

dellen oft zugrunde liegende Annahme, *Unternehmen* handelten gewinnmaximierend, wird hierdurch in Frage gestellt.

Eine weitere Ergänzung erfährt die Industrieökonomie durch den Wissenschaftszweig der *Behavioural Economics*⁵³). Die experimentelle Wirtschaftsforschung kommt in empirischen Untersuchungen zu dem interessanten Befund, dass Menschen sich in bestimmten Situationen *nicht* – nach Art eines *homo oeconomicus* – im Sinne einer Maximierung ihres persönlichen Gewinns verhalten, sondern beispielsweise auch einer Neigung zu fairen Verteilungen folgen⁵⁴). Auch im Zusammenhang von Unternehmenszusammenschlüssen kommen neben einer Steigerung des Unternehmensgewinns Beweggründe in Betracht, die einer Rationalitätserwägung nicht zugänglich sind: Motive wie Stolz und Eitelkeit (Schaffung einer „Welt AG“; Erlangung einer – nach Umsätzen bemessenen – Marktführerschaft) sind möglicherweise vielen Menschen nicht fremd.

Mit der Inrechnungstellung von *Principal-Agent*-Problemen und der Infragestellung der Rationalitätsannahme durch Ergebnisse der *Behavioural Economics* werden die bisher entwickelten Aussagen der Industrieökonomie insofern, als sie gerade auf der Annahme rational handelnder, gewinnmaximierender Wirtschaftseinheiten basieren, relativiert. Dies kann im Zusammenhang der oben behandelten Effizienzüberlegungen demonstriert werden: Ökonomen haben vielfach in dem Sinne argumentiert, dass freiwillig gefundene Arrangements wie z.B. Unternehmenszusammenschlüsse, wenn sie nicht allein durch das Motiv der Erlangung oder Steigerung von Marktmacht erklärt werden könnten, Effizienzgewinne mit sich bringen müssten: Warum sollten Unternehmen sich zusammenschließen, wenn dies nicht zu ihrem Vorteil wäre? Hierzu scheint es nicht gut zu passen, dass eine große Zahl von Fusionen im Nachhinein als Fehlschläge gelten⁵⁵). Wer nach Erklärungen sucht, wird – wie soeben demonstriert – in Betracht ziehen, dass bei einer Fusionsentscheidung eine Vielzahl von Motiven zum Tragen kommen kann, die nicht sämtlich mit einem objektiven „Unternehmensinteresse“ kongruent sind.

53) Hierzu G. Ellison, Bounded Rationality in Industrial Organization, in R. Blundell/W. Newey/T. Persson (Hrsg.), *Advances in Economics and Econometrics: Theory and Application*, Ninth World Congress, 2006.

54) Vgl. E. Fehr/K.M.Schmidt, *The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism – Experimental Evidence and New Theories*, Münchener Wirtschaftswissenschaftliche Beiträge (VWL) 2005-20, abrufbar unter <http://epub.ub.uni-muenchen.de>; ausführlich A. Ockenfels, *Fairness, Reziprozität und Eigennutz – Ökonomische Theorie und experimentelle Evidenz*, 1999.

55) Hierzu J. Kleinert/H. Klodt, *Megafusionen: Trends, Ursachen und Implikationen*, 2000.

Torsten Körber, Jena

Wettbewerb in dynamischen Märkten zwischen Innovationsschutz und Machtmissbrauch

Zum Microsoft-Urteil des EuG vom 17.9.2007

Das Europäische Gericht erster Instanz hat am 17.9.2007 seine Entscheidung im Microsoft-Fall verkündet. Es hat darin die Kommissionsentscheidung in allen Punkten mit Ausnahme der Bestellung eines unabhängigen Überwachungstreuhänders bestätigt¹). Damit hat das wohl aufwendigste Art. 82 EG-Verfahren in der Geschichte der Europäischen Kommission und zugleich ein wichtiger Testfall für den „more

Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M., Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Kartellrecht, Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena

1) EuG, 17.9.2007, Rs- T-201/04, WuW/E EU-R 1307 – *Microsoft* (Volltext unter curia.europa.eu abrufbar).

economic approach“ seinen Abschluss und Höhepunkt gefunden. Das EuG entschied – eine seltene Ausnahme – als Große Kammer mit 13 Richtern. Dies unterstreicht die große Bedeutung des Falles und dürfte zugleich ein wesentlicher Grund dafür gewesen sein, dass Microsoft am 22.10.2007 auf Rechtsmittel gegen das Urteil verzichtet hat.

I. Das Microsoft-Verfahren im Überblick

Dem Urteil des EuG ging ein langjähriges Verfahren voraus. Ausgelöst durch eine Beschwerde des Konkurrenten Sun hatte die Kommission seit dem Jahre 2000 gegen Microsoft ermittelt²⁾. Parallel dazu hatten Untersuchungen in den USA stattgefunden³⁾. Während die US-Ermittlungen 2001 in einem 2004 gerichtlich bestätigten Vergleich endeten⁴⁾, erließ die Kommission am 24.3.2004 eine Entscheidung gegen Microsoft. Darin verhängte sie ein Rekordbußgeld i.H.v. rund 497,2 Mio. Euro gegen Microsoft und gab dem Unternehmen auf, durch Preisgabe der erforderlichen Schnittstelleninformationen die „volle Interoperabilität“ des Microsoft-Betriebssystems mit den Serverprogrammen anderer Hersteller zu ermöglichen („Interoperabilitätsverfügung“)⁵⁾ und neben der Komplettversion von Windows mit dem Windows Media Player (WMP) auch eine Betriebssystem-Variante anzubieten, aus welcher der WMP entfernt worden sei („Entkoppelungsverfügung“)⁶⁾. Für die Überwachung der Erfüllung dieser Verfügungen setzte die Kommission auf Kosten Microsofts einen unabhängigen Überwachungstreuhänder ein⁷⁾. Ein Antrag Microsofts auf einstweiligen Rechtsschutz wurde am 22.12.2004 vom Präsidenten des EuG zurückgewiesen⁸⁾. Am 12.6.2006 setzte die Kommission wegen Nichterfüllung der Interoperabilitätsverfügung ein Zwangsgeld i.H.v. 280,5 Mio. Euro fest⁹⁾. Gut einen Monat nach dem Urteil des EuG vom 17.9.2007 einigte sich Microsoft am 22.10.2007 mit der Kommission über die Höhe der von den Wettbewerbern zu zahlenden Lizenzgebühren¹⁰⁾. Am gleichen Tage verzichtete das Unternehmen auf Rechtsmittel. Die Kommission, die vor weiteren diesbezüglichen Schritten die Rechtskraft des Microsoft-Urteils abwarten wollte, kann jetzt ihre Reformüberlegungen zu Art. 82 EG fortführen.

II. Die Reichweite der gerichtlichen Nachprüfung

Der Microsoft-Fall erfordert eine Reihe überaus komplexer ökonomischer wie technischer Bewertungen. Das EuG hat dazu im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH betont, die gerichtliche Würdigung komplexer *wirtschaftlicher* Gegebenheiten beschränke sich auf die Fragen, ob die Verfahrensvorschriften eingehalten worden sind, ob die Begründung ausreichend ist, ob der Sachverhalt zutreffend festgestellt worden ist und ob keine offensichtlich fehlerhafte Würdigung des Sachverhalts und kein Ermessensmissbrauch vorliegen. Dies gelte gleichermaßen auch für die Kontrolle komplexer *technischer* Bewertungen. Der insoweit bestehende Beurteilungsspielraum der Kommission hindere das Gericht aller-

2) Vgl. Microsoft-Seite der Kommission: ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/microsoft/.

3) Vgl. Microsoft-Seite des US-Justizministeriums: www.usdoj.gov/atr/cases/ms_index.htm; *Fleischer/Doege*, WuW 2000, 705; *United States v. Microsoft Corp.*, 254 F.3d 34 (DC Cir. 2001) = WuW/E KRINT 21; dazu *Fleischer/Körber*, K&R 2001, 623; *Gey*, WuW 2001, 933; *Meier-Wahl/Wrobel*, WuW 1999, 28.

4) *Massachusetts v. Microsoft Corp.*, Entscheidung des Court of Appeals (D.C. Cir.) vom 30.6.2004, abrufbar unter: www.usdoj.gov/atr/cases/f204400/204468.pdf; dazu auch *Körber*, RIW 2004, 568, 569 f.

5) Dazu *Fichert/Sohns*, WuW 2004, 907; *Körber*, RIW 2004, 881; *Thyri*, WuW 2005, 388.

6) Dazu *Körber*, RIW 2004, 568; s.a. *Moritz*, CR 2004, 321; *Zimmerlich*, WRP 2004, 1260.

7) *Kommission*, Entscheidung vom 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, WuW/E EU-V 931 ff. Tz. 998 ff. – *Microsoft*, Volltext: europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf.

8) EuG, 22.12.2004, Rs. T-204/04 R, Slg. 2004, S. II-2977 = WuW/E EU-R 863 – *Microsoft/Kommission*; dazu *Bartosch*, RIW 2005, 241; *Körber*, K&R 2005, 193; *Stopper*, ZWeR 2005, 87.

9) *Kommission*, Entscheidung C(2005)4420 vom 12.6.2006, ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/art24_2_decision.pdf.

10) Dazu *Kommission*, 22.10.2007, Pressemitteilung IP/07/1567 und MEMO/07/42.

dings nicht daran, neben der sachlichen Richtigkeit der angeführten Beweise sowie ihrer Zuverlässigkeit und ihrer Kohärenz auch zu kontrollieren, ob diese Beweise alle relevanten Daten darstellen, die bei der Beurteilung einer komplexen Situation heranzuziehen waren, und ob sie die aus ihnen gezogenen Schlüsse zu stützen vermögen¹¹⁾. Diese Überprüfung müsse auf der Grundlage der Sach- und Rechtslage bei Erlass der Kommissionsentscheidung erfolgen¹²⁾.

Diese Zurückhaltung leuchtet angesichts des immensen Ermittlungsaufwands des Microsoft-Verfahrens ein. Zurückhaltung zur Vermeidung potentiell innovationshemmender Entscheidungen erscheint aber auch für die Kartellbehörden geboten. Die Kommission steht angesichts der Forderung nach einem „more economic approach“ in Bezug auf dynamische, in erster Linie von Innovationswettbewerb geprägte Märkte vor einer schwierigen Abwägung: Einerseits liegt es hier besonders nahe, sich mit Blick auf die hohe Marktdynamik von einer zu schematischen Anwendung starrer Regeln zu lösen. Andererseits kann der „more economic approach“ auch in Bezug auf die „New Economy“ eine regelbasierte Rechtsanwendung nur ergänzen, nicht aber ersetzen. Dies gilt insbesondere für Wirtschaftsbereiche, in denen der Wettbewerb – wie bei Betriebssystemen – weniger „auf dem Markt“ als „um den Markt“ stattfindet¹³⁾ und in denen die Kartellbehörden aufgrund der hohen Dynamik Entwicklungen ökonomischer und technischer Art nicht ohne ein hohes Maß „angemessenen Wissens“ voraussagen können. Deshalb darf der ex ante-Maßstab der gerichtlichen Nachprüfung die Kommission auch nicht dazu verleiten, auf ex post als unzutreffend erkannten Prognosen zu beharren. Dies gilt insbesondere, wenn eine Entscheidung (wie hier) eine als Rechtsfolge des Art. 82 EG schon in grundsätzlicher Hinsicht zweifelhafte Dauerüberwachung etabliert. Die US-Praxis ist mit guten Gründen deutlich zurückhaltender als die Kommission. Das US-Justizministerium als dort zuständige Kartellbehörde hat dementsprechend in Presseerklärungen zur Kommissionsentscheidung¹⁴⁾ wie zur Entscheidung des EuG¹⁵⁾ die europäische Auffassung kritisiert und betont, diese laufe Gefahr, Innovation und Wettbewerb abzukühlen und letztlich nicht den Wettbewerb, sondern nur einzelne Wettbewerber zu schützen.

III. Interoperabilitätsverfügung: Schnittstellenprotokolle als „Essential Facilities“?

Rechtsgrundlage der Interoperabilitätsverfügung der Kommission war das kartellrechtliche Machtmissbrauchsverbot des Art. 82 EG. Nach dem Regelbeispiel des Art. 82 lit. b EG kann ein verbotener Missbrauch insbesondere auch „in der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher“ bestehen. Die Kommission hatte Microsoft insoweit vorgeworfen, konkurrierenden Herstellern von Arbeitsgruppen-Serverbetriebssystemen nicht alle Schnittstelleninformationen zur Verfügung zu stellen, die diese zur Herstellung „voller Interoperabilität“ ihrer Programme mit Windows-basierten Client-PCs benötigen. Dies sei Teil einer Strategie, unter Ausnutzung der überragenden Stellung Microsofts auf dem Markt für PC-Betriebssysteme¹⁶⁾ die Wettbewerber von den Märkten für diese Serverprogramme zu verdrängen¹⁷⁾.

11) EuG (Fn. 1), Tz. 87 ff.; vgl. schon EuGH, 11.7.1985, Rs. 42/84, Slg. 1985, 2545 Tz. 34 – *Remia*; EuGH, 15.2.2005, Rs. C-12/03 P, Slg. 2005, I-987 Tz. 39 = WuW/E EU-R 875 – *Tetra Laval*.

12) EuG (Fn. 1), Tz. 260; EuGH, 7.2.1979, verb. Rs. 15 und 16/76, Slg. 1979, 321 Tz. 7 f. – *Frankreich/Kommission*.

13) Dazu bereits *Körber*, RIW 2004, 568, 572 ff.

14) S. US Assistant Attorney General *Pate*, www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2004/202976.htm; kritisch zur Kommissionsauffassung auch *Körber*, RIW 2004, 568, 575; *ders.*, RIW 2004, 881, 890 f.

15) S. US Assistant Attorney General *Barnett*, www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2007/226070.htm.

16) Microsofts Marktanteil betrug dort konstant über 90%, vgl. hierzu unter Berücksichtigung der Besonderheiten der IT-Industrie *Kommission* (Fn. 9), Tz. 429 ff.; s. auch *Körber*, RIW 2004, 568, 572.

17) Vgl. *Kommission* (Fn. 7), Tz. 573 ff.

Microsoft hielt dem in seiner Klage entgegen, die Interoperabilitätsverfügung erfülle nicht die strengen Anforderungen, die der EuGH in seinen *essential facilities*-Entscheidungen *Magill*¹⁸⁾ und *IMS Health*¹⁹⁾ für die ausnahmsweise kartellrechtliche Durchbrechung des Urheberrechts aufgrund „außergewöhnlicher Umstände“ aufgestellt habe. Die Kommissionsentscheidung verletze Urheber- und Patentrechte sowie Geschäftsgeheimnisse Microsofts und auch das TRIPS-Abkommen, und sie gehe inhaltlich über das vom Wettbewerber Sun Geforderte hinaus²⁰⁾. Insoweit bestand Einigkeit darüber, dass Microsoft den Wettbewerbern stets in gewissem Umfang Schnittstelleninformationen zur Verfügung gestellt hatte und dies auch weiter tun würde. Der Streit rankte sich um den Zugang zu bestimmten neuen Windows-Funktionen (z.B. Active Directory). In den USA hatte sich Microsoft diesbezüglich sowohl mit den Kartellbehörden als auch mit seinen Wettbewerbern Sun und Novell verglichen²¹⁾. Der Kommission gingen diese Vergleiche aber nicht weit genug.

Kommission und EuG unterstellen für ihre Analysen das Bestehen von Immaterialgüterrechten, ohne dies genauer zu prüfen, denn beide waren der Auffassung, dass diese Rechte im vorliegenden Fall jedenfalls wegen Verletzung des Art. 82 EG gegenüber dem Schutz des Wettbewerbs zurücktreten müssten²²⁾. Nach der insoweit einschlägigen EuGH-Rechtsprechung steht es auch marktbeherrschenden Unternehmen grundsätzlich frei, ihr (geistiges) Eigentum allein zu nutzen und sich ihre Vertragspartner auszusuchen. Eine Liefer- oder Lizenzierungsverweigerung kann danach nur unter „außergewöhnlichen Umständen“ einen Machtmissbrauch begründen, nämlich dann, wenn (kumulativ) (1.) die Lizenzierung unerlässlich für den Zugang zu einem benachbarten Markt ist, wenn (2.) ihre Verweigerung jeden wirksamen Wettbewerb ausschließen würde und wenn sie (3.) das Erscheinen eines neuen Produkts auf diesem Markt verhindern würde. Liegen solche außergewöhnlichen Umstände vor, so ist die Lizenzierungsverweigerung missbräuchlich, wenn sie (4.) nicht ausnahmsweise objektiv gerechtfertigt ist²³⁾. Die Lizenzierungsverweigerung Microsofts erfüllte nach Auffassung der Kommission und des EuG diese Voraussetzungen, wobei die Kommission im Einklang mit dem „more economic approach“ betonte, die EuGH-Kriterien dürften nicht schematisch angewendet werden, sondern müssten die besonderen Umstände des konkreten Falles berücksichtigen (Tz. 316).

Im Einzelnen war Microsoft der Auffassung, es fehle bereits am Erfordernis der „*Unerlässlichkeit*“ der Informationspreisgabe, weil den nach wie vor sehr aktiven Wettbewerbern mindestens fünf andere Wege zur Erreichung hinreichender Interoperabilität zur Verfügung stünden (Tz. 343 ff.). Das EuG betonte demgegenüber, die Konkurrenzprogramme müssten angesichts der empirisch belegten Bedeutung der Interoperabilität für die Endkunden einen vergleichbaren Grad an Interoperabilität erreichen wie Microsoft-Programme, um am Markt bestehen zu können („must be able to interoperate ... on an equal footing“, Tz. 374). Ein derart hoher Grad an (voller) Interoperabilität sei durch die von Microsoft beschriebenen Alternativen nicht erzielbar (Tz. 435).

Mit Blick auf das *zweite* Kriterium hatte Microsoft betont, die Lizenzierungsverweigerung sei nicht geeignet, *jeden* Wettbewerb zu eliminieren. Das zeige schon der nach wie vor bestehende Wettbewerb (Tz. 437 ff.). Dagegen betonte das EuG,

18) EuGH, 6.4.1995, verb. Rs. 241 und 242/91, Slg. 1995, I-743 – *Magill*

19) EuGH, 29.4.2004, Rs. C-418/01, Slg. 2004, I-5039 = WuW/E EU-R 804 – *IMS Health GmbH*.

20) So *Microsoft*, wiedergegeben in EuG (Fn. 1), Tz. 101 ff.

21) S.o. Fn. 4 sowie www.microsoft.com/presspass/exec/bradsmith/12-22-04USCFITranscript.asp; zum Inhalt des Vergleichs mit Sun, der einen Austausch von Schnittstellenprotokollen vorsieht, vgl. auch EuG (Fn. 1), Tz. 673 f.

22) Vgl. EuG EuG, Tz. 284.

23) Zuletzt EuGH, 29.4.2004, Rs. C-418/01, Slg. 2004, I-5039 = WuW/E EU-R 804 – *IMS Health GmbH*; vgl. EuG (Fn. 1), Tz. 319 ff., 332 f.; dazu bereits ausführlich *Körper*, RIW 2004, 881 ff.

dass der Ausschluss wirksamen Wettbewerbs nicht unmittelbar bevorstehen müsse. Dies gelte insbesondere auf von Netzwerkeffekten geprägten Märkten, auf denen ein Wettbewerbsausschluss regelmäßig irreversibel sei (Tz. 561 f.). Die Kommission habe zudem ein stetiges Wachstum des Marktanteils von Microsoft nachgewiesen (Tz. 567 ff.).

Hinsichtlich des Erfordernisses eines „neuen Produkts“ der Wettbewerber hatte Microsoft die Befürchtung geäußert, die Wettbewerber würden seine Produkte nach der Informationspreisgabe einfach „klonen“ (Tz. 623). Die Kommission hielt es dagegen für ausreichend, dass die Konkurrenz-Produkte „substantielle Elemente“ enthielten, die auf eigenen Anstrengungen der Wettbewerber beruhten (Tz. 631). Das EuG bezweifelte bereits, dass das Erfordernis eines „neuen Produkts“ i.S.d. EuGH-Entscheidungen *Magill* und *IMS Health* eine *conditio sine qua non* für eine Anwendung des Art. 82 EG sei („cannot be the only parameter“). Vielmehr sei nach Art. 82 lit. b EG allgemeiner zu fragen, ob die Lizenzierungsverweigerung die technische Entwicklung zum Schaden der Verbraucher einschränke. Diese Voraussetzung sei hier erfüllt, weil die mangelnde Interoperabilität der Konkurrenzsoftware die Kunden an Microsoft-Produkte binde und verhindere, dass die Wettbewerber ihre innovativen Produkte erfolgreich absetzen könnten (Tz. 647 ff.).

Den mit der Berufung auf seine Immaterialgüterrechte verbundenen Einwand, dass eine Zwangslizenzierung seine eigene Innovationsbereitschaft ebenso wie diejenige der Wettbewerber herabsetze (Tz. 659, 666 ff.), prüfte das Gericht erst bei der Frage der *objektiven Rechtfertigung* der Lizenzierungsverweigerung. Insofern trage Microsoft die Darlegungs- und Beweislast; es habe aber lediglich vage, allgemeine und theoretische Argumente zu den Auswirkungen der Zwangslizenzierungen vorgetragen, die diesen Anforderungen nicht genügten (Tz. 688, 697 f.). Die von Microsoft behauptete Verletzung von Art. 13 des TRIPS-Abkommens sei schließlich schon deshalb unbeachtlich, weil Art. 82 EG diesem Abkommen als primärrechtliche Norm vorgehe (Tz. 798).

Mit der Interoperabilitätsverfügung ist die grundsätzliche Frage nach dem Verhältnis von Vertragsfreiheit, Eigentum und Immaterialgüterrechten marktbeherrschender Unternehmen und der Gefahr eines von ihnen auch unter Berufung auf diese Rechte praktizierten Machtmissbrauchs aufgeworfen. Die Kommissionsentscheidung steht hier nicht im Einklang mit der strengen *essential facilities*-Rechtsprechung des EuGH²⁴). Insbesondere hat der EuGH in seiner durch die Entscheidung *IMS Health* bestätigten *Bronner*-Entscheidung gerade keine vollständige Gleichstellung der Wettbewerber mit dem marktbeherrschenden Inhaber der Einrichtung verlangt, sondern im Gegenteil betont, dass das Bestehen anderer, auch weniger günstiger Alternativen ausreiche, um einen Zugangsanspruch zu verneinen. Letztlich nicht aus einem missbräuchlichen Verhalten, sondern aus strukturellen Gründen (einem natürlichen Monopol) resultierende Nachteile nahm der EuGH hin, solange dadurch nicht ein Ausschluss jeden Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Markt drohte²⁵). Das EuG hat demgegenüber die Auffassung der Kommission bestätigt, die das Kartellrecht dem Regulierungsrecht annähert (und die selbst für das Regulierungsrecht zweifelhaft ist²⁶).

Dass das EuG das Kriterium eines „neuen Produkts“ aus den Entscheidungen *Magill* und *IMS Health* nicht als förmliche *conditio sine qua non* verstanden wissen möchte, dürfte demgegenüber in die richtige Richtung deuten. Entscheidend ist letztlich, ob dem Innovationswettbewerb per saldo durch Gewährung einer Zwangslizenz oder ohne eine solche besser gedient ist. Allerdings ist es Aufgabe der Kommission, einen Missbrauch i.S.d. Art. 82 EG nachzuweisen. Ein Missbrauch sollte nur ange-

24) S. Körber (Fn. 5), RIW 2004, 881 ff.

25) EuGH, 26.11.1998, Rs. C-7/97, Slg. 1998, I-7791 Rdn. 41 ff. = WuW/E EU-R 127–*Bronner*.

26) Kritisch gegenüber einer Gleichsetzung „ererbter“ mit durch eigene Leistungen erworbenen Netzinfrastrukturen der DTAG auch BVerfGE 115, 205.

nommen werden, wenn die Lizenzierungsverweigerung per saldo die technische Entwicklung zum Schaden der Verbraucher einschränkt (vgl. Art. 82 lit. b EG). Daher sollte auch die Darlegungs- und Beweislast insoweit bei der Kommission liegen und nicht teilweise dem potentiellen Verbotsadressaten aufgebürdet werden. Dies würde der in den USA geübten Beweislastverteilung entsprechen²⁷⁾. Da der Ausgang der anzustellenden Abwägung für die Unternehmen schwer absehbar ist und da die Unsicherheit über ein drohendes Kartellverfahren die Innovationsbereitschaft herabsetzen dürfte, wäre insoweit die Definition klarerer Kriterien oder von „safe harbours“ wünschenswert. Sofern dies (noch) nicht möglich ist, sollte jedenfalls ein zurückhaltender Maßstab angelegt werden²⁸⁾. Der Nachweis, dass einzelne Wettbewerber durch eine Verhaltensweise beeinträchtigt werden, reicht jedenfalls nicht aus. Dies gilt um so mehr, als ein Marktanteilszuwachs des Marktbeherrschers in einem durch Innovationswettbewerb geprägten Markt nicht zwingend aus dem potentiellen Missbrauchsverhalten resultieren muss, sondern zumindest auch das Ergebnis eigener Produktverbesserung sein kann.

IV. Entkoppelungsverfügung: Produktinnovation oder Machtmissbrauch?

Das auf den ersten Blick unscheinbare Gebot, neben der vollständigen Version von Windows eine Variante ohne WMP („Windows N“) anzubieten, dürfte Microsoft in der ökonomischen Realität schwerer treffen als die Interoperabilitätsverfügung. Diese Entkoppelungsverfügung stellt einerseits Microsofts Strategie in Frage, Produkte, die der Dominanz von Microsoft gefährlich werden könnten, in das Betriebssystem zu integrieren und dadurch (auch) das Microsoft-Monopol zu verteidigen²⁹⁾. Vor allem aber ist nahezu jede Produktverbesserung mit der Integration neuer Funktionen verbunden, so dass über der Weiterentwicklung des Windows-Standards künftig immer das Damokles-Schwert des Missbrauchsvorwurfs schwebt.

Die Kommission hatte Microsoft insoweit vorgeworfen, mit der technischen Integration des WMP eine missbräuchliche und daher gegen Art. 82 EG verstoßende Koppelung zweier Produkte vorgenommen zu haben. Das daraus abgeleitete Gebot, den WMP aus einer Windows-Variante zu entfernen („code removal requirement“), geht deutlich über den US-Vergleich hinaus, in dem sich das US-Justizministerium damit begnügt hatte, dass Microsoft es den PC-Herstellern in Zukunft erlaubte, die Startmenü-Links und Desktop-Icons zum Internet Explorer und zu anderen Microsoft-Programmen zu entfernen und Konkurrenzprogramme zur Standardanwendung zu machen („configuration flexibility requirement“)³⁰⁾.

Die Kommission berief sich zur Begründung ihrer Entscheidung auf die EuGH-Entscheidungen *Hilti*³¹⁾ und *Tetra Pak II*³²⁾ und auf diesen Entscheidungen zugrunde liegende, in Art. 82 lit. d EG als Regelbeispiel normierte Koppelungsverbot³³⁾. Der klassische Koppelungstest hat vier Voraussetzungen: *Erstens* müssen bindendes und gebundenes Gut zwei verschiedene Produkte sein. *Zweitens* muss der Verbotsadressat auf dem Markt für das bindende Gut marktbeherrschend sein. *Drittens* darf das bindende Unternehmen den Abnehmern keine Wahl lassen, das bindende Produkt ohne das gebundene zu erwerben. *Viertens* muss die Koppelung der beiden Produkte den Wettbewerb auf dem Markt für das gebundene Produkt beschränken. Kommission und EuG fügten diesem Test im vorliegenden Fall noch ein *fünftes* Kriterium des Fehlens eines objektiven Rechtfertigungsgrundes hinzu,

27) Vgl. *Apon*, ECLR 2007, 327, 331.

28) Vgl. dazu bereits *Körber*, RIW 2004, 881, 890 f.

29) Vgl. ausführlich *Körber*, RIW 2004, 568 ff. („Verbinde und Herrsche“).

30) S. dazu www.usdoj.gov/atr/cases/f200400/200451.htm (endgültiger Vergleichsvorschlag) und www.dcd.uscourts.gov/98-1232cr.pdf (gerichtliche Bestätigung); vgl. auch EuG (Fn. 1), Tz. 813; *Körber*, RIW 2004, 568, 569 f.

31) EuGH, 2.3.1994, Rs. C-53/92 P, Slg. 1994, I-667 – *Hilti*.

32) EuGH, 14.11.1996, Rs. C-333/94 P, Slg. 1996, I-5951 *Tetra Pak II*.

33) Vgl. *Kommission* (Fn.7), Tz. 792 ff.

weil aufgrund der besonderen Umstände des Falles eine verbotene Wettbewerbsbeschränkung durch die Koppelung nicht einfach vermutet, sondern – entsprechend dem „more economic approach“ – die Auswirkungen genauer analysiert werden müssten³⁴). Im Ergebnis bejahten Kommission und EuG das Vorliegen eines Missbrauchs. Microsoft war dagegen der Auffassung, die Entkoppelungsverfügung sei weder von Art. 82 EG legitimiert noch verhältnismäßig³⁵).

Das Erfordernis der marktbeherrschenden Stellung Microsofts auf dem Markt für das bindende Produkt (Windows Betriebssystem) war vorliegend unproblematisch erfüllt³⁶). Mit Blick auf das Erfordernis *zweier unterschiedlicher Produkte* wies Microsoft darauf hin, dass die Integration von Multimediafunktionalität Ausdruck der Weiterentwicklung des Windows-Betriebssystems sei; Windows müsse – wie alle anderen Betriebssysteme auch – einen Media Player (im Folgenden: MP) enthalten, um mit der technischen Entwicklung und den Erwartungen der Konsumenten Schritt zu halten (Tz. 885 ff.). Das EuG erkannte im Grundsatz an, dass die IT-Industrie in konstanter und rapider Entwicklung sei: Was heute noch als zwei Produkte erscheine, werde morgen möglicherweise als ein integriertes Produkt angesehen. Allerdings sei die Kommissionsentscheidung aus der ex ante-Perspektive für den Zeitraum ab 1999 zu beurteilen (Tz. 913 f.). Ob der WMP ein getrenntes Produkt darstelle, sei wie in *Hilti* und *Tetra Pak II* aus der Nachfragerperspektive zu beurteilen; insoweit unterschieden sich Betriebssysteme und MP in ihrer Funktionalität, es gebe unabhängige MP-Hersteller und auch eine separate Nachfrage nach MP (Tz. 926 ff., sog. „separate demand test“). Daran könne auch der von Microsoft betonte Umstand nichts ändern, dass keine Nachfrage nach „Windows N“ (ohne MP) existiere, weil die Rechtmäßigkeit der Kommissionsentscheidung ex ante beurteilt werden müsse und weil Zweifel an der Effektivität einer Verfügung für sich genommen noch nicht begründeten, dass die Annahme zweier getrennter Produkte falsch sei (Tz. 943).

Zum Kriterium der *Einschränkung der Wahlmöglichkeiten der Abnehmer* hatte Microsoft betont, die Nachfrager würden weder gezwungen, etwas für den WMP zu bezahlen, noch den WMP zu nutzen oder auf die MP der Wettbewerber zu verzichten (Tz. 959). Das EuG betonte demgegenüber, für eine Verletzung des Koppelungsverbots sei kein Bezahlungs- oder Nutzungszwang erforderlich, ausschlaggebend sei allein, dass man Windows nicht ohne den WMP erwerben könne (Tz. 968).

Hinsichtlich des Erfordernisses der *Wettbewerbsbeschränkung auf dem Markt für das gebundene Produkt* hatte Microsoft betont, es habe weder technische noch vertragliche Maßnahmen ergriffen, um das Funktionieren oder den Absatz der konkurrierenden MP zu behindern (Tz. 991 ff; beides war im „Browser-Krieg“ gegen Netscape noch anders gewesen³⁷). Aus Marktstudien ergebe sich, dass die meisten Computer-Hersteller mehrere MP installierten (im Jahre 2004 in den USA durchschnittlich 4,3, in Europa 2,4) und dass auch die Nutzer mit steigender Tendenz mehrere MP nebeneinander nutzten (1,5 im Jahre 1999 und schon 2,1 im Jahre 2004). Zudem habe auch auf Websites die Nutzung der Formate konkurrierender MP überdurchschnittlich zugenommen (Tz. 996 ff.). Das EuG rückte demgegenüber im Einklang mit der Kommission die Omnipräsenz des WMP auf jedem Windows-PC in den Vordergrund. Fakt sei, dass man Windows nicht ohne den WMP installieren könne. Den Wettbewerbern stehe keine Vertriebsmethode zur Verfügung, die eine vergleichbare Verbreitung ermögliche. Sie müssten zusätzliche Kosten aufwenden, um PC-Hersteller und Endnutzer zur Installation ih-

34) Vgl. *Kommission* (Fn.7), Tz. 794 f., 841; EuG (Fn. 1), Tz. 852, 842, 868 f.; vgl. *Apon*, ECLR 2007, 327, 330 f. zum US-Ansatz, wo das Gericht aufgrund ähnlicher Überlegungen den Rule of Reason-Test anwendete.

35) Vgl. EuG (Fn. 1), Tz. 814. Der Vorwurf der Unverhältnismäßigkeit wird von der US-Kartellbehörde geteilt (s.o. Fn. 14 f.) ebenso von der für den US-Vergleich zuständigen Richterinnen *Kollar-Kottelly* (vgl. Memorandum Opinion zu *State of New York v. Microsoft, Corp.*, Civil Action No. 98-1232 (CKK), S. 55 ff. = <http://www.planetpdf.com/planetpdf/pdfs/PublntDeterm11-1.pdf>).

36) S.o. Fn. 16.

37) Vgl. dazu *Fleischer/Körber*, K&R 2001, 623, 626 f.

rer MP zu motivieren (Tz. 1038 ff.). Die Kommission habe empirisch belegt, dass die Nutzung und Präsenz der MP von Apple und RealNetworks im Verhältnis zu WMP sinke (Tz. 1080 ff.). Die Kommission habe daher durchaus Grund zu der Annahme gehabt, dass die Koppelung den Wettbewerb auf dem Markt für MP beschränke und dass die Erhaltung wirksamen Wettbewerbs auf diesem Markt für die absehbare Zukunft nicht sichergestellt sei (Tz. 1089).

Abschließend prüfte das EuG eine mögliche *Rechtfertigung* durch wettbewerbsfördernde Auswirkungen der Integration des WMP. Microsoft hatte sich insoweit u.a. darauf berufen, dass das verlässliche Vorhandensein eines bestimmten MP Standardisierungsvorteile für Kunden sowie Software- und Internetseitenentwickler mit sich bringe. Die Entfernung des WMP bewirke eine Verstümmelung und Fragmentierung von Windows. Vorhandene Software und Webseiten funktionierten ggf. nicht mehr mit „Windows N“. Auch die Effizienzvorteile der Modularisierung (componentalisation), bei der ein Programm-Modul für mehrere Funktionen eingesetzt werden könnten, gingen verloren (Tz. 1104 ff.). Das EuG hielt dem entgegen, die von Microsoft als Standardisierungsvorteil gepriesene Omnipräsenz des WMP sei gerade der Grund der Wettbewerbsbeeinträchtigung, die durch die daraus resultierenden Vorteile nicht aufgewogen würde. Zudem habe Microsoft freiwillig allein sieben Varianten von Windows XP angeboten (Tz. 1144 ff.). Da Microsoft nur den WMP selbst und nicht die Multimediafunktionalität entfernen müsse und weiter ein komplettes Windows mit WMP anbieten dürfe, sei die Verfügung auch nicht unverhältnismäßig (Tz. 1220 ff.).

Die Argumentation von Kommission und EuG zum Vorliegen zweier getrennter Produkte überzeugt ebenso wie diejenige zur Frage des Abnahmezwangs nicht. Anders als in den oben zitierten Fällen *Hilti* und *Tetra Pak II* war mit dem Erwerb von Windows keine Verpflichtung zum Dauerbezug weiterer kostenpflichtiger Folgeleistungen verbunden. Niemand musste den WMP nutzen, und die Installation konkurrierender MP war und ist einfach. Der relativierende Hinweis darauf, die Kommission habe jedenfalls zum Zeitpunkt ihrer Entscheidung von zwei Produkten ausgehen dürfen (Tz. 913 ff.) befriedigt ebenso wenig wie die pauschale Behauptung, die konkurrierenden MP seien „besser“ gewesen als der WMP (Tz. 971). Wenn man überhaupt den „separate demand test“ anwendet³⁸, darf man zudem nicht nur auf das gekoppelte Produkt vor der Integration zurückblicken. Eine zukunftsorientierte Analyse i.S.d. „more economic approach“ sollte eher fragen, ob eine separate Nachfrage nach dem Koppelungsprodukt ohne das gekoppelte Produkt besteht³⁹. Dies gilt um so mehr, wenn die Entscheidung wie hier „quasi-regulierungsrechtlich“ auch das künftige Verhalten des Normadressaten regelt. Der Hinweis des EuG auf den ex ante-Maßstab für die Überprüfung der Kommissionsentscheidung (Tz. 943) überzeugt in diesem Fall auch deshalb nicht, weil es schon bei Erlass der Entscheidung keines „more economic approach“ bedurfte, um zu prognostizieren, dass niemand bereit sein würde, zum gleichen Preis freiwillig weniger (ein funktionsreduziertes „Windows N“) zu erwerben⁴⁰. Die Entkoppelungsverfügung war daher erkennbar nicht geeignet, das aus der Sicht der Kommission wie des EuG eigentliche Problem – die mutmaßliche Omnipräsenz des WMP auf nahezu jedem Windows-System – abzustellen.

Dies zeigt erneut, wie schwierig es ist, eine klare Grenze zwischen Innovation und Innovationsmissbrauch zu ziehen⁴¹. Ein Missbrauch durch technische Inte-

38) Kritisch *Körper*, RIW 2004, 568, 575 f. (besser „plausibel benefit test“: Missbrauch nur bei Scheininnovation).

39) Der diesbezügliche Hinweis des EuG auf das ohne WMP angebotene „Windows XP Embedded“ (Tz. 916) überzeugt insoweit nicht, denn dabei handelt es sich um ein Betriebssystem für Spezialapplikationen (z.B. für Geldautomaten oder Kassen), während Gegenstand der Entscheidung PC-Betriebssysteme waren.

40) So bereits *Körper*, RIW 2004, 568, 578.

41) S.o. bei Fn. 28; vgl. auch *Körper*, RIW 2004, 568, 573 ff.; sehr deutlich *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 89 ff. (D.C. Cir. 2001) mit dem Hinweis auf eine erfolglose Klage gegen IBM, die darauf abzielte, den Einbau von Festplatten in PCs als kartellrechtswidrige technische Koppelung zu verhindern.

gration sollte daher nur mit größter Zurückhaltung angenommen und allenfalls dann in die Produktgestaltungsfreiheit eingegriffen werden, wenn dies offensichtlich das einzige Mittel ist, um diesen Missbrauch abzustellen⁴²⁾. Bei der Entkoppelungsverfügung sind beide Voraussetzungen nicht erfüllt. Weder wäre die Omnipräsenz von WMP als solche missbräuchlich noch ist die Entkoppelungsverfügung geeignet, an dieser Omnipräsenz etwas zu ändern. Dass jede neue Funktion, um die Microsoft seinen Windows-Standard erweitert, automatisch auch das Potential zur Omnipräsenz hat, resultiert aus strukturellen Besonderheiten des zu einem „natürlichen Monopol“ neigenden Betriebssystemmarktes – und ist daher für Microsoft Segen und Fluch zugleich

V. Der unabhängige Überwachungstreuhänder zwischen Kartellrecht und Regulierung

Die Kommission verpflichtete Microsoft schließlich auch, Vorschläge für einen unabhängigen, von Microsoft bezahlten Überwachungstreuhänder („monitoring trustee“) zu machen, der befugt sein sollte, aus eigener Initiative Informationen von Microsoft einzufordern, die Einhaltung der Kommissionsverfügungen zu überwachen und die Kommission zu beraten. Ersatzweise behielt sich die Kommission vor, selbst auf der Grundlage der VO 17/62 (jetzt: VO 1/2003) tätig zu werden⁴³⁾. Microsoft war der Auffassung, es fehle an einer Rechtsgrundlage sowohl für die Einsetzung eines solchen Treuhänders als auch für die Kostentragungspflicht (Tz. 1238 ff.). Das EuG gab dem Unternehmen in diesem Aspekt Recht. Es stehe der Kommission zwar frei, sich bei Überwachung der Einhaltung ihrer Verfügungen nach Art. 11 und 14 der VO 17/62 externer Expertise zu bedienen, doch überschreite die zeitlich unbefristete Einsetzung eines privaten, letztlich auch von der Kommission unabhängigen Treuhänders ihre Kompetenzen und sei ohne Rechtsgrundlage (Tz. 1260 ff.). Gleiches gelte für die Verpflichtung Microsofts, die (nach der gesetzlichen Regelung von der Kommission zu tragenden) Kosten für diese Überwachung zu übernehmen (Tz. 1273 ff.). Damit ist klar gestellt, dass die Kommission nicht befugt ist, private Dritte als Quasi-Aufsichtsbehörden einzusetzen, auch wenn sie die Verbotsadressaten an der Auswahl der Überwacher beteiligt und sich nur für den Fall mangelnder Kooperation vorbehält, selbst nach der KartellVO tätig zu werden.

VI. Resümee und Ausblick

Das Microsoft-Urteil des EuG lässt viele Fragen offen. Das Verhältnis von Eigentums- bzw. Immaterialgüterrechten und Kartellrecht wurde erneut gestreift, aber längst nicht ausjudiziert. Im Gegenteil hat das EuG das „Unerlässlichkeitskriterium“ des EuGH aufgeweicht und das Kriterium eines „neuen Produkts“ in Frage gestellt, ohne insoweit klare Alternativen anzubieten. Dies gilt um so mehr als die Große Kammer des EuG im Microsoft-Urteil – anders als die Kommission und im Gegensatz zur Vierten Erweiterten Kammer in der Entscheidung *GlaxoSmithKline*⁴⁴⁾ – letztlich nicht Stellung für einen „effects based-approach“ bezogen, sondern in Tz. 664 im Gegenteil den Schutz der Marktstruktur betont⁴⁵⁾ und bei Prüfung der Entkoppelungsverfügung sogar „less economic than necessary“ argumentiert hat. Neuer Zündstoff könnte sich daraus ergeben, dass die Kommission sich vor Gericht vorbehalten hat, zu prüfen, ob der Verkauf des vollständigen Windows-Be-

42) So im Ergebnis hier auch US-Justizministeriums und US-Gericht im Microsoft-Fall, s.o. Fn. 14 f. und 35.

43) *Kommission* (Fn.7), Art. 7 und Tz. 1043 ff.; EuG (Fn. 1), Tz. 1230 ff.

44) EuG, 27.9.2006, Rs. T-168/01, WuW/E EU-R 1151; dazu (auch im Vergleich zum Microsoft-Fall) *Körber*, ZWeR 2007, Heft 4.

45) EuG (Fn. 1), Tz. 664: “ Last, it must be borne in mind that it is settled case-law that Article 82 EC covers not only practices which may prejudice consumers directly but also those which indirectly prejudice them by impairing an effective competitive structure ... In this case, Microsoft impaired the effective competitive structure ...”.

triebssystems zum gleichen Preis wie „Windows N“ gegen Art. 82 EG verstoße⁴⁶). In ihrer Microsoft-Entscheidung hatte sie lediglich untersagt, das vollständige Windows gegenüber „Windows N“ zu diskontieren⁴⁷). Die Frage, ob die Microsoft-Entscheidung eine auf Besonderheiten des konkreten Falles (insbesondere: auf das Quasi-Monopol von Microsoft für PC-Betriebssysteme) bezogene Ausnahme bleibt oder zum Musterfall für künftige, am „more economic approach“ orientierte Entscheidungen der Kommission wird, dürfte nicht nur Microsoft, sondern auch anderen innovationsorientierten und zugleich marktbeherrschenden Unternehmen einiges Kopfzerbrechen bereiten.

Wie wichtig ständige Innovation auch für einen Quasi-Monopolisten ist, musste Microsoft erfahren, nachdem es den „Browser-Krieg“ gegen Netscape gewonnen hatte und die Fortentwicklung seines den Markt dominierenden Internet Explorers in der Folgezeit ins Stocken geraten war. Mit dem Firefox Browser drängte ein neues Produkt auf den Markt, das Mitte 2006 in Deutschland bereits einen Marktanteil von fast 40% erobert hatte⁴⁸). Und der heute meistverbreitete Streaming Media Player ist nicht Microsofts WMP, sondern der Adobe Flash Player. Der WMP erreicht zwar mit 83,4% nach wie vor eine größere Verbreitung als die im Microsoft-Verfahren betrachteten Konkurrenzprodukte von Apple (67,7%) und RealNetworks (53,5%). Doch war der Adobe Flash Player im September 2007 sogar auf 99,1% der internetfähigen PCs installiert⁴⁹). Während der WMP also trotz Windows-Integration keine Omnipräsenz erreicht hat, ist dies Adobe mit seinem Flash Player durch Nutzung der nach Auffassung von Kommission und EuG unzureichenden alternativen Vertriebswege gelungen. Manchmal stellen sich in der Rechtswirklichkeit Ergebnisse ein, die nach dem „more economic approach“ eigentlich gar nicht möglich sind.

46) Wiedergegeben bei EuG (Fn. 1), Tz. 908.

47) *Kommission* (Fn.7), Tz. 1013; zu Besonderheiten der Preisbildung bei MP auch *Körber*, RIW 2004, 568, 576.

48) www.internetmarketing-news.de/2006/07/11/neue-zahlen-zum-marktanteil-des-mozilla-firefox/.

49) www.adobe.com/products/player_census/flashplayer/.

Thomas Kapp, Stuttgart

Das Wettbewerbsverbot des Handelsvertreters: Korrekturbedarf bei den Vertikal-Leitlinien der Kommission?

Das Wettbewerbsverbot des Handelsvertreters gibt der kartellrechtlichen Diskussion nach wie vor Rätsel auf. Während die Kommission schon im Jahr 1962 von der grundsätzlichen Unbedenklichkeit des Wettbewerbsverbots des Handelsvertreters ausging, nimmt sie seit Erlass der Vertikal-Leitlinien im Jahr 2000 eine wesentlich restriktivere Haltung ein. Auch die Rechtsprechung der europäischen Gerichte wirft verschiedene Unsicherheiten auf: Einerseits hat das EuG im Fall „DaimlerChrysler“ die Gültigkeit der Vertikal-Leitlinien zum Teil infrage gestellt; andererseits scheint der EuGH im Urteil „Cepesa“ jedenfalls im Hinblick auf die Behandlung des Wettbewerbsverbots des Handelsvertreters der Kommission folgen zu wollen. Der vorliegende Beitrag versucht, bestehende Ungereimtheiten in Kommissions- und Gerichtspraxis aufzuklären und kommt zu dem Ergebnis, dass das allgemeine Wettbewerbsverbot des Handelsvertreters grundsätzlich per se zulässig sein muss.

Dr. Thomas Kapp, LL.M., ist Rechtsanwalt und Partner der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Stuttgart.