



Von Prof. Dr. Torsten  
Körber, LL.M.  
(Berkeley), Jena

Der Autor ist  
Universitätsprofessor an der  
Friedrich-Schiller-Universität  
Jena. Mehr über ihn erfahren  
Sie auf S. VIII. – Diesem  
Beitrag liegen eine Vielzahl  
rechtlich, wirtschaftlich und  
technisch schwieriger  
Aspekte zugrunde, die hier im  
Detail zu erklären seinen  
Rahmen sprengen würde.  
Ergänzend wird daher die  
Lektüre der Aufsätze *Körber*,  
RIW 2004, 568 ff. und RIW  
2004, 881 ff. zum Microsoft-  
Fall empfohlen.

## Meilenstein oder Pyrrhussieg? Zur Entscheidung Microsoft/Kommission des EuG

Das wettbewerbliche Verhalten der Microsoft Corporation beschäftigt seit geraumer Zeit Kartellbehörden und Gerichte diesseits wie jenseits des Atlantik. Am 24. 3. 2004 hat die Europäische Kommission eine spektakuläre, kartellrechtliche Missbrauchsverfügung gegen Microsoft erlassen. Microsoft hat diese Verfügung vor dem Europäischen Gerichtshof angegriffen. Da sich das Hauptsacheverfahren noch über Jahre hinziehen dürfte, hat es zusätzlich einstweiligen Rechtsschutz beantragt. Damit ist es am 22. 12. 2004 vor dem Europäischen Gericht erster Instanz (EuG) gescheitert. Der folgende Beitrag beschreibt und bewertet Hintergründe, Verfahren und wesentliche Inhalte des umfangreichen und bisher nur in englischer und französischer Sprache im Internet verfügbaren Beschlusses des Präsidenten des EuG.

### I. Hintergrund und Verfahrensgang

Nach letzter Zählung verfügte Microsoft auf dem weltweiten Markt für PC-Betriebssysteme über einen Anteil von 93,8% und damit über eine Quasi-Monopolstellung<sup>1</sup>. Das macht sein Wettbewerbsverhalten zwar nicht bereits an sich kartellrechtswidrig, sichert ihm aber die gesteigerte Aufmerksamkeit der Kartellbehörden. In letzter Zeit haben vor allem die Integration neuer Bestandteile in das Windows-Betriebssystem (namentlich von Internet Explorer und Windows Media Player) und die Zugangsverweigerung zu neuen Windows-Schnittstellenprotokollen kartellrechtliche Bedenken ausgelöst. In den USA hat sich das Justizministerium als zuständige Kartellbehörde Ende 2001 mit Microsoft geeinigt<sup>2</sup>. Dieser Vergleich wurde zwischenzeitlich in zwei Instanzen gerichtlich bestätigt<sup>3</sup>. Auf europäischer Ebene hat die Kommission am 24. 3. 2004 eine Missbrauchsverfügung auf der Grundlage des Art. 82 EG erlassen<sup>4</sup>. Darin verhängte sie ein Rekordbußgeld in Höhe von rund 497,2 Mio. Euro gegen Microsoft und gab dem Softwaregiganten auf, binnen 120 Tagen durch Preisgabe der erforderlichen Schnittstelleninformationen Datenaustausch und Zusammenwirken von Microsoft Betriebssystemen und Serverprogrammen anderer Hersteller zu ermöglichen (sog. „Interoperabilitätsverfügung“)<sup>5</sup>. Außerdem sollte es binnen 90 Tagen eine Windows Version ohne Windows Media Player und sonstige Windows Media Komponenten anbieten (sog. „Entkoppelungsverfügung“)<sup>6</sup>.

Gegen diese Verfügungen hat Microsoft am 7. 6. 2004 beim EuG Nichtigkeitsklage gemäß Art. 230 Abs. 4 EG erhoben und am 25. 6. 2004 zusätzlich die Aussetzung der Durchführung von Interoperabilitäts- und Entkoppelungsverfügung bis zur Entscheidung in der Hauptsache gemäß Art. 242 S. 2 EG beantragt<sup>7</sup>. Ein solcher Antrag setzt nach Art. 104 der Verfahrensordnung des EuG voraus,

- dass der Antragsteller die betreffende Maßnahme durch Klage beim Gericht angefochten hat (§ 1),
- dass Umstände vorliegen, aus denen sich die Dringlichkeit ergibt, und
- dass die Notwendigkeit der beantragten Anordnung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht glaubhaft gemacht wird (§ 2).

Für die Feststellung der Notwendigkeit nimmt der Gerichtshof eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache vor, wobei es ausreicht, dass die Hauptsache nach den vom Antragsteller vorgetragene Umständen dem ersten Anschein nach Erfolg haben wird (sog. „*fumus boni iuris*“ oder „*prima facie case*“)<sup>8</sup>. Hinreichende Dringlichkeit ist gegeben, wenn die begehrte einstweilige Entscheidung erforderlich ist, um zu verhindern, dass der Partei, die sie beantragt, ein schwerer und nicht wiedergutzumachender Schaden entsteht<sup>9</sup>.

Die Kommission hatte den Vollzug von Interoperabilitäts- und Entkoppelungsverfügung bis zur Entscheidung

1 Dazu eingehend die Microsoft-Entscheidung der Kommission, Rdnr. 429 ff. Die Entscheidung ist auszugsweise wiedergegeben in WuW EU-V 931 ff. In der verbindlichen englischen Fassung ist sie im Volltext abrufbar unter <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf>.

2 Zum US-Verfahren eingehend und mit zahlreichen Nachweisen *Fleischer/Körber*, K&R 2001, 623 ff.

3 Dazu *Körber*, RIW 2004, 568, 569 f.

4 Microsoft-Entscheidung (Fn. 1).

5 Dazu kritisch *Körber*, RIW 2004, 881 ff.

6 Dazu kritisch *Körber*, RIW 2004, 568 ff.

7 Die Geldbuße hatte Microsoft fristgerecht gezahlt und nur mit der Nichtigkeitsklage angegriffen.

8 Dazu mit zahlreichen Nachweisen *Gaitanides*, in: von der Groeben/Schwarze, EU-/EG-Kommentar, 6. Aufl. 2004, Art. 242 und 243 EG Rdnr. 37 ff.

9 Dazu *Gaitanides*, in: von der Groeben/Schwarze (Fn. 8), Art. 242 und 243 EG Rdnr. 30 ff.; EuG, 22. 12. 2004 – Rs. T-201/04 R, Rdnr. 240 ff. – Microsoft (der Volltext der Entscheidung ist abrufbar auf der Website des EuGH, <http://curia.eu.int/de/transitpage.htm>).

des EuG über den einstweiligen Rechtsschutz freiwillig ausgesetzt. Am 22. 12. 2004 wies das EuG den Antrag Microsofts durch Beschluss seines Präsidenten mangels Dringlichkeit vollständig zurück. Microsoft versucht weiterhin, die Kommissionsverfügungen im Hauptsacheverfahren zu Fall zu bringen. Doch hat es darauf verzichtet, ein Rechtsmittel gegen den Beschluss vom 22. 12. 2004 einzulegen und stattdessen versprochen, die Kommissionsverfügungen nunmehr umgehend umzusetzen<sup>10</sup>.

## II. Der Beschluss vom 22. 12. 2004

### 1. Einleitung

Der Beschluss des Präsidenten des EuG beginnt mit einer knappen und klar strukturierten Zusammenfassung des Gangs des Kommissionsverfahrens, der Abgrenzung der betroffenen Märkte durch die Kommission, der Beschreibung der Microsoft vorgeworfenen Missbrauchshandlungen sowie des Inhalts der Kommissionsverfügungen<sup>11</sup>. Es folgen einige Anmerkungen zum US-Verfahren<sup>12</sup> und zum bisherigen Verfahrensgang vor dem EuG<sup>13</sup>.

Die Kommission hatte in ihrer Entscheidung insbesondere drei betroffene Märkte identifiziert:

1. den Weltmarkt für PC-Betriebssysteme,
2. den Weltmarkt für Arbeitsgruppen-Server-Betriebssysteme und
3. den Weltmarkt für Streaming Media Player.

Sie hatte Microsoft vorgeworfen, seine Macht auf den Markt für PC-Betriebssysteme zu missbrauchen und sie durch Verweigerung der Preisgabe der erforderlichen Schnittstelleninformationen auf den Markt für Arbeitsgruppen-Server-Betriebssysteme sowie durch Koppelung von Windows und Windows Media Player auf den Markt für Streaming Media Player auszudehnen.

Die in den USA vereinbarten Lösungen hatte die Kommission als unzureichend verworfen. Dort hatte sich Microsoft verpflichtet, im Rahmen des sog. „Communications Protocols Program“ bestimmte (aber nicht alle) Schnittstellenprotokolle an die Wettbewerber auf dem Markt für Arbeitsgruppen-Server-Betriebssysteme zu lizenzieren und den Computerherstellern (OEMs<sup>14</sup>) zu erlauben, die auf Microsoft-Programme verweisenden Links und Icons (nicht aber die Programme selbst) zu entfernen und auf diese Weise Programme der Wettbewerber auf dem Markt für Streaming Media Player (z. B. den Real Player von Real Networks) in den Vordergrund zu rücken<sup>15</sup>.

### 2. Interoperabilitätsverfügung

#### a) Parteivorbringen

##### aa) Microsoft

Microsoft hat vor dem EuG ausgeführt, eine kartellrechtliche Lizenzierungspflicht bestehe nach der EuGH-Rechtsprechung nur unter sehr engen Voraussetzungen, die vorliegend nicht erfüllt seien:

1. sei die Mitteilung der Schnittstelleninformationen nicht *unverzichtbar*, weil alternative Wege zur Herstellung der Interoperabilität existierten.
2. fehle es vorliegend am Nachweise eines *neuen Produkts* der Wettbewerber.

3. führe die Vorenthaltung der Informationen nicht zu einem *Ausschluss des Wettbewerbs*. Und
4. ergebe sich aus den Geheimhaltungsinteressen Microsofts eine *Rechtfertigung* für die Lizenzierungsverweigerung<sup>16</sup>.

Ergänzend wies Microsoft darauf hin, dass die Interoperabilitätsverfügung sogar über das von den Wettbewerbern geforderte Maß hinausgehe und dass sie das TRIPS-Abkommen nicht hinreichend berücksichtige. Schließlich bestehe auch keine Abhängigkeit der Wettbewerber von einer Versorgung mit Windows-Schnittstelleninformationen<sup>17</sup>.

Mit Blick auf die Dringlichkeit des Rechtsschutzes hob Microsoft insbesondere den Wert der seiner Ansicht nach durch Urheber- und Patentrecht sowie als Geschäftsgeheimnisse geschützten Informationen hervor. Diese rechtlich geschützten Positionen nähmen durch Preisgabe der Informationen an die Wettbewerber einen nicht wiedergutzumachenden Schaden, weil Immaterialgüterrechte ihrem Wesen nach ausschließlich seien und weil das einmal an die Wettbewerber preisgegebene Wissen bei Aufhebung der Interoperabilitätsverfügung in der Hauptsache nicht einfach wieder gelöscht werden könne. Hinzu kämen Eingriffe in die unternehmerische Freiheit Microsofts und eine irreversible Veränderung der Marktbedingungen infolge der Informationsübermittlung<sup>18</sup>. Im Rahmen der Interessenabwägung falle zugunsten Microsofts in die Waagschale, dass die Wettbewerber die Schnittstellenprotokolle nicht wirklich dringend und unverzüglich benötigten, denn deren Produkte hielten bisher auch ohne diese Informationen durchaus im Wettbewerb mit Microsoft Windows stand<sup>19</sup>.

#### bb) Kommission

Die Kommission hob im Rahmen einer Vorbemerkung zunächst nochmals hervor, dass es vorliegend nur um Schnittstellenspezifikationen und nicht um eine Offenlegung des Windows Quellcodes gehe. Zwar sei es nicht ausgeschlossen, dass auch diese Spezifikationen urheberrechtlich geschützt seien, doch verletze ihre Nutzung durch Dritte das Urheberrecht Microsofts nicht. Die Verfügung stehe im Einklang mit der Berner Konvention und der Software-Richtlinie 91/250. Bezüglich möglicher Patente habe Microsoft seinen Vortrag erst im Laufe des Verfahrens erweitert und keine hinreichenden Dokumente vorgelegt. Schließlich sei der von Microsoft behauptete

10 Vgl. *Casert*, Associated Press Meldung v. 24. 1. 2005 („Microsoft Won't Appeal EU Sanctions“); *Vise*, The Washington Post v. 25. 1. 2005, S. E05 („Microsoft Acts on Antitrust Ruling“).

11 EuG, 22. 12. 2004 – Rs. T-201/04 R, Rdnr. 1–31 – Microsoft.

12 EuG, 22. 12. 2004 – Rs. T-201/04 R, Rdnr. 32–39 – Microsoft.

13 EuG, 22. 12. 2004 – Rs. T-201/04 R, Rdnr. 40–97 – Microsoft.

14 OEM = „Original Equipment Manufacturers“ (z. B. IBM, Dell, HP usw.). Windows wird primär über solche OEMs zusammen mit neuer PC-Hardware vertrieben.

15 Dazu *Körper*, RIW 2004, 568 ff. (Media Player) und RIW 2004, 881 ff. (Arbeitsgruppen-Server-Betriebssysteme).

16 Zur einschlägigen Rechtsprechung (Magill, Bronner und IMS Health GmbH) und ihrer Relevanz für den Microsoft-Fall bereits eingehend *Körper* RIW 2003, 881, 884 ff. Vgl. EuGH, 6. 4. 1995 – verb. Rs. 241 und 242/91, Slg. 1995, I-743 – Magill; EuGH, 26. 11. 1998 – Rs. C-7/97, Slg. 1998, I-7791 – Bronner; EuGH, 29. 4. 2004 – Rs. C-418/01, RIW 2004, 620, 623 f. – IMS Health GmbH.

17 Vgl. EuG, 22. 12. 2004 – Rs. T-201/04 R, Rdnr. 98–111 – Microsoft.

18 Vgl. EuG, 22. 12. 2004 – Rs. T-201/04 R, Rdnr. 112–148 – Microsoft.

19 Vgl. EuG, 22. 12. 2004 – Rs. T-201/04 R, Rdnr. 149–163 – Microsoft.

Anspruch auf Schutz der Schnittstellenspezifikationen als Geschäftsgeheimnisse keineswegs in gleicher Weise gesichert wie derjenige von Immaterialgüterrechten<sup>20</sup>.

Was die Begründetheit der Einwände anlangt, so stünden auch potenzielle Immaterialgüterrechte der Annahme einer kartellrechtlichen Lizenzierungspflicht nicht entgegen. Die Informationspreisgabe sei, wie die Kommission in ihrer Entscheidung dargelegt habe, unverzichtbar. Für die Annahme eines neuen Produkts reiche es aus, dass ein Produkt substantielle Eigenleistungen der Lizenznehmer enthalte. Dies sei hier der Fall. Ein Nachweis, dass dieses Produkt neue Abnehmer anziehe, die das Produkt des Lizenzgeber nicht kaufen würden, sei nicht erforderlich. Mit Blick auf den drohenden Ausschluss des Wettbewerbs verkenne Microsoft, dass dafür bereits eine graduelle Verdrängung ausreichen müsse, weil eine Missbrauchsverfügung, die erst im letzten Moment eingreife, zu spät käme und ins Leere ginge<sup>21</sup>. Schließlich sei es Microsoft nicht gelungen, einen ihm drohenden schweren und irreparablen Schaden zu demonstrieren. Die Interessenabwägung spreche daher für eine unverzügliche Umsetzung der Verfügung<sup>22</sup>.

#### b) Entscheidung des EuG-Präsidenten

Der Präsident hielt die Ausführungen Microsofts grundsätzlich für hinreichend, um das „Fumus-boni-iuris“- oder „Prima-facie-case“-Erfordernis zu erfüllen. Eine für die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes hinreichende Dringlichkeit sah er dagegen nicht.

Im Einzelnen kam der Präsident hinsichtlich der summarischen Prüfung der Begründetheit zu dem Schluss, dass die Hinweise Microsofts auf die Überschreitung der Forderungen der Wettbewerber durch die Verfügung und auf das TRIPS-Abkommen nicht tragfähig seien<sup>23</sup>. Dagegen sei das Argument, die Verfügung entspreche nicht den strengen vom EuGH für die kartellrechtliche Durchbrechung von Immaterialgüterrechten aufgestellten Anforderungen, nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen:

1. sei unklar, ob die zuletzt in der Entscheidung IMS Health GmbH zusammengefassten Anforderungen notwendig oder nur ausreichend für die Begründung einer Missbrauchsverfügung seien.
2. sei fraglich, ob und wie die Bedeutung des konkret umstrittenen Immaterialgüterrechts zu berücksichtigen sei.
3. sei in der Tat ungesichert, ob die in IMS Health GmbH aufgestellten Anforderungen im vorliegenden Fall erfüllt seien; so sei die Frage der Unverzichtbarkeit der Schnittstelleninformationen letztlich eine Gradfrage, und es sei ungeklärt, ob und wie die Immaterialgüterrechte Microsofts, wenn sie denn existierten, für eine Rechtfertigung kartellrechtlich bedenklicher Praktiken herangezogen werden könnten<sup>24</sup>.

Zur Frage der Dringlichkeit der Aussetzung unterstrich auch der Präsident zunächst, dass es vorliegend nicht um eine Lizenzierung des besonders wertvollen Windows-Quellcodes, sondern nur um Schnittstelleninformationen gehe, wobei Microsoft Client-to-Server-Protokolle bereits im Rahmen des US-Lizenzierungsprogramms preisgebe, so dass man sich vorliegend auf die Frage konzentrieren könne, ob die darüber hinausgehende Verpflichtung zur Preisgabe der Server-to-Server-Protokolle einen schweren und irreparablen Schaden Microsofts bewirken

könne. Dies sei getrennt für die Verletzung der Immaterialgüterrechte und der unternehmerischen Freiheit Microsofts sowie für die Veränderung der Marktbedingungen zu untersuchen<sup>25</sup>.

- Mit Blick auf die mutmaßliche Verletzung von Immaterialgüterrechten unterschied der Präsident zwischen Schäden, die bereits durch Offenlegung der geschützten Informationen entstehen und solchen, die erst durch Nutzung dieser Informationen seitens der Wettbewerber bewirkt werden können. Hinsichtlich der potenziellen „Offenlegungsschäden“ erkannte der Präsident durchaus an, dass grundsätzlich bereits die Verpflichtung zur Offenlegung geschützter Informationen das Immaterialgüterrecht breche und dass einmal preisgegebenes Wissen in der Tat nicht einfach wieder gelöscht werden könne. Doch habe Microsoft nicht deutlich gemacht, welcher konkrete – geschweige denn schwere und irreparable – Schaden allein durch die Kenntnis der Wettbewerber hervorgerufen werde. Dies gelte umso mehr als Microsoft weder Kommission noch Gericht hinreichende Informationen für die Untersuchung dieser Frage geliefert habe<sup>26</sup>. Hinsichtlich potenzieller „Nutzungsschäden“ unterstrich der Präsident die Möglichkeit Microsofts, die Informationsweitergabe an Dritte (dilution) und den Informationsmissbrauch für nicht interoperabilitätsbezogene Funktionen (cloning) lizenzvertraglich zu untersagen. Zudem könne Microsoft einen permanenten Schaden durch einmal verkaufte interoperable Konkurrenzprodukte dadurch minimieren, dass es nach Erfolg in der Hauptsache die Server-to-Server-Protokolle verändere und damit die Interoperabilität der Konkurrenzprodukte wieder aufhebe<sup>27</sup>.
- Hinsichtlich der Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit Microsofts durch den Lizenzierungszwang wies der Präsident darauf hin, dass sich die Beeinträchtigung durch eine Zwangslizenzierung insoweit nicht maßgeblich von den Folgen des freiwilligen US-Lizenzierungsprogramms und der bilateralen Lizenzvereinbarungen Microsofts mit einzelnen Konkurrenten unterscheide. Auch habe Microsoft nicht hinreichend deutlich gemacht, warum ihm durch eine Lizenzierungspflicht die künftige Verbesserung dieser Protokolle erschwert werde oder dass die Lizenzierung das Risiko von Fehlfunktionen erhöhe, zumal sich Microsoft auch insoweit vertraglich absichern könne<sup>28</sup>.
- Schließlich sei der Hinweis auf eine drohende irreversible Veränderung der Marktbedingungen zum Nachteil Microsofts nicht stichhaltig. Falls Microsofts Vortrag insoweit in dem Sinne zu verstehen sein sollte, dass ihm ein permanenter, auch nach Obsiegen in der Hauptsache nicht reversibler Verlust an Marktanteilen drohe, so habe Microsoft dafür jedenfalls keine hinreichenden Fakten präsentiert<sup>29</sup>.

20 Vgl. EuG, 22. 12. 2004 – Rs. T-201/04 R, Rdnr. 164–185 – Microsoft.

21 Vgl. EuG, 22. 12. 2004 – Rs. T-201/04 R, Rdnr. 186–195 – Microsoft.

22 Vgl. EuG, 22. 12. 2004 – Rs. T-201/04 R, Rdnr. 196–197 – Microsoft.

23 Vgl. EuG, 22. 12. 2004 – Rs. T-201/04 R, Rdnr. 198–201 – Microsoft.

24 Vgl. EuG, 22. 12. 2004 – Rs. T-201/04 R, Rdnr. 202–225 – Microsoft.

25 Vgl. EuG, 22. 12. 2004 – Rs. T-201/04 R, Rdnr. 226–243 – Microsoft; zu den Client-to-Server-Protokollen s. a. Rdnr. 320–322.

26 Vgl. EuG, 22. 12. 2004 – Rs. T-201/04 R, Rdnr. 244–265 – Microsoft.

27 Vgl. EuG, 22. 12. 2004 – Rs. T-201/04 R, Rdnr. 266–289 – Microsoft.

28 Vgl. EuG, 22. 12. 2004 – Rs. T-201/04 R, Rdnr. 290–316 – Microsoft.

29 Vgl. EuG, 22. 12. 2004 – Rs. T-201/04 R, Rdnr. 317–319 – Microsoft.

Obleich der Präsident aus diesen Gründen mangels Dringlichkeit den Antrag Microsofts auf Aussetzung der Durchführung der Interoperabilitätsverfügung zurückgewiesen hat, versäumte er es nicht, zu betonen, dass nach Art. 109 der Verfahrensordnung des EuG jederzeit ein neuer Antrag auf der Grundlage neuer Fakten möglich sei. Neue Fakten könnten dabei auch aus Unstimmigkeiten bei der Umsetzung der Verfügung – etwa hinsichtlich der in die Lizenzverträge zu implementierenden Sicherungen – resultieren<sup>30</sup>.

### 3. Entkoppelungsverfügung

#### a) Parteivorbringen

##### aa) Microsoft

Hinsichtlich des Vorwurfs einer kartellrechtswidrigen Koppelung von Windows Betriebssystem und Windows Media Player betonte Microsoft, dass vorliegend kein klassischer Koppelungsfall gegeben sei:

1. setze sich die Kommission durch ihre „hochspekulative“ Begründung in Widerspruch zu ihrer Entscheidung in Sachen AOL/Time Warner<sup>31</sup>, zu ihrer Untätigkeit gegen die frühere Bündelung von Windows mit dem Real Player von Real Networks, zu dem Umstand, dass Internet-Seiten mit multimedialen Inhalten in der Regel mehrere Dateiformate unterstützen und schließlich zu dem Befund, dass auf dem Markt für digitale Musik zur Zeit nicht Microsoft, sondern Apple mit iPod und iTunes dominiere.
2. sei die Hinzufügung des Windows Media Players keine Koppelung zweier Produkte, sondern lediglich eine Änderung des Windows Designs durch Erweiterung um neue Funktionen, also die Schaffung eines neuen Windows-Betriebssystems.
3. fehle es – anders als in klassischen Koppelungsfällen – an einer Beschränkung der Kunden, denn diese seien keineswegs gezwungen, den Windows Media Player zu nutzen; sie könnten sich konkurrierende Media Player – oftmals kostenlos – aus dem Internet herunterladen und diese verwenden, ohne dass Microsoft sie daran hindere.
4. sei wiederum das TRIPS-Abkommen nicht hinreichend berücksichtigt worden und die Verfügung sei unverhältnismäßig<sup>32</sup>.

In Bezug auf das Dringlichkeitserfordernis hob Microsoft hervor, dass die Entkoppelungsverfügung es zwingt, ein fundamentales Designkonzept aufzugeben, obwohl es nach der EuGH-Rechtsprechung Sache der Hersteller sei, über die Eigenschaften ihrer Produkte zu entscheiden. Hinzu komme ein drohender Reputationsschaden, weil der Zwang, eine minderwertige Windows-Version anzubieten, Microsofts Ruf als Hersteller von Qualitätssoftware bedrohe. Damit gehe ein irreparabler Schaden an Microsofts Handelsmarken und an seinem Urheberrecht am Windows-Betriebssystem einher. Dieser Schaden könne auch nicht durch klarstellende Hinweise abgewendet werden. Weiterhin könne die Installation fremder Media Player die durch die Entfernung der Windows Media Komponenten bewirkten Funktionsdefizite nicht kompensieren. Dies gelte umso mehr, als Microsoft sein Windows-Betriebssystem so gestaltet habe, dass alle in den letzten 10 Jahren geschriebenen Windows-Pro-

gramme auch auf der aktuellen Version liefen. Dies würde bei der „entkoppelten“ Version von Windows erstmals nicht mehr der Fall sein. Schließlich scheidet eine Rücknahme dieser Version nach einem Erfolg Microsofts in der Hauptsache aus, so dass permanent zwei verschiedene Windows Versionen auf dem Markt verblieben<sup>33</sup>.

Die Interessenabwägung spreche ebenfalls klar für eine Aussetzung der Durchführung der Entkoppelungsverfügung. Insoweit hob Microsoft zusätzlich zu den schon vorgebrachten Argumenten den bereits durch den US-Vergleich bewirkten Schutz von Wettbewerb und Wettbewerbern hervor. Zudem zeige der Markt für multimediale Inhalte keinerlei Anzeichen für ein „Kippen“ zugunsten der Windows Media Formate, und auf dem Markt für Media Player würden nach wie vor zahlreiche Konkurrenzprodukte angeboten. Schließlich würde die Umsetzung der Verfügung für Kunden, Softwareautoren und Anbieter digitaler Inhalte (Musik, Videos etc.) unmittelbar von Nachteil sein, weil diese sich dann nicht mehr auf einen einheitlichen Windows-Standard mit voller Funktionalität verlassen könnten<sup>34</sup>.

##### bb) Kommission

Die Kommission hielt dagegen, Microsoft habe keine technischen Effizienzgewinne präsentiert, für die die Integration des Windows Media Players wirklich erforderlich sei. Nach ihrer Auffassung liegt der Microsoft-Fall mit Blick auf die von der Koppelung ausgehenden Marktverschließungseffekte auf dem Markt für Streaming Media Player ganz auf der Linie der EuGH-Rechtsprechung zur kartellrechtlich verbotenen Koppelung<sup>35</sup>, ohne insoweit eine „neue Theorie“ zu erfordern. Neu sei allenfalls, dass solche Wirkungen vorliegend nicht ohne Weiteres vermutet werden könnten. Doch tue dies der Annahme eines Verstoßes keinen Abbruch, denn es sei der Kommission gelungen, solche Wirkungen konkret aufzuzeigen; insbesondere könne kein Wettbewerber eine dem Windows Media Player vergleichbare Omnipräsenz bieten, was die Windows Media Architektur für Software- und Inheldanbieter besonders attraktiv mache (sog. indirekte Netzwerkeffekte<sup>36</sup>). Dass eine Koppelung die Gefahr einer vollständigen Verdrängung der Wettbewerber begründe, sei für die Annahme eines Verstoßes gegen Art. 82 EG nicht erforderlich. Dass eine Koppelung und kein integriertes Gesamtprodukt vorliege, zeige bereits die Existenz von auf die Herstellung von Media Playern spezialisierten Herstellern. Schließlich habe Microsoft auch keine Dringlichkeit demonstriert. Im Gegenteil sei eine unverzügliche Umsetzung der Verfügung erforderlich, um die Verbraucherauswahl zu erhalten und es den Verbrauchern auch in Zukunft zu ermöglichen, die Vorteile der Innovation auf dem Gebiet digitaler Inhalte zu genießen<sup>37</sup>.

30 Vgl. EuG, 22. 12. 2004 – Rs. T-201/04 R, Rdnr. 323–325 – Microsoft.

31 Fall Comp./M.1845, ABIEG 2001 Nr. L 268/28.

32 Vgl. EuG, 22. 12. 2004 – Rs. T-201/04 R, Rdnr. 326–336 – Microsoft.

33 Vgl. EuG, 22. 12. 2004 – Rs. T-201/04 R, Rdnr. 337–357 – Microsoft.

34 Vgl. EuG, 22. 12. 2004 – Rs. T-201/04 R, Rdnr. 358–378 – Microsoft.

35 Die Kommission verweist insbesondere auf die Entscheidungen Hilti und Tetra Pak, vgl. EuGH, 2. 3. 1994 – Rs. C-53/92 P, Slg. 1994, I-667 – Hilti; EuGH, 14. 11. 1996 – Rs. C-333/94 P, Slg. 1996, I-5951 – Tetra Pak II. Dazu eingehend Körper, RIW 2004, 568, 573 ff.

36 Dazu Körper, RIW 2004, 568, 572.

37 Vgl. EuG, 22. 12. 2004 – Rs. T-201/04 R, Rdnr. 379–389 – Microsoft.



### b) Entscheidung des EuG-Präsidenten

Der Präsident des EuG erachtete die Hinweise Microsofts auf die Missachtung des TRIPS-Abkommens und auf die Unverhältnismäßigkeit der Verfügung für ungeeignet, um das „Fumus-boni-iuris“- oder „Prima-facie-case“-Erfordernis zu erfüllen. Dagegen seien die Ausführungen Microsofts zum Koppelungsverbot durchaus geeignet, prinzipielle Fragen aufzuwerfen, die Einfluss auf die Rechtmäßigkeit der Kommissionsentscheidung haben könnten.

- Interessant seien erstens die Bedeutung indirekter Netzwerkeffekte sowie die Frage, ob und inwieweit die Kommission ihre Entscheidung mit der Wahrscheinlichkeit begründen könne, dass ein Markt zu „kippen“ drohe.
- Zweitens sei zu untersuchen, ob die von Microsoft ins Feld geführten Vorteile der Standardisierung im Rahmen der kartellrechtlichen Analyse generell oder nur dann berücksichtigt werden dürften, wenn sie aus einem Wettbewerbsprozess oder aus der Entscheidung einer Standardisierungsagentur resultierten.
- Drittens sei neben diesen prinzipiellen Fragen in tatsächlicher Hinsicht klärungsbedürftig, ob die von Microsoft beschriebene Formatvielfalt für digitale Inhalte die Analyse der Kommission in Bezug auf das Vorliegen indirekter Netzwerkeffekte infrage stelle.
- Viertens könne der Einwand, Windows-Betriebssystem und Windows Media Funktionalität bildeten *ein* integriertes Produkt, so dass gar keine Koppelung *zweier* Produkte vorliege, nicht ohne weiteres von der Hand gewiesen werden, zumal Microsoft und andere Hersteller bereits seit vielen Jahre bestimmte Multimediafunktionen in ihre Betriebssysteme integriert hätten<sup>38</sup>.

Gleichwohl sah der Präsident auch in Bezug auf die Entkoppelungsverfügung keine hinreichende Dringlichkeit. Zwar beeinträchtige die Verfügung Microsofts unternehmerische Freiheit, ein einheitliches Windows zu schaffen und anzubieten. Doch sei der aus dem Zwang zum Angebot zweier Versionen möglicherweise resultierende Schaden jedenfalls nicht irreparabel. Kein Software- oder Inhalteanbieter habe die Absicht geäußert, deshalb keine Produkte mehr für Windows anzubieten, und Microsoft selbst habe Zweifel daran geäußert, dass die „entkoppelte“ Version nennenswerten Absatz finden könne. Bei Aufhebung der Verfügung in der Hauptsache ließen sich die Windows Media Komponenten leicht durch ein Update nachinstallieren und dadurch auch die Einheitlichkeit des Windows-Standards wiederherstellen. Der Befürchtung eines bis dahin eintretenden, irreparablen Reputationschadens sei entgegenzuhalten, dass wesentliche Multimediafunktionen auch durch Fremdsoftware implementiert und notfalls Windows Media Komponenten nachgeladen werden könnten. Zudem sei nicht zu erwarten, dass die Kunden eventuelle Funktionsdefizite der „entkoppelten“ Version Microsoft anlasten würden. Microsoft habe das Recht, die potenziellen Käufer dieser Version vorab über diese Defizite zu informieren. Hinzu komme, dass Microsoft keine wirklichen schwerwiegenden Funktionsdefizite infolge der „Entkoppelung“ demonstriert habe. Und schließlich sei auch kein schwerer, geschweige denn irreparabler Schaden Microsofts an seinen Handelsmarken oder an seinem Urheberrecht zu besorgen. Die Funktion

einer Marke, den Ursprung des Produkts klarzustellen, sei durch die Entkoppelung nicht beeinträchtigt, und für die Annahme der Beeinträchtigung seines Urheberrechts an Windows seien Microsofts Einlassungen zu vage. Da mithin auch eine Aussetzung der Entkoppelungsverfügung nicht geboten scheine, sei der Antrag Microsofts vollständig zurückzuweisen<sup>39</sup>.

### III. Bewertung

Aus der Warte des Rechts ist der Beschluss vom 22. 12. 2004 weder „Meilenstein“ noch „Pyrrhussieg“. Schon nach Art. 107 § 4 der Verfahrensordnung des EuG greift ein Beschluss im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes der Hauptsacheentscheidung nicht vor. Gleichwohl ist der vorliegende Beschluss nicht ganz ohne materiell-rechtliche Relevanz, weil er im Rahmen der summarischen Begründetheitsprüfung bereits die Fragen vorzeichnet, die das Gericht im Hauptsacheverfahren beantworten muss (und über die sich die Rechtswissenschaft in der Zwischenzeit trefflich streiten kann). In der Sache spricht vieles dafür, dass Microsoft mit seinen Einwänden gegen Interoperabilitäts- und Entkoppelungsverfügung (und damit auch gegen das Bußgeld) letztlich Erfolg haben wird<sup>40</sup>. Mit Blick auf die strengen Maßstäbe, denen ein Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes nach Art. 242 und 243 EG genügen muss, folgt das Gericht seiner bisherigen Rechtsprechung, ohne dieser Wesentliches hinzuzufügen. Dass Microsoft nach Maßgabe dieser Maßstäbe bei Umsetzung der Verfügungen ein schwerer und nicht wiedergutzumachender Schaden drohte, war in der Tat nicht ersichtlich. Die Entscheidung war daher zu erwarten, und sie war folgerichtig. Microsoft hat sich deshalb auch relativ klaglos damit abgefunden<sup>41</sup>.

Aus der Perspektive des Wettbewerbsschutzes ist es nicht ohne Bedeutung, dass das EuG so und nicht anders entschieden hat. Eine entgegengesetzte Entscheidung (also die einstweilige Aussetzung der Durchführung der beiden Verfügungen) hätte es Microsoft möglicherweise erlaubt, vollendete Tatsachen auf den betroffenen Märkten zu schaffen. Angesichts der rasanten Entwicklung auf den Softwaremärkten, hätte die erst in einigen Jahren zu erwartende Hauptsacheentscheidung wahrscheinlich – wie im US-amerikanischen „Browser-Krieg“ zwischen Microsoft und Netscape<sup>42</sup> – keine praktische Bedeutung mehr gehabt. Dass der Wettbewerb auf den betroffenen Märkten durch zügige Umsetzung der Kommissionsverfügungen aufrechterhalten werden kann, ist freilich ebenfalls keineswegs gesichert:

- Die Umsetzung der Entkoppelungsverfügung wird in der Praxis schon deshalb leer laufen, weil Microsoft die von der Kommission kreierte „Windows Light-Version“ ohne Windows Media Komponenten nur in

38 Vgl. EuG, 22. 12. 2004 – Rs. T-201/04 R, Rdnr. 390–404 – Microsoft.

39 Vgl. EuG, 22. 12. 2004 – Rs. T-201/04 R, Rdnr. 404–478 – Microsoft.

40 Vgl. dazu eingehend Körper, RIW 2004, 568 ff. (Entkoppelungsverfügung) und Körper, RIW 2004, 881 ff. (Interoperabilitätsverfügung).

41 Nach Angaben von Microsofts Senior Vice President Brad Smith in einer Telekonferenz am 22. 12. 2004 waren bisher nur 17% der Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz vor dem EuG erfolgreich, vgl. <http://www.microsoft.com/presspass/exec/bradsmith/12-22-04USCFITranscript.asp>.

42 Dazu Fleischer/Körper, K&R 2001, 623, 631.

Europa und zudem zum exakt gleichen Preis anbieten wird wie die vollständige Version<sup>43</sup>. Das ist nach dem Inhalt der Kommissionsverfügung zulässig<sup>44</sup>. Eine minderwertige, weil nicht mehr von sich aus zur Wiedergabe multimedialer Inhalte fähige und zudem möglicherweise nicht mehr voll mit der Software dritter Anbieter kompatible Nischenvariante zu erwerben, wenn zum gleichen Preis ein vollständiges, den Weltstandard verkörperndes Windowspaket erhältlich ist, widerspricht schlichtweg den Grundsätzen ökonomischer und technischer Vernunft. Es überrascht daher nicht, dass nach Angaben Microsofts bisher nicht ein einziger PC-Hersteller Interesse an der „Light-Version“ geäußert hat.<sup>45</sup> Dass diese Verfügung nicht nur ein „Papiertiger“, sondern aus der Perspektive von Wettbewerb und Wettbewerbern im Vergleich zur Lösung des US-Vergleichs sogar kontraproduktiv ist, wurde bereits an anderer Stelle erörtert<sup>46</sup>.

- Die Umsetzung der Interoperabilitätsverfügung ist noch am ehesten geeignet, kurzfristig positive Auswirkungen auf den Wettbewerb auf dem Markt für Arbeitsgruppen-Server-Betriebssysteme zu entfalten<sup>47</sup>. Insoweit hat Microsoft sogar angekündigt, über die Kommissionsverfügung hinauszugehen, und die betreffenden Schnittstellenprotokolle diskriminierungsfrei allen (auch außereuropäischen) Wettbewerbern zur Verfügung zu stellen<sup>48</sup>. Ein praktischer „Meilenstein“ wird sie allerdings ebenfalls nicht sein, weil sich Microsoft bereits im Vorfeld der EuG-Entscheidung mit allen wesentlichen Wettbewerbern (namentlich mit Sun und Novell) vergleichsweise geeinigt hat. Und dies geschah weniger auf Druck des europäischen Verfahrens als zur Beilegung von kartellrechtlichen Streitverfahren vor US-Gerichten<sup>49</sup>.

In der Summe dürfte – auch mit Blick auf die zweifelhaften Erfolgsaussichten der Kommission in der Hauptsache<sup>50</sup> – dem Wettbewerb besser durch eine gütliche Einigung zwischen Microsoft und der Kommission gedient sein. Microsoft hat fortbestehende Vergleichsbereitschaft signalisiert<sup>51</sup>. Aus der Sicht des Rechts wäre eine gerichtliche Klärung der überaus interessanten und komplizierten Streitfragen im Schnittpunkt von Kartellrecht, Immaterialgüterrecht und „New Economy“ dagegen durchaus wünschenswert<sup>52</sup>.

#### Hinweis der Redaktion:

Siehe zu diesem Thema außerdem die Beiträge von *Bartsch*, RIW 2005, 241, *Körber*, RIW 2004, 568 und *Körber*, RIW 2004, 881.

- 43 Vgl. Microsoft-Stellungnahme vom 22. 12. 2004, <http://www.microsoft.com/presspass/press/2004/dec04/12-22CFIRulingPR.asp>.
- 44 Vgl. Kommission, Microsoft-Entscheidung (Fn. 1), Rdnr. 1011 ff. Die Verfügung verbietet Microsoft lediglich, die Vollversion billiger anzubieten als die „entkoppelte“ Version (sog. „Discount-Verbot“, vgl. Microsoft-Entscheidung (Fn. 1), Rdnr. 1013).
- 45 So *Brad Smith* in der Telekonferenz vom 22. 12. 2004 (Fn. 41).
- 46 Vgl. *Körber*, RIW 2004, 568, 578 f. Hinzu kommt, dass Microsoft sich mit den meisten Wettbewerbern auf dem Markt für Streaming Media Player ohnehin bereits vergleichsweise geeinigt hat.
- 47 Ob Gleiches bei langfristiger Betrachtung gilt, wird sich im Hauptsacheverfahren zeigen, falls das Verfahren nicht doch noch durch einen Vergleich endet. Mit Blick auf die mögliche Schwächung des Innovationswettbewerbs zweifelnd *Körber*, RIW 2004, 881 ff., insb. 888 ff.
- 48 So *Brad Smith* in der Telekonferenz vom 22. 12. 2004 (Fn. 41).
- 49 Vgl. *Brad Smith* in der Telekonferenz vom 22. 12. 2004 (Fn. 41).
- 50 Dazu im Einzelnen *Körber*, RIW 2004, 568 ff. und 881 ff.
- 51 Vgl. *Brad Smith* in der Telekonferenz vom 22. 12. 2004 (Fn. 41).
- 52 Zu kartellrechtlichen Besonderheiten der „New Economy“ vgl. *Körber*, RIW 2004, 568, 572; zum besonderen Verhältnis von Kartellrecht und Immaterialgüterrecht *Körber* RIW 2004, 881 ff.

## Das Europäische Telekommunikationsrecht im Jahre 2004

Zur Umsetzung des Richtlinienpakets, insbesondere des Art.-7-Verfahrens, in die Praxis der Mitgliedstaaten und der EG, zu den ersten Stellungnahmen der Kommission und dem Problem des Drittschutzes im Telekommunikationsrecht vor dem EuGH

Der Beitrag gibt einen Überblick über wichtige Entscheidungen und Mitteilungen der Kommission und der Europäischen Gerichte, die für das telekommunikationsrecht von Bedeutung sind.

### I. Rechtsakte, Berichte, Mitteilungen

#### 1. Jahresbericht der Kommission zur Frequenzpolitik

##### a) Technologisch bedingte Steigerung der Bedeutung der Frequenzpolitik

Der Berichtszeitraum steht ganz im Zeichen der Umsetzung des „Richtlinienpakets“ zur Regulierung der Telekommunikation<sup>1</sup>. Deshalb sind keine nennenswerten neu-

en Rechtsakte i. e. S. (Richtlinien etc.) zu berichten. Die Kommission hat dem europäischen Parlament und dem Rat am 20. 7. 2004 aber den ersten Jahresbericht über die Frequenzpolitik in der EG vorgelegt<sup>2</sup>. Die Frequenz-

- 1 Vgl. die Berichte „Das europäische Telekommunikationsrecht im Jahre 2001“ bis 2003, K&R 2002, 110; K&R 2003, 153; K&R 2004, 153.
- 2 KOM/2004/0507. – Alle im Folgenden zitierten Kommissionsdokumente finden sich auf der Homepage der Europäischen Kommission: <http://www.europa.eu.int/com>.

Von Prof. Dr.  
Karl-Heinz Ladeur,  
Hamburg

Der Autor ist Professor an der  
Universität Hamburg und am  
Europäischen  
Hochschulinstitut sowie  
Ständiger Mitarbeiter der  
K&R. Mehr über ihn erfahren  
Sie auf S. VIII.