die Preis-Kosten-Schere typische Gefahr der nachgelagerten Verdrängung horizontaler Wettbewerber in sich. Denn andere Suchmaschinenbetreiber müssen für die Verwertung der Presseerzeugnisse eine angemessene Vergütung entrichten. Diese können aufgrund ihrer (nicht vorhandenen) Marktmacht gegenüber den Verlegern die Einräumung einer „Gratislizenz“ nicht durchsetzen. Ein für die Preis-Kosten-Schere typisches nachgelagertes horizontales Wettbewerbsverhältnis besteht zwischen *Google* und diesen alternativen Suchmaschinenbetreibern. Während vorliegend ungewollt bereits die journalistischen Vorleistungen unentgeltlich von den Verlegern auf *Google* „transferiert“ wurden, standen demgegenüber alternative Suchmaschinenbetreiber wie *Microsoft* und die *Deutsche Telekom* mit der *VG Media* in Verhandlungen über die nach § 87 Abs. 1 Satz 1 UrhG zu zahlende angemessene Vergütung für die Verwertung der Presseerzeugnisse. Ein Lizenzvertrag zwischen der *VG Media* und dem Suchmaschinenbetreiber *Qwant* konnte sogar bereits abgeschlossen werden. Es ist lediglich *Google* aufgrund ihrer beträchtlichen Marktmacht möglich, eine Zustimmung zur unentgeltlichen Nutzung der Verlegerinhalte zu erzwingen. *Google* konnte aufgrund ihrer beträchtlichen Marktmacht die im Rahmen der – der Verwertung von Presseerzeugnissen vorgelagerten – Wertschöpfung (Herstellung der Presseerzeugnisse) anfallenden Kosten einseitig und entgegen dem Gesetzeszweck von § 87f Abs. 1 Satz 1 UrhG vollständig zu Lasten der

Verleger externalisieren. Diese Kostenexternalisierung kann sich *Google* darüber hinaus – in einer der „klassischen“ Preis-Kosten-Schere entsprechenden Weise – gegenüber alternativen Suchmaschinenbetreibern wie *Qwant* wettbewerbswidrig zu Nutze machen. Denn sobald alternative Suchmaschinenbetreiber die vom Gesetzgeber vorgesehene angemessene Vergütung für die Verwertung der Presseerzeugnisse zahlen, so müssen diese Unternehmen die hierdurch entstehenden Kostenpositionen – z. B. im Rahmen einer Rabattgewährung für Werbekunden – berücksichtigen. Demgegenüber könnte *Google* diese Kostenpositionen in ihrer Preisbildung weiterhin unberücksichtigt lassen. Im Zuge dessen wäre es *Google* z. B. möglich, Werbekunden vergleichsweise höhere Rabatte einzuräumen. Bei einer solchen Rabattpolitik *Googles* würden alternative Suchmaschinenbetreiber langfristig aus den nachgelagerten, für Werbekunden relevanten Suchmaschinenmärkten verdrängt.

4. Quasimonopolistische Stellung Googles

Die Marktstellung *Googles* gegenüber den Verlegern ist mit derjenigen der *Deutschen Telekom* gegenüber den alternativen Telekommunikationsanbietern im Verfahren vom 14.10.2010 (Rs. C-280/08 P) vergleichbar. In beiden Fallkonstellationen steht ein finanzstarkes Unternehmen, das sehr große Marktanteile auf sich vereint und über ein „Bottleneck“ verfügt, einer schwachen Marktgegenseite gegenüber. Im Jahr 2013 erzielte *Google* einen weltweiten Umsatz in Höhe von 59,825 Mrd. USD bei einem Gewinn von 12,920 Mrd. USD.¹⁹

Demgegenüber ist die finanzielle Situation der Verleger äußerst prekär. Die Verkaufszahlen der Printmedien sinken in Deutschland seit Jahren stetig. Die entstehenden Einnahmeverluste können durch den Vertrieb digitaler Presseerzeugnisse nicht annähernd ausgeglichen werden. Zwar erreichen die Verlage mit ihren digitalen Produkten seit Jahren erhebliche Reichweitenzuwächse. Die mit diesen, ganz überwiegend rein werbefinanzierten, digitalen Angeboten generierten Umsätze können allerdings nur einen Bruchteil der in den vergangenen Jahren weggebrochenen Einnahmen aus sowohl Vertrieb als auch aus Anzeigen und Werbung im Printbereich kompensieren. Dies belegt exemplarisch eine Pressemitteilung der *IVW - Informationsgemeinschaft zur Feststellung der Verbreitung von Werbeträgern e.V.* aus dem April diesen Jahres, die einen Rückgang der verkauften Gesamtauflage der Tageszeitungen im ersten Quartal 2014 von 0,8 % im Quartalsvergleich und einen Rückgang von rund 2,7 % im

¹⁹ United States Securities and Exchange Commission, Form 10-K, S. 37. Abrufbar im Internet unter: <http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1288776/000128877614000020/goog2013123110-k.htm#s19D7370DAB1A284191372E71A9AA23E1> (Stand: 26.09.2014).

Jahresvergleich ausweist. Trotz eines erheblichen Anstiegs der Verkaufszahlen für digitale ePaper von 0,33 Mio. auf 0,54 Mio. (ein Plus von rund 63 %) konnten die Einnahmeeinbußen aus dem Printbereich nicht ausgeglichen werden.²⁰ Ein ähnliches Bild zeigt auch der Bericht zur wirtschaftlichen Lage der Zeitungen in Deutschland 2014 des *Bundesverbandes Deutscher Zeitungsverleger e.V. (BDZV)*. Danach ist der Gesamtumsatz der Zeitungen aus Anzeigen, Beilagen und Vertrieb um 4,4 % (von 8,23 Milliarden Euro auf 7,87 Milliarden Euro) zurückgegangen. Davon entfielen 7,4 Milliarden Euro auf die Tageszeitungen, die damit einen Verlust von 4,2 % erlebten.²¹ Vor diesem Hintergrund sind zahlreiche Verlagshäuser in ihrer wirtschaftlichen Existenz bedroht. Als erstes Traditionshaus meldete der Verlag der *Frankfurter Rundschau* Ende 2012 Insolvenz an.²² Eine Fortführung des Geschäftsbetriebs wurde erst unter Beteiligung des *F.A.Z.-Verlags* sowie der *Karl Gerold Stiftung* und der *Frankfurter Societät* möglich. Laut Pressemitteilung vom September 2014 wird jedoch die *Frankfurter Allgemeine Zeitung* nunmehr ihrerseits im Bereich des Verlages bis 2017 jährliche Einsparungen in Höhe von mehr als 20 Millionen Euro umsetzen müssen. Im Zuge dessen könnten in den nächsten drei Jahren bis zu 160 Stellen im Verlagsbereich betroffen sein.²³ Ähnlich schwierig ist auch die finanzielle Situation des Verlags *Gruener+Jahr*, der im August 2014 ankündigte, in den kommenden drei Jahren rund 400 Arbeitsplätze in Deutschland zu streichen. Angesichts rückläufiger Marktentwicklungen im Printgeschäft sollen in diesem Zeitraum 75 Millionen Euro eingespart werden. Das Geschäft mit digitalen Inhalten solle ausgebaut werden.²⁴ Die Mediengruppe *Madsack* wiederum kündigte bereits im Oktober 2013 unter dem Titel „Madsack2018“ eine grundlegende Neuaufstellung des Verlagshauses an, im Rahmen derer die Redaktionen aller 18 zur Mediengruppe gehörenden Tageszeitungen in einer personell gekürzten zentralen Redaktion zusammengefasst werden sollen.²⁵

²⁰ Pressemitteilung IVW-Quartal 1/2014 vom 23.04.2014. Abrufbar im Internet unter: <http://ivw.de/index.php?menuid=52&reporeid=353>.

²¹Zur wirtschaftlichen Lage der Zeitungen in Deutschland 2014, Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger e.V. (BDZV). Abrufbar im Internet unter: <http://www.bdzv.de/markttrends-und-daten/wirtschaftliche-lage/artikel/detail/zur-wirtschaftlichen-lage-der-zeitungen-in-deutschland-2014/>.

²² „Zeitungskrise: „Frankfurter Rundschau“ meldet Insolvenz an“, Matthias Bartsch, Markus Brauck und Isabell Hülsen am 13.11.2012 auf www.spiegel.de. Abrufbar im Internet unter: <http://www.spiegel.de/kultur/gesellschaft/frankfurter-rundschau-qualitaetszeitung-meldet-insolvenz-an-a-866984.html>.

²³ Pressemitteilung der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 16.09.2014. Abrufbar im Internet unter: <http://verlag.faz.net/unternehmen/presse/pressemitteilungen/frankfurter-allgemeine-zeitung-f-a-z-schafft-durch-eine-umfassende-restrukturierung-die-voraussetzungen-fuer-langfristige-wirtschaftlichkeit-13156139.html>.

²⁴ Pressemitteilung Grund+Jahr vom 27. August 2014. Abrufbar im Internet unter: <http://www.guj.de/presse/pressemitteilungen/1/2014/>.

²⁵ „Mediengruppe Madsack gründet „RND - RedaktionsNetzwerk Deutschland GmbH“. Abrufbar im Internet unter: <http://www.madsack.de/service/newsdetailansicht/browse/6/article/144/mediengruppe-madsack-gruendet-rnd-redaktionsnetzwerk-deutschland-gmbh.html>.

Auf dem deutschen Markt für Internet-Suchmaschinen hält *Google* einen geschätzten Anteil von jenseits der 90 %.²⁶ Im Urteil des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache „*Deutsche Telekom*“ vom 14.10.2010 (Rs. C-280/08 P) waren nachgelagerte Wettbewerber zwingend auf die Belieferung durch die *Deutsche Telekom* mit Vorleistungsprodukten angewiesen, um auf den Endkundenmärkten mit diesem Unternehmen konkurrieren zu können.²⁷ Im Falle *Googles* sind die Verleger auf die Dienste der Google-Suchmaschine angewiesen. Dies verdeutlicht die Tatsache, dass in einzelnen Fällen bis zu über 80 % und durchschnittlich ca. 42 % der Besucher über die Suchergebnislisten der Google-Suchmaschine erst auf die Webseiten der Verleger gelangen. Wohl auch im Lichte dieser Bottleneck-Parallelen wurden unlängst auch rechtspolitische Stimmen laut, die eine sektorspezifische Regulierung bis hin zur Entflechtung und sogar offen die Zerschlagung *Googles* ins Gespräch gebracht haben.²⁸ *Google* verfügt damit sowohl gegenüber konkurrierenden Suchmaschinenbetreibern als auch gegenüber den Presseverlegern über eine ähnlich marktmächtige Stellung wie die *Deutsche Telekom* im vom Europäischen Gerichtshof entschiedenen Fall gegenüber den auf ihre Vorleistungen angewiesenen Wettbewerbern. Ähnlich wie für die *Deutsche Telekom* gelten für *Google* damit gesteigerte Verhaltensanforderungen aufgrund einer erhöhten Marktstrukturverantwortung.

5. Marktmachtmissbrauch durch die Durchsetzung einer unentgeltlichen Lizenz unabhängig von der Annahme eines „margin squeeze“

Unabhängig von der Annahme eines „margin squeeze“ erfüllt die Durchsetzung einer unentgeltlichen Lizenz seitens *Googles* auch die Missbrauchsvoraussetzungen des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB. Nach dieser Vorschrift dürfen marktbeherrschende Anbieter oder Nachfrager keine unangemessenen Einkaufspreise erzwingen, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden. Die Unangemessenheit eines erzwungenen Einkaufspreises ergibt sich nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 102 AEUV aus dem Verhältnis der Kosten eines Produktes zu dem er-

²⁶ Marktanteile der Suchmaschinen weltweit und in Deutschland, (gegen Entgelt) abrufbar im Internet unter: <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/222849/umfrage/marktanteile-der-suchmaschinen-weltweit/> (Stand: 15.05.2014).

²⁷ EuGH, Urt. v. 14.10.2010, Rs. C-280/08 P, Rn. 4 – *Deutsche Telekom*

²⁸ Vgl. nur Bundesjustizminister Heiko Maas in der F.A.Z. vom 27.06.2014. Abrufbar im Internet unter: <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/justizminister-im-f-a-z-gespraech-maas-erwaegt-entflechtung-von-google-13014260.html> (Stand: 26.09.2014) und Bundeswirtschaftsminister Sigmar Gabriel in der Welt vom 17.05.2014. Abrufbar im Internet unter: <http://www.welt.de/wirtschaft/webwelt/article128094133/Gabriel-bringt-Zerschlagung-von-Google-ins-Spiel.html> (Stand: 26.09.2014).

zielbaren Preis: Deckt der Preis die Gestehungskosten eines Produktes nicht bzw. ermöglicht dieser einem Unternehmen keinen angemessenen Gewinn auf das eingesetzte Kapital, also keine Deckung der Kapital(opportunitäts)kosten, so steht der Preis in keinem Verhältnis zum wirtschaftlichen Wert der Leistung und ist damit missbräuchlich.²⁹ Eine Lizenzgebühr in Höhe von 0,00 Euro leistet – entgegen dem Gesetzeszweck von § 87f Abs. 1 Satz 1 UrhG – überhaupt keinen – in Bezug auf die für *Google* gewinnbringenden positiven Werbeertragseffekte – zumindest teilweise angemessenen Margendeckungsbeitrag für die Gestehungskosten der journalistischen Beiträge (Recherche, journalistisch geschliffene Fertigung etc.). *Googles* Totalverweigerung eines angemessenen Margendeckungsbeitrags in Form einer verhandelten Lizenzgebühr steht in keinem angemessenen Verhältnis zum Wert der Presseerzeugnisse der Verleger, insbesondere nicht im Hinblick auf die für *Google* gewinnbringenden positiven Werbeertragseffekte, und ist somit missbräuchlich im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB. Denn die Verwertung der Presseerzeugnisse erhöht den erzielbaren Werbeertragseffekt *Googles*. Insbesondere entfällt die Unangemessenheit einer unentgeltlichen Lizenz nicht dadurch, dass die Verleger von einer Anzeige und Indexierung in *Google News* und der allgemeinen Google-Suche ebenfalls profitieren. Von jeder medialen Verwertung geistigen Eigentums profitiert auch der Urheber, ohne dass sein unter marktangemessenen Bedingungen verhandeltes Lizenzentgelt gleich auf Null schrumpft. Zudem sind diese Leistungen *Googles*, nämlich Anzeige und Indexierung in *Google News* und der allgemeinen Web-Suche, nicht Gegenstand einer unentgeltlichen Lizenzvereinbarung. *Google* könnte hierfür theoretisch – unabhängig von dem Bestehen einer Lizenzvereinbarung – ein separates Entgelt verlangen.

6. Anknüpfung an vorgelagerte Verhaltensweisen bei Quasimonopolisten innerhalb der Missbrauchskontrolle

Wenn der Europäische Gerichtshof mit Blick auf den Telos der *Sicherstellung* eines chancengleichen, funktionsfähigen Wettbewerbs von einem quasimonopolistischen Marktbeherrscher die Beantragung von höheren Entgelten verlangt, die dem Schutz *ebenso effizienter Wettbewerber* dienen, dann reicht dies sogar weiter als eine Ausdehnung der Missbrauchskontrolle auf vorgelagerte Verhaltensweisen. Denn der Europäische Gerichtshof verlangt hier vom Quasimonopolisten sogar ein aktives Tun zum Schutz anderer Marktteilnehmer. Eine Anknüpfung an vorgelagerte Verhaltensweisen des Marktbeherrschers ist mit Blick auf den Telos der *Sicherstellung* eines funktionsfähigen, chancengleichen Wettbewerbs als weniger ein-

²⁹ *Deselaers*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 2009, Bd. II, Art. 82, Rn. 143 ff. mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 28.03.1985, Rs. 298/83, Rn. 22 ff. – *CICCE/Kommission*.

griffsintensive Maßnahme geboten. Dies gilt a fortiori in Anbetracht der aufgezeigten quasi-monopolistischen Stellung *Googles*. Eine Anknüpfung an vorgelagerte Verhaltensweisen muss gerade dann möglich sein, wenn sich an ein vorgelagertes Verhalten (z. B. der Drohung einer Liefereinstellung) kein hierauf fußendes nachgelagertes Verhalten (z. B. Umsetzung der angedrohten Liefereinstellung) mehr anschließt. In diesem Fall wirkt nur das vorgelagerte Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens auf die Marktgegenseite ein und kann damit den Kontrollmechanismen der Missbrauchskontrolle unterworfen werden. Denn ist die Umsetzung des angedrohten Verhaltens bereits obsolet geworden, so erübrigt sich ein nachgelagertes Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens. Der *Disziplinierungseffekt* der Marktgegenseite ist dann mit der Ausführung der vorgelagerten Verhaltensweise schon eingetreten. Mit der bloßen Androhung eines zukünftigen Verhaltens kann bereits für sich genommen – ebenso wie im Zuge der nachgelagerten Umsetzung dieses angedrohten Verhaltens – eine *Schwächung des Wettbewerbs* einhergehen.

So liegt der vorliegende Fall. Die ausgesprochene Drohung *Googles* alleine reichte bereits aus, das gewünschte Verhalten der Verleger zu erreichen. Der nachgelagerten Auslistung bedarf es somit nicht mehr, da die überwiegende Anzahl der Verleger *Google* bereits eine unentgeltliche Lizenz eingeräumt hat. Die Frage, ob dieses Verhalten *Googles* Ausdruck von *Leistungswettbewerb* oder doch nur aufgrund der marktbeherrschenden Stellung dieses Unternehmens möglich ist, muss auch in diesem Fall einer Klärung zugeführt werden. Wenn die Umsetzung des angedrohten Verhaltens den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung begründen würde,³⁰ so muss dies auch bereits für die Androhung selbst gelten. Vorliegend hat die *Disziplinierung* der Marktgegenseite in Form des Verzichts auf die Geltendmachung der Leistungsschutzrechte bzw. der Einräumung einer unentgeltlichen Lizenz gegenüber *Google* bereits stattgefunden. Dieses Ergebnis hätte sich faktisch auch im Zuge einer – erst nachgelagerten – Auslistung eingestellt. Gleiches gilt für die im Schreiben vom 30. September 2014 angedrohte verkürzte Darstellung der Inhalte der in der *VG Media* organisierten Verleger durch *Google*. Auch diesbezüglich steht zu befürchten, dass sich der beabsichtigte *Disziplinierungseffekt* bereits aufgrund der bloßen Drohung *Googles* eingestellt hat und somit eine nachfolgende tatsächliche Ungleichbehandlung dieser Verleger durch *Google* obsolet wird.

Könnte ein auf die Disziplinierung der Marktgegenseite ausgerichtetes Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens und das dadurch herbeigeführte Marktergebnis nur bei nachge-

³⁰ Zur Prüfung der Frage, ob die tatsächliche Auslistung sowie die verkürzte Anzeige der Inhalte der Verleger zum 9. Oktober 2014 gegen das Diskriminierungsverbot der §§ 19, 20 GWB verstoßen, siehe unten: II.

lagerten Verhaltensweisen einer Prüfung zugeführt werden, so würde die Missbrauchskontrolle der §§ 19, 20 GWB an dieser Stelle ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt. Da die ökonomischen Auswirkungen beider Verhaltensweisen identisch sind, lässt sich insbesondere im Lichte des *more economic approach*³¹ eine Nichtanknüpfung an die (implizite) Auslistungsandrohung bzw. an die Ankündigung *Googles*, die Inhalte der in der *VG Media* organisierten Verleger nur noch verkürzt anzuzeigen, kaum vertreten. Denn nach diesem effektbezogenen Ansatz („effect based approach“) kommt es gerade auf die ökonomischen Auswirkungen einer Verhaltensweise an.

7. Ergebnis

Sowohl die (implizite) Auslistungsandrohung *Googles* gegenüber den Verlegern als auch die Androhung einer nur verkürzten Darstellung der Verlegerinhalte müssen als kartellrechtlich relevantes Verhalten im Rahmen der Missbrauchskontrolle zugrunde gelegt werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn auf die vorgelagerte Androhung kein nachgelagertes Marktverhalten des Marktbeherrschers mehr folgt. Denn die ökonomischen Auswirkungen der (impliziten) Auslistungsandrohung und der nachgelagerten tatsächlichen Auslistung bzw. der Androhung einer nur verkürzten Darstellung der Verlegerinhalte und der Umsetzung dieses Verhaltens sind dann identisch. Im vorliegenden Fall bilden die (implizite) Auslistungsandrohung sowie die Androhung einer nur verkürzten Darstellung der Verlegerinhalte die einzig anknüpfbaren Verhaltensweisen, da der *Disziplinierungseffekt* der Marktgegenseite bereits eingetreten ist. Die weit überwiegende Anzahl der Verleger hat *Google* bereits eine unentgeltliche Lizenz eingeräumt und damit auf die Geltendmachung ihrer Leistungsschutzrechte verzichtet.

Wenn die Umsetzung des angedrohten Verhaltens den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung begründen würde, so muss dies auch bereits für die Androhung dieses Verhaltens selbst gelten. Denn andernfalls würde die Missbrauchskontrolle der §§ 19, 20 GWB ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt. Die Frage, ob eine tatsächliche Auslistung bzw. die verkürzte Anzeige der Inhalte der Verleger zum 23. Oktober 2014 gegen das Diskriminierungsverbot der §§ 19, 20 GWB verstößt, wird deshalb im Folgenden einer eingehenden Prüfung unterzogen.

³¹ Siehe hierzu *Monti*, JECL 2010, 2 ff.

II. Verstößt eine tatsächliche Auslistung bzw. die verkürzte Anzeige der Inhalte der Verleger zum 23. Oktober 2014 gegen das Diskriminierungsverbot der §§ 19, 20 GWB?

1. Normadressateneigenschaft

Den sachlich relevanten Markt bildet der Markt für die Nutzung von Presseerzeugnissen in Suchmaschinen. Auf diesem stehen sich die Verleger als Anbieter von, durch das Leistungsschutzrecht des § 87 Abs. 1 UrhG geschützten, Presseerzeugnissen und Suchmaschinenbetreiber als Nachfrager gegenüber. In räumlicher Hinsicht ist dieser Markt national abzugrenzen. Durchschnittlich gelangen ca. 42 % der Besucher über die Suchergebnislisten der Google-Suchmaschine auf die Webseiten der von der *VG Media* vertretenen Verleger. Die Verleger sind von der Anzeige ihrer Webseiten durch *Google* abhängig. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass *Google* der mit Abstand größte Nachfrager von Presseerzeugnissen ist, die über Suchmaschinen öffentlich zugänglich gemacht werden. Dies spricht dafür, dass *Google* diesen Nachfragemarkt im Sinne des § 18 Abs. 1 Nr. 2 GWB beherrscht und somit bereits aus diesem Grund Normadressatin des § 19 GWB ist. Gegenüber kleinen und mittleren Verlegern wäre *Google* als relativ marktmächtiges Unternehmen auch nach § 20 Abs. 1 GWB Adressatin des Missbrauchsverbotes des § 19 Abs. 1 und Abs. 2 GWB. Für die Ermittlung der Normadressateneigenschaft *Googles* kann vorliegend bereits auf den nationalen Suchmaschinenmarkt abgestellt werden. Diesen Markt beherrscht *Google* mit einem Marktanteil von ca. 90 %.³² Zwischen der Normadressatenstellung *Googles* auf diesem Markt und dem Verhalten *Googles* auf dem Markt für die Nutzung von Presseerzeugnissen in Suchmaschinen besteht ein *hinreichender Zusammenhang*.³³ Dieser ergibt sich daraus, dass die Verleger *Google* auf dem beherrschten Markt mit ihren Presseerzeugnissen beliefern.

2. Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot

Während das Behinderungsverbot dem Schutz der Mitbewerber des Normadressaten dient, intendiert das Diskriminierungsverbot in erster Linie den Schutz der Unternehmen der vor- und nachgelagerten Marktstufen und soll diesen Unternehmen im Verhältnis zum Normadres-

³² Interner Bericht des Bundeskartellamtes mit Beiträgen der Bundesnetzagentur vom 6. Mai 2014: „Big Data“, marktstarke Internetplattformen und ihr Ordnungsrahmen – Bestandsaufnahme und Handlungsoptionen, S. 9; so auch: Marktanteile der Suchmaschinen weltweit und in Deutschland, (gegen Entgelt) abrufbar im Internet unter: <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/222849/umfrage/marktanteile-der-suchmaschinen-weltweit/> (Stand: 15.05.2014).

³³ Siehe hierzu *Market*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 2007, § 20, Rn. 28 mit Verweis auf BGH, Urt. v. 02.04.1964, Az. KZR 10/62 – *Werkmilchabzug*.

saten gleiche Marktchancen sichern.³⁴ Eine unterschiedliche Behandlung gleichartiger Unternehmen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen fällt, soweit dies ohne sachlich gerechtfertigten Grund geschieht, unter das Diskriminierungsverbot der §§ 19, 20 GWB und stellt somit den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung dar.

a) Unterschiedliche Behandlung

Die unterschiedliche Behandlung muss sich auf die Begründung oder Ausgestaltung einer besonderen Verbindung mit dem Normadressaten beziehen. Jede Maßnahme reicht als Behandlung aus, die unmittelbare oder mittelbare geschäftliche Beziehungen zum Normadressaten betrifft.³⁵ Die inhaltliche Ausgestaltung von Lieferbeziehungen hinsichtlich der einem Handelspartner gewährten Preise oder Konditionen begründet eine solche Verbindung.³⁶

Auf dem Markt für die Nutzung von Presseerzeugnissen in Suchmaschinen sind auf der Anbieterseite Verleger, die gegenüber *Google* auf die Geltendmachung ihres Leistungsschutzrechtes verzichtet haben, von solchen Verlegern zu unterscheiden, die eine angemessene Vergütung für die Verwertung ihrer Presseerzeugnisse von *Google* begehren. *Philipp Justus*, Managing Director von *Google Germany*, hat am 1. Oktober 2014 im offiziellen „Google Produkt-Blog“ angekündigt, dass ab dem 9. Oktober 2014 keine Presseerzeugnisse der von der *VG Media* vertretenen Verleger mehr in *Google News* und der allgemeinen Google-Suche angezeigt werden.³⁷ Stattdessen werden diese Presseerzeugnisse nur noch mit der Überschrift angezeigt und verlinkt. Demgegenüber werden die Verlegerinhalte derjenigen Verleger, die auf eine Geltendmachung ihrer Rechte verzichten, weiterhin zusätzlich auch als Presseerzeugnisse angezeigt. Auf Bitten der in der *VG Media* organisierten Verleger gewährte *Google* einen Aufschub bis zum 23. Oktober 2014.³⁸ Der dargestellte Umfang der Presseerzeugnisse der von der *VG Media* vertretenen Verleger in *Google News* und der allgemeinen Google-Suche wird, im Vergleich zu dem dargestellten Umfang der Verlegerinhalte anderer Verleger, von *Google* ab dem 23. Oktober 2014 reduziert. Damit verändert *Google* die Konditionen der bestehenden Leistungsbeziehungen mit den von der *VG Media* vertretenen Verlegern. Ab diesem Zeitpunkt behandelt *Google* die Anbieterseite auf dem Markt für die Nutzung von

³⁴ BGH, Beschl. v. 03.03.1969, Az. KVR 6/68 = NJW 1969, 1716 (1717) – *Sportartikelmesse II*.

³⁵ *Loewenheim*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, Kartellrecht, 2009, § 20, Rn. 85.

³⁶ *Loewenheim*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, Kartellrecht, 2009, § 20, Rn. 85.

³⁷ Der Blogeintrag vom 1. Oktober 2014 ist abrufbar im Internet unter: <http://google-produkte.blogspot.de/2014/10/news-zu-news-bei-google.html>.

³⁸ Vgl. <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Leistungsschutzrecht-Google-gewaehrt-Verlagen-Aufschub-2414723.html>.

Presseerzeugnissen in Suchmaschinen ungleich. Der Inhalt der Presseerzeugnisse bildet dabei kein Unterscheidungskriterium. Das relevante Unterscheidungskriterium für eine Ungleichbehandlung bildet alleine die Beantwortung der Frage, ob ein Verleger gegenüber *Google* auf die Geltendmachung des Leistungsschutzrechtes verzichtet hat oder eben nicht. Eine solche Ungleichbehandlung würde sich auch im Zuge einer tatsächlichen Auslistung der in der *VG Media* organisierten Verleger durch *Google* einstellen. Denn dann würden die Presseerzeugnisse der in der *VG Media* organisierten Verleger überhaupt nicht mehr in *Google News* oder der allgemeinen Google-Suche angezeigt.

Die von der *VG Media* vertretenen Verleger gehen davon aus, dass eine unterschiedliche Darstellung der Presseerzeugnisse in *Google News* und der allgemeinen Google-Suche dazu führen wird, dass die Besucherzahlen der Webseiten der von der *VG Media* vertretenen Verleger, die über die Suchergebnislisten der Google-Suchmaschine erzielt werden, um bis zu 20 % abnehmen. Im Zuge der Umsetzung der angekündigten Ungleichbehandlung reduziert *Google* nicht nur mittelbar den Traffic auf die Webseiten der Verleger der *VG Media*, sondern erhöht zugleich auch mittelbar den Traffic auf die Webseiten derjenigen Verleger, die weiterhin mit attraktiven und verbraucherfreundlichen Presseerzeugnissen in *Google News* und der allgemeinen Google-Suche vertreten sind. Denn die Informationspräferenzen der Verbraucher und somit die Nachfrage nach online zugänglichen Presseerzeugnissen werden auch im Zuge einer Ungleichbehandlung der Verleger durch *Google* konstant bleiben. Die Verbraucher werden allerdings vorrangig diejenigen Webseiten aufsuchen, deren Verlegerinhalte in *Google News* und der allgemeinen Google-Suche mit attraktiven Presseerzeugnissen vertreten sind. *Google* setzt somit zum 23. Oktober 2014 eine Substitution der online zugänglichen Presseerzeugnisse der Verleger der *VG Media* durch die Erzeugnisse derjenigen Verleger in Gang, die gegenüber *Google* auf die Geltendmachung ihres Leistungsschutzrechtes entgegen dem Gesetzeszweck von § 87f Abs. 1 Satz 1 UrhG verzichtet haben. Die von der *VG Media* vertretenen Verleger werden, sofern sie der angekündigten Ungleichbehandlung dauerhaft ausgesetzt sind, langfristig Marktanteile zu Lasten ihrer Wettbewerber auf dem Markt für die Nutzung von Presseerzeugnissen in Suchmaschinen verlieren. Dieser Effekt würde durch eine tatsächliche Auslistung verstärkt. Wenn sich diese Verleger im Zuge der Ungleichbehandlung nicht ebenfalls dem Diktat *Googles* beugen, so könnte dies in einem worst case Szenario sogar zum vollständigen Marktaustritt einzelner, der von der *VG Media* vertretenen Verleger führen. Die Umsetzung der angekündigten Ungleichbehandlung der von der *VG Media* vertretenen Verle-

ger durch *Google* ist somit der erste Schritt hin zu einer „Marktordnung“, die ganz den Vorstellungen *Googles* entspricht.

b) Gleichartige Unternehmen

Unternehmen sind gleichartig, wenn sie im Hinblick auf ihre unternehmerische Tätigkeit und ihre wirtschaftliche Funktion im Verhältnis zum Normadressaten dieselben Aufgaben erfüllen.³⁹ Es reicht deshalb in der Regel aus, dass die in Betracht kommenden Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf derselben Wirtschaftsstufe tätig sind.⁴⁰ Sowohl diejenigen Verleger, die gegenüber *Google* auf die Geltendmachung ihres Leistungsschutzrechtes verzichtet haben, als auch diejenigen Verleger, die eine angemessene Vergütung für die Verwertung ihrer Presseerzeugnisse seitens *Googles* begehren, bilden gemeinsam die Anbieterseite des Marktes für die Nutzung von Presseerzeugnissen in Suchmaschinen. Im Verhältnis zu *Google* erfüllen diese Unternehmen dieselben Aufgaben. Die Verleger gestatten *Google* den Rückgriff auf ihre Verlegerinhalte. Diese Erzeugnisse ermöglichen es *Google*, einen Leistungsinhalt wie Google-News anzubieten. Die von der *VG Media* vertretenen Verleger und diejenigen Verleger, die gegenüber *Google* auf die Geltendmachung ihres Leistungsschutzrechtes verzichtet haben, sind im Verhältnis zu *Google* somit gleichartige Unternehmen.

c) Kein sachlich gerechtfertigter Grund

Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines sachlich gerechtfertigten Grundes trägt das marktbeherrschende Unternehmen.⁴¹ Auf dieser Prüfungsstufe sind die Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielrichtung des GWB abzuwägen.⁴² Grundvoraussetzung ist jedoch, dass *Google* überhaupt ein berücksichtigungsfähiges Interesse verfolgt.⁴³ Ein Interesse des Marktbeherrschers, das gegen gesetzliche Vorschriften oder gegen die in ihnen enthaltenen Wertungen (§ 87f Abs. 1 Satz 1 UrhG) verstößt, findet von vornherein bereits keine Berücksichtigung und kommt somit nicht

³⁹ BGH, Beschl. v. 04.11.2003, Az. KZR 2/02 = WuW/E DE-R 1203 (1204) – *Depotkosmetik im Internet*; BGH, Beschl. v. 10.02.2004, Az. KZR 14/02 = WuW/E DE-R 1251 (1252) – *Galopprennübertragung*; BGH, Beschl. v. 13.07.2004, Az. KZR 40/02 = WuW/E DE-R 1329 (1331) – *Standard-Spundfass II*.

⁴⁰ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.04.2005, Az. VI-Kart 3/05 (V), Rn. 86 – *Konsolidierer*.

⁴¹ BGH, Beschl. v. 24.09.2002, Az. KZR 38/99 = WuW/E DE-R 1051 (1054) – *Vorleistungspflicht*.

⁴² Ständige Rechtsprechung seit BGH, Beschl. v. 27.09.1962, Az. KZR 6/61 = WuW/E BGH 502 (508) – *Treuhandbüro*, vgl. aus der jüngeren Rechtsprechung BGH, Beschl. v. 13.07.2004, WuW/E DE-R 1329 (1332) – *Standard-Spundfass II*.

⁴³ BGH, Urt. v. 19.03.1996, Az. KZR 1/95 = NJW 1996, 2656 (2659) – *Pay-TV-Durchleitung*.

als sachlich rechtfertigender Grund für eine Ungleichbehandlung gleichartiger Unternehmen in Betracht.⁴⁴

Der angekündigte Verzicht *Googles* auf die in den Anwendungsbereich des § 87 Abs. 1 UrhG fallenden Verwertungshandlungen (Anzeige der Presseerzeugnisse in *Google News* und der allgemeinen Google-Suche) zum 23. Oktober 2014 geschieht nicht aus Respekt vor den Leistungsschutzrechten der von der *VG Media* vertretenen Verleger. Vielmehr ist dies Teil der Strategie *Googles*, das Leistungsschutzrecht der Verleger aus § 87 Abs. 1 UrhG insgesamt zu konterkarieren. Denn die Presseerzeugnisse derjenigen Verleger, die sich bereits dem Diktat *Googles* gebeugt und eine unentgeltliche Lizenz eingeräumt haben, werden weiterhin als Presseerzeugnisse angezeigt und somit in einem Umfang von *Google* verwertet, der in den Anwendungsbereich des § 87 Abs. 1 UrhG fällt. Auf diesem Wege gelingt es *Google*, den Druck auf die von der *VG Media* vertretenen Verleger noch einmal zu erhöhen, mit dem Ziel, dass auch diese Verleger in eine kostenlose Verwertung ihrer Presseerzeugnisse einwilligen. Denn die als Presseerzeugnisse in *Google News* und der allgemeinen Google-Suche erscheinenden Erzeugnisse sind gegenüber nur verlinkten und mit Überschriften angezeigten Presseerzeugnissen für die Verbraucher deutlich attraktiver. *Google* lenkt damit die Nachfrage der Verbraucher nach online zugänglichen Presseerzeugnissen auf die Erzeugnisse derjenigen Verleger, die bereits willfährig auf die Geltendmachung ihrer Leistungsschutzrechte verzichtet haben und deren Erzeugnisse *Google* somit auch in Zukunft kostenlos verwerten wird. Das Interesse *Googles* an einer kostenlosen Verwertung der Presseerzeugnisse der Verleger verstößt indes gegen die in § 87 Abs. 1 UrhG enthaltenen Wertungen des Gesetzgebers. Die Durchsetzung eines Lizenzentgeltes von 0,00 Euro durch den Marktbeherrscher verstößt für sich genommen bereits gegen das Verbot des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB.⁴⁵ Eine entsprechende Lizenzvereinbarung wäre wegen des Verstoßes gegen diese kartellrechtliche Verbotsvorschrift nichtig (§ 134 BGB i. V. m. § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB). Das Interesse *Googles* an einer kostenlosen Lizenz ist somit kein sachlich gerechtfertigter Grund, mithin von vornherein nicht berücksichtigungsfähig.

Selbst wenn vorliegend das Interesse *Googles* an einer kostenlosen Verwertung der Presseerzeugnisse der Verleger einer Interessenabwägung zugeführt würde, träte dieses hinter den Interessen der Verleger an einer Verbreitung ihrer Presseerzeugnisse über *Google News* und

⁴⁴ BGH, Urt. v. 19.03.1996, Az. KZR 1/95 = NJW 1996, 2656 (2659) – *Pay-TV-Durchleitung*.

⁴⁵ Zur Kartellrechtswidrigkeit der unentgeltlichen Lizenzvereinbarung nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB siehe hier, oben: I., 5.

die allgemeine Google-Suche zurück. Für die Verleger ist eine Verbreitung über diese Google-Dienste von großer Bedeutung. Durchschnittlich gelangen ca. 42 % der Besucher über die Suchergebnislisten der Google-Suchmaschine auf die Webseiten der von der *VG Media* vertretenen Verleger. Eine Verbreitung der Presseerzeugnisse der Verleger über *Google News* und die allgemeine Google-Suche ist für die Verleger unersetzbar. Für die Gewichtung der Interessen im Rahmen der Interessenabwägung gilt: Je stärker eine Verhaltensweise des Marktbeherrschers in die wettbewerblichen Möglichkeiten des behinderten Unternehmens eingreift, desto weniger schutzwürdig sind die Interessen des marktbeherrschenden Unternehmens anzusehen.⁴⁶ Das Interesse der Verleger an einer Verbreitung über *Google News* und die allgemeine Google-Suche ist unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielrichtung des GWB stärker zu gewichten als das Interesse *Googles* an einer kostenlosen Verwertung der Presseerzeugnisse der Verleger. Hinzu kommt, dass *Google* ihr Interesse, keine Entgelte für die Nutzung von Verlegerinhalten zahlen zu müssen auch auf andere, die Verleger weniger hindernde Weise erreichen kann. *Google* steht es nämlich frei, sämtliche Verlegerinhalte, d. h. auch die Inhalte der Verleger, die gegenwärtig bereits keine Vergütung einfordern, nur noch verkürzt – ohne Presseerzeugnisse und Thumbnails – anzuzeigen. Ein solches Vorgehen würde eine Verzerrung des Wettbewerbs zwischen den Verlegern vermeiden und keinen zusätzlichen Druck auf die Verleger dahingehend ausüben, einer unentgeltlichen Nutzung ihrer Inhalte zustimmen zu müssen. Die geringere Schutzwürdigkeit der Interessen *Googles* ergibt sich vorliegend zusätzlich aus der quasimonopolistischen Stellung und der daraus folgenden gesteigerten Verantwortung *Googles* gegenüber den Verlegern.

3. Ergebnis

Sowohl mit einer tatsächlichen Auslistung als auch mit der zum 23. Oktober 2014 angekündigten Verfahrensweise, keine Presseerzeugnisse von Verlegerinhalten der von der *VG Media* vertretenen Verleger mehr in *Google News* und der allgemeinen Google-Suche anzuzeigen, verstößt *Google* gegen das Diskriminierungsverbot der §§ 19, 20 GWB. Gleichzeitig bedeutet dies, dass die vorgelagerte Androhung dieser Verhaltensweisen bereits den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung begründet. Aus der kartellrechtlichen Pflicht *Googles* zur Gleichbehandlung der Verleger folgt jedoch nicht, dass *Google* mit den von der *VG Media* vertretenen Verlegern zwangsweise Lizenzverträge abschließen muss. Denn die Anwendung des Diskriminierungsverbotes nach §§ 19, 20 GWB darf im Ergebnis nicht zu einer Zwangslis-

⁴⁶ BGH, Urt. v. 07.10.1998, Az. KZR 8/80, Rn. 12 – *Neue Osnabrücker Zeitung* (zitiert nach juris).

zenz führen, die der Gesetzgeber gerade nicht eingeführt hat. *Google* ist dementsprechend grundsätzlich auch nicht gezwungen, die Presseerzeugnisse der von der *VG Media* vertretenen Verleger in einer Weise zu nutzen, die dem Anwendungsbereich des Leistungsschutzrechtes unterfällt. Den Vorgaben des Diskriminierungsverbotes könnte *Google* schon dadurch entsprechen, dass auch die Presseerzeugnisse derjenigen Verleger, die gegenüber *Google* auf die Geltendmachung ihres Leistungsschutzrechtes verzichtet haben, gleich der gegenüber den von der *VG Media* vertretenen Verlegern angewandten Verfahrensweise, nur verlinkt und mit Überschriften angezeigt werden.

A handwritten signature in black ink, reading "Christian Koenig". The signature is written in a cursive, flowing style with a prominent initial 'C'.

(Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig)